

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Aislando a los excluidos: reinterpretación (y actualización) del artículo 30 del III
Convenio de Ginebra sobre el uso del régimen del aislamiento solitario en
personas privadas de libertad con discapacidad mental como una medida
arbitraria privativa de libertad

Tesis para optar el Título de Abogada que presenta:

Priscilla Denisse Coria Palomino

REVISOR:

Renato Antonio Constantino Caycho

Lima, 2022

Resumen

El aislamiento solitario es una práctica antigua que se ha extendido hasta formar parte de los sistemas penitenciarios del mundo, ha sido parte de los orígenes de la rehabilitación a través del aislamiento en los modelos penitenciarios y se le puede encontrar en los modelos de Auburn y Pennsylvania. Esta medida es utilizada en distintos escenarios de reclusión, tales como centros penitenciarios, hospitales psiquiátricos, instituciones para niños, niñas y personas adultas mayores; centros para migrantes, refugiados, solicitantes de asilo o refugio, apátridas, indocumentados y en campos de prisioneros de guerra. La presente tesis expone los fundamentos y críticas del empleo de esta práctica a nivel global, se enfoca en el uso del régimen en prisioneros de guerra con discapacidad mental o psicosocial en los conflictos armados internacionales. Para ello, plantea si la interpretación del primer párrafo del artículo 30 del Tercer Convenio de Ginebra de 1949, que permite el empleo del régimen del aislamiento solitario en los prisioneros de guerra con discapacidad mental, es válida a la luz de los estándares de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD). El artículo 30 del III Convenio de Ginebra de 1949, desde su entrada en vigor, ha sostenido una interpretación que permite el empleo del régimen de reclusión en la modalidad de aislamiento solitario en prisioneros de guerra con enfermedades mentales o —denominada hoy en día por el modelo social— discapacidades mentales. Esta disposición normativa está basada en un modelo médico de discapacidad que tenía como finalidad ser una medida de protección hacia terceros. A partir del surgimiento del modelo social de discapacidad y de los estándares de la CDPD, el modelo en el que estuvo basada la norma y su interpretación se encuentra desfasado; y, la propia interpretación no responde a los estándares de derechos humanos actuales. Sin embargo, esto no implica que el artículo 30 sea suprimido, sino al contrario, la disposición normativa seguirá siendo la misma, pero es necesaria una reinterpretación y

actualización de la norma conforme a los criterios establecidos en la interpretación dinámica de la norma conforme al nuevo *corpus juris* de las personas con discapacidad y de los valores protegidos de la norma humanitaria, el principio *pro persona* (aplicación la interpretación más favorable, extensiva, amplia, a la hora de proteger a los derechos humanos que se encuentran de manera implícita al interpretar el artículo 30 del CG III), el criterio de sentido común de los términos o coherencia terminológica (criterio para interpretar los valores protegidos de la norma humanitaria) y el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 (la prohibición de las distinciones de índole desfavorable, el trato inhumano, degradante e inhumano y la tortura.



A Sam por ser un buen compañero,

Lucky por su fortaleza, Rex por

transmitirme seguridad y a Linda por

amarme sin condiciones.



Agradecimientos

Quisiera dar un especial agradecimiento a las personas que hicieron posible que culmine la presente investigación que resume toda mi etapa universitaria. Agradezco, en primer lugar, a mis padres, Norma y Francisco, puesto que sin ellos nada de esto sería posible, por su amor, paciencia y comprensión. A mis hermanas, Geraldine y Brigitte, por sus detalles que me animaron a continuar.

En segundo lugar, a mi asesor, Renato Constantino, por su constancia, apoyo académico y humano para la culminación de esta tesis. A Laura Leong por darme ánimos incomparables cuando más lo necesité, por acompañarme todas las tardes en la biblioteca mientras seguía mi investigación y por su opinión sincera de mis avances. A Karyn Salinas y Álvaro Paredes por levantarme cada vez que me rendía. A Cindy Arriola, Karen Abrahamzon y Janeth Rivera por todo el apoyo emocional incondicional durante todo el proceso de tesis, a Alejandro Reyna, por ser un alivio en el final del camino.

De igual manera, agradezco a Jean Franco Olivera por la ayuda académica brindada, a Francisco Barriffi por su tiempo y comentarios al momento de revisar esta investigación. Al Comité Internacional de la Cruz Roja por becar mi viaje en la participación como panelista en la Conferencia Internacional para Investigadores Jóvenes en Derecho Internacional Humanitario, que tuvo lugar en la ciudad de Yerevan – Armenia y me permitió conocer a profundidad aspectos que ayudarían al desarrollo de esta tesis.

De igual modo, agradecer la oportunidad, puesto que varias de las ideas de la presente tesis fueron confrontadas con otros investigadores en la conferencia en Armenia y en la Conferencia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario organizado por la Universidad de Potsdam. En esta última ocasión, Manfred Nowak, ex Relator Especial sobre la Tortura y Otros

Tratos, Crueles, Inhumanos o Degradantes de la ONU, estuvo a cargo de dirigir el panel, el cual coincide con la hipótesis del presente trabajo.

Finalmente, a Yanira Valdez Tejada, a quien agradezco infinitamente por recibirme a mitad del camino, por compartir conmigo sus enseñanzas, consejos académicos de contenido y de forma en toda mi investigación; y, sobre todo, por guiarme con paciencia y disciplina a ver la luz al final del túnel.

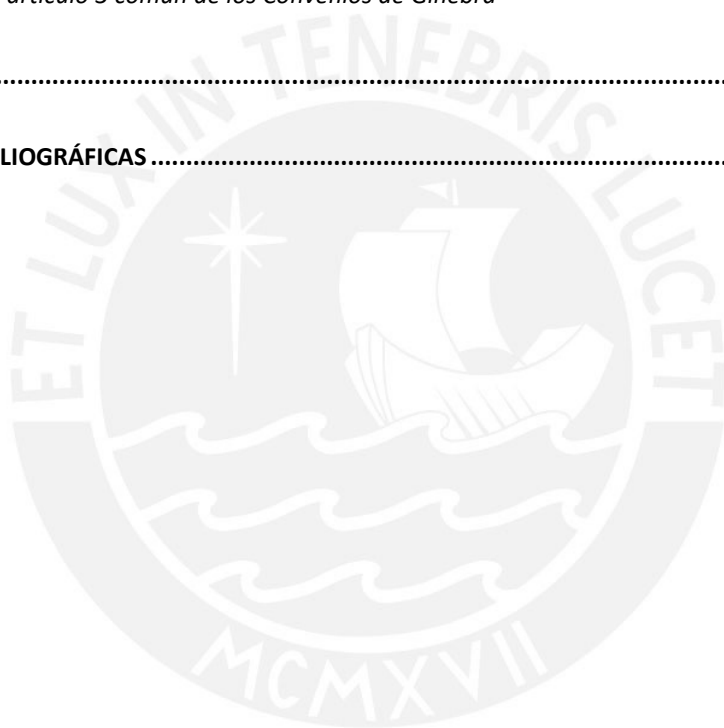


Índice

1. INTRODUCCIÓN	8
1 CAPÍTULO I. LA RECLUSIÓN EN RÉGIMEN DE AISLAMIENTO SOLITARIO DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	23
1.1 LA RECLUSIÓN EN EL RÉGIMEN DE AISLAMIENTO SOLITARIO DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD	25
1.1.1 <i>Uso histórico</i>	26
1.1.2 <i>Actualidad de la figura</i>	32
1.2 EL AISLAMIENTO SOLITARIO EN LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	42
1.2.1 <i>La perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la jurisprudencia en relación con el aislamiento solitario</i>	43
1.2.1.1 Condiciones y régimen para la aplicación del aislamiento solitario	43
1.2.2 <i>Criterios para determinar la arbitrariedad del uso del aislamiento solitario</i>	57
1.2.2.1 El primer supuesto: la disposición legal	57
1.2.2.2 El segundo supuesto: el criterio de peligrosidad	58
1.2.2.3 El tercer supuesto: la medida disciplinaria	62
1.3 LOS EFECTOS PSICOLÓGICOS Y FISIOLÓGICOS DEL RÉGIMEN DE AISLAMIENTO	64
1.4 EL USO DEL RÉGIMEN DE AISLAMIENTO SOLITARIO EN LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD	69
1.4.1 <i>El uso del régimen de aislamiento solitario en las personas con discapacidad a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad</i>	70
1.4.1.1 El derecho a la libertad personal de las personas con discapacidad: un debate sin fin	73
1.4.1.2 Primera postura: ninguna restricción de libertad	74
1.4.1.3 Segunda postura: permite la privación en ciertos casos	76
1.4.1.4 Tercera postura: neutral a la discapacidad	79
1.4.1.5 El entendimiento del artículo 14 de la CDPD en el empleo del aislamiento solitario en personas con discapacidad mental o psicosocial	81

1.4.2	<i>El aislamiento solitario como tortura o tratos crueles, inhumanos y degradantes y la invalidez del fundamento de peligrosidad como criterio para el emplear el aislamiento solitario</i>	87
2	CAPÍTULO II. LOS PRISIONEROS DE GUERRA CON DISCAPACIDAD MENTAL EN EL DIH: MARCO JURÍDICO APLICABLE Y CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN.	97
2.1	MARCO NORMATIVO DE LOS PRISIONEROS DE GUERRA Y DE LA FIGURA DEL AISLAMIENTO SOLITARIO DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD CON DISCAPACIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO	98
2.1.1	<i>El marco jurídico de los prisioneros de guerra en el Derecho Internacional Humanitario</i>	99
2.2	LAS PROTECCIONES DE LOS PRISIONEROS DE GUERRA	102
2.2.1	<i>La protección de las personas privadas de libertad en los conflictos armados internacionales</i>	106
2.3	LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 30 DEL TERCER DE CONVENIO DE GINEBRA DE 1949	112
2.3.1	<i>Una interpretación en su propio tiempo: el artículo 30 entendido a la luz del contexto de su adopción</i>	112
2.4	UN NUEVO ENTENDIMIENTO: LOS COMENTARIOS DE LA CICR AL TERCER CONVENIO DE GINEBRA DE 1949 DEL 2020	117
2.4.1	<i>Los criterios generales de interpretación del Derecho Internacional aplicables al artículo 30 del III CG</i>	120
2.4.1.1	Los criterios generales de interpretación del Derecho Internacional Público	120
2.4.1.2	La cláusula Martens como criterio de interpretación en el Derecho Internacional Humanitario	128
2.4.1.3	Los criterios de interpretación relativos al Derecho Internacional de los Derechos Humanos	134
3	CAPÍTULO III. EL NUEVO ENTENDIMIENTO DE LA DISCAPACIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y LA REINTERPRETACIÓN (Y ACTUALIZACIÓN) DEL ARTÍCULO 30 DEL III CONVENIO DE GINEBRA DE 1949	144
3.1	LA EVOLUCIÓN DE LA DISCAPACIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y SU ENTENDIMIENTO EN EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO	145
3.1.1	<i>La historia de tratamiento de las personas con discapacidad en el derecho internacional</i>	146

3.1.2	<i>La terminología referente a discapacidad y su relevancia dentro del Derecho Internacional Humanitario</i>	151
3.2	LA NUEVA COMPRESIÓN DEL ARTÍCULO 3 COMÚN DE LOS CONVENIOS DE GINEBRA DE 1949 Y LAS NUEVAS REINTERPRETACIONES DEL ARTÍCULO 30 DEL TERCER CONVENIO DE GINEBRA DE 1949	158
3.2.1	<i>Los nuevos entendimientos del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949</i>	158
3.2.2	<i>Las nuevas interpretaciones del artículo 30 del III Convenio de Ginebra de 1949 a partir de los criterios de interpretación dinámica, pro persona, sentido común de los términos o coherencia terminológica y el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra</i>	179
4	CONCLUSIONES.....	195
5	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	200



Lista de tablas

Tabla 1. <i>Criterios del uso del aislamiento solitario en personas privadas de libertad</i>	62
Tabla 2. <i>Supuestos en los cuáles el aislamiento solitario produce un trato cruel, inhumano o degradante o tortura</i>	91
Tabla 3. <i>El empleo del criterio de peligrosidad en los supuestos del uso del aislamiento en personas privadas de libertad con discapacidad</i>	93



Lista de figuras

Figura 1. *Reinterpretación del artículo 30 a partir del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949*

192



Abreviaturas

AG Asamblea General

CADH Convención Americana sobre Derechos Humanos

CAI Conflicto Armado Internacional

CANI Conflicto Armado No Internacional

CAT Comité contra la Tortura

Comité CDPD Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

CG Convenio de Ginebra

CDN Comité de los Derechos del Niño

CEDH Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales

CEDDIS Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad

CDPD Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

CDH Comité de Derechos Humanos

CIDH Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CICR Comité Internacional de la Cruz Roja

CIA Centro de Inteligencia Americana

CIPST Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura

CIJ Corte Internacional de Justicia

CPI Corte Penal Internacional

CPT Comité Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes

Corte IDH Corte Interamericana de Derechos Humanos

Comité CDPD Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Comité DESC Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

DIH Derecho Internacional Humanitario

DIDH Derecho Internacional de los Derechos Humanos

DIP Derecho Internacional Público

GTDT Grupo de Trabajo de Detención Arbitraria

TEDH Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TPIY Tribunal Penal Internacional para la ex – Yugoslavia

PA I Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales

PA II Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional

PIDCP Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

PIDESC Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos

OMS Organización Mundial de la Salud

ONU Organización de las Naciones Unidas

SHU Super Housing Unit

Supermax Super Maximum Security

UNCAT Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura

1. Introducción

“Estuve en la Unidad de Seguridad dos o tres veces por autolesiones... Necesitaba ayuda, en vez de ello fui castigado”

Prisionero aborigen de Torres Strait Islander con discapacidad psicosocial en el centro correccional de Queensland, Australia. (Human Rights Watch, 2018, p. 48)

A lo largo de la historia, la figura del individuo anormal ha ido cambiando-el leproso, los pobres, los vagabundos, los muchachos de correccional (Foucault, 1978); no obstante, los nuevos individuos encajan en el papel de la figura del individuo peligroso como personas que representan un riesgo para la sociedad; y, por tanto, la única salvación que veremos para ellos es la exclusión social. Las personas con discapacidad no han sido exentas de ser catalogadas en el grupo de individuos anormales, locos, incorregibles o peligrosos; como respuesta a ello aparecieron las medidas de interdicción, el encierro, el encauzamiento, el internamiento en las instituciones hospitalarias y el aislamiento. De todas las medidas, el aislamiento resulta ser la peor, en general, para las personas detenidas o privadas de libertad; y, en particular para las personas con discapacidad psicosocial o mental, ya que no solo les anulan todo tipo de contacto social; sino que, además, no responde con la finalidad de la pena o a un tipo de medida restrictiva de la libertad.

De esta manera, el uso del aislamiento permite plantear la pregunta: ¿Qué clase de sociedad somos que podemos creer que se puede resocializar aislando? Probablemente, seguimos siendo la sociedad que solía describir Michel Foucault, como aquella que utiliza el argumento de la peligrosidad que emana del sujeto para imponer medidas preventivas diferenciadas y de neutralización social; es decir, la exclusión social.

De esta forma, es evidente que los centros de reclusión constituyen el legado de un pasado excluyente que continúa marginalizando y perpetuando la discriminación; sin embargo, el uso adicional del aislamiento solitario en personas ya privadas de su libertad (recluidas), constituye uno de los escenarios que cuestionará la presente tesis.

En los últimos años el número de personas recluidas en centros privativos de libertad ha aumentado en casi un 20% desde el año 2000, a más de 10 millones en el año 2015 (Walmsley, 2016). Asimismo, durante los años 2011 a 2016, el número de detenidos visitados por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) ascendió de 540,000 a casi un 1 millón de detenidos, la referida institución ha observado, además, las condiciones inadecuadas en las que se encuentran estos detenidos.¹

De este modo, las personas que se encuentran privadas de libertad –cualquiera sea el contexto- se enfrentan ante diversas situaciones: celdas sobrepobladas, falta de acceso a servicios básicos (comida, vestimenta, entre otros), falta de acceso a los sanitarios y saneamiento, así como al acceso a los servicios médicos y al aislamiento solitario. Si bien la situación de las personas privadas de libertad plantea una variedad de cuestiones humanitarias de acuerdo a cada contexto; en los conflictos armados su situación se ve agravada, ya que las personas privadas de libertad se enfrentan a ser sujetos de posibles desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales o tratos crueles, inhumanos y degradantes e incluso ser sometidos a tortura.

Al respecto en el Derecho Internacional hay dos ramas que regulan la privación de la libertad en conflictos armados: el Derecho Internacional Humanitario (DIH) y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH). La relación entre las dos ramas del derecho siempre ha sido objeto de debate en el derecho internacional, por ello, en el 54º período de sesiones

¹Las cifras estimadas por la CICR son de los reportes anuales de los años 2011-2016

de la Comisión de Derecho Internacional (ONU, 13 de abril de 2006), se planteó una discusión sobre “la fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional” (párr. 1).

En precitado documento, elaborado por Martti Koskenniemi, señala que en el Derecho Internacional no hay jerarquía; es decir, no hay un núcleo central de toma de decisiones del derecho, sino que hay diferentes polos de creación jurídica donde se tiene que coordinar de alguna manera si es que se quiere dar coherencia al derecho internacional, de lo contrario viviríamos en una anarquía. Una forma de lograr esta concordancia es la interpretación.

Finalmente, las diversas ramas del derecho internacional confluyen con la realidad y conllevan a nuevas situaciones de conflicto, lo cual implica nuevos desafíos de aplicación de la normativa internacional y su actualización normativa. En ese sentido, la presente tesis plantea analizar -en base a los estándares del DIDH y DIH el uso del régimen de reclusión consistente en el aislamiento solitario de los prisioneros de guerra² con discapacidad psicosocial o mental³- la posibilidad de actualizar el artículo 30 del Tercer Convenio de Ginebra (III CG) a los estándares actuales de protección de las personas con discapacidad mental aplicando los métodos de interpretación del DIP, DIH y del DIDH.

Esta propuesta teórica plantea que el aislamiento solitario es una práctica global que es utilizada muchas veces en forma prolongada, por diversos motivos y en distintos contextos, tales como: en prisiones, centros de detenciones, centros de inmigración, hospitales psiquiátricos, centros de detenciones en conflictos armados, entre otros.

²Se entenderá prisioneros de guerra aquellos que configuran en el artículo 4 del III Convenio de Ginebra de 1949 y el artículo 44 del I Protocolo Adicional de los Convenios de Ginebra de 1949

³ Para la presente tesis significará persona con discapacidad psicosocial o mental, como toda aquella deficiencia temporal o permanente relacionada con la forma de pensar e interactuar de las personas (por ejemplo, esquizofrenia)

El escenario del aislamiento solitario prolongado- aislamiento que supera los 15 días- se encuentra prohibido en la Declaración de Estambul (es el primer instrumento de *soft law* que define sobre el empleo y los efectos de la reclusión en régimen de aislamiento), en los casos de niños, mujeres embarazadas, mujeres que amamantan y personas con discapacidad mental. Considerando la Declaración de Estambul y la Convención contra la tortura, podemos concluir que el tipo de aislamiento absoluto constituye un trato cruel, inhumano o degradante, o en ocasiones tortura, en violación del artículo 1 y 6 de la Convención contra la tortura, y la prohibición *jus cogens* y consuetudinaria de la tortura y los malos tratos (Shalev, 2008).

“Esto no significa que instancias de aislamiento solitario que duren menos de 15 días no puedan constituir casos de malos tratos o tortura” (Shalev, 2008, p.6), lo cual deberá analizarse en cada caso en concreto, teniendo presente la finalidad, condiciones, efectos y situación de la persona detenida. Para efectos de este trabajo se evaluará la condición de prisionero de guerra con discapacidad mental o psicosocial.

No obstante, cabe precisar que la presente tesis ubica el empleo de la reclusión en la modalidad de aislamiento solitario en conflictos armados internacionales, donde la práctica se encuentra poco regulada en general. De esta forma, ante la falta de un estándar de aislamiento solitario en el ámbito del DIH, “el uso irrestricto del aislamiento solitario puede llevar a la vulneración de derechos humanos fundamentales, especialmente el derecho a la integridad personal (física y mental)” (Shalev, 2008, p.4). Esto contribuye a la posibilidad de casos de abusos; así como, el uso del aislamiento solitario en formas que constituyen tratos crueles, inhumanos o degradantes, o incluso tortura.

Como se verá a lo largo del presente trabajo, hay evidencias psiquiátricas que demuestran los daños psicológicos en la salud mental y física (el síndrome de psicosis, por ejemplo) de las

personas que son objeto de la misma en calidad de detenidos en los sistemas penitenciarios o como prisioneros de guerra, lo que vulnera su derecho a la integridad, a la salud y a la vida.

En esa línea, la presente investigación utiliza la definición de reclusión del régimen de aislamiento solitario dispuesto por la Declaración de Estambul sobre el empleo y los efectos de la reclusión en régimen de aislamiento, como el aislamiento físico y social de personas que permanecen encerradas en sus celdas entre 22 y 24 horas al día. No obstante, la norma de Estambul es para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; y, el presente trabajo se enfoca en una situación particular del DIH, la cual tiene como hipótesis usar las fuentes del DIDH con la finalidad de brindar una solución a un área gris en la regulación del aislamiento solitario en el DIH.

Cabe resaltar que la reclusión en régimen de aislamiento es conocida bajo diversos términos, como *Supermax*, segregación, separación o “Unidades de viviendas seguras”; sin embargo, la característica general de este régimen de reclusión es la ausencia del contacto humano de la persona aislada con otras personas, lo cual genera una situación de soledad y ausencia de testigos -en caso se configure actos de tortura o malos tratos.

Por otra parte, debemos precisar que -respecto a las condiciones de detención- estas se han abordado en estándares de *soft law* universalmente reconocidos, como las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los reclusos⁴, que incluye en forma explícita la prohibición del aislamiento solitario prolongado en personas con discapacidad mental, las Reglas de Bangkok⁵ y las Reglas de Beijing⁶. Dichos instrumentos establecen estándares mínimos de trato humano para los reclusos y

⁴ Las Reglas mínimas para el tratamiento de reclusos de las Naciones Unidas (Reglas Mandela), adoptadas en el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente en 1955 y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663 C (XXIV), de 31 de julio de 1957, y 2076 (LXII), de 13 de mayo de 1977.

⁵ Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok). A/65/457. Sexagésimo quinto periodo de sesiones. 16 de marzo de 2011.

⁶ Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing). Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985.

constituyen un marco de referencia importante y ampliamente utilizado en la práctica, pero se centran en cómo operan las instituciones penitenciarias regulares de los Estados y pueden no tener en cuenta las circunstancias particulares de la privación de libertad en el contexto de los conflictos armados.

De otro lado, la presente tesis se centra principalmente en actualizar, mediante la aplicación de métodos de interpretación, el artículo 30 del III CG, con el objeto de permitir que los prisioneros de guerra con discapacidad mental o psicosocial tengan un tratamiento conforme a los estándares de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD).⁷ El interés del presente trabajo reside, en particular, en el tratamiento de los prisioneros de guerra con discapacidades psicosociales y mentales en el marco del DIH. En ese sentido, los instrumentos del DIH enfrentan nuevos desafíos, entre ellos, el deber de establecer los parámetros de protección de las personas con discapacidad en los conflictos armados, puesto que el entendimiento de la discapacidad ha sufrido variaciones a lo largo de la historia como se evidencia en los diferentes modelos de discapacidad: modelo de prescindencia, modelo médico y el modelo social.

El primer modelo, denominado modelo de prescindencia, entiende la discapacidad como una carga a la comunidad y por tanto deben prescindir de ellas; el segundo, el modelo médico o rehabilitador comprende a la discapacidad como una limitación física, mental, intelectual o sensorial y que tiene que ser sanado o reparado (Palacios, 2008); y, el último, el modelo social, plantea que la discapacidad es el resultado de la interacción entre las diversidades funcionales y las barreras sociales. El modelo social - consagrado en la CDPD - es el presupuesto básico de

⁷Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas (UNGA Res A/RES/61/106), 16 de diciembre de 2006, entrada en vigor el 3 de mayo del 2008. El presente tratado de derechos humanos cuenta con 175 ratificaciones.

nuestra tesis. En ese orden de ideas, los prisioneros de guerra con discapacidad deben tener un tratamiento acorde al enfoque del modelo social como parte del marco normativo del DIDH.

Cabe resaltar que, en cuanto al DIH, el III CG en relación con el Tratamiento de los Prisioneros de Guerra⁸, regula la detención; así como, el internamiento de los prisioneros de guerra hasta el final de las hostilidades. Tal convenio proporciona los motivos por los cuáles los prisioneros de guerra pueden ser internados; asimismo, incluye el procedimiento aplicable y define en qué punto debe terminar la privación de libertad. Sin embargo, este Convenio no brinda un estándar general del empleo del aislamiento solitario en prisioneros de guerra, mucho menos en las situaciones de personas con discapacidad.

En todos los casos de reclusión, los Convenios de Ginebra y el Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de víctimas de los conflictos armados internacionales de 1977 (PA I), prohíben toda forma de maltrato y establecen normas detalladas sobre las condiciones de detención, que van desde normas sobre los lugares adecuados de encierro hasta la provisión de alimentos adecuados y acceso al aire libre. No obstante, a la luz de la regulación integral de la privación de libertad en los Convenios de Ginebra de 1949 - universalmente ratificados-; así como, las reglas adicionales encontradas en el PA I y el DIH consuetudinario, no proporcionan por el momento un marco de protección robusto para los prisioneros de guerra con discapacidad psicosocial o mental en situación de aislamiento solitario.

El artículo 30 del III CG tiene la siguiente redacción:

En cada campamento habrá una enfermería adecuada, donde los prisioneros de guerra reciban la asistencia que requieran, así como el régimen apropiado. En caso necesario, se

⁸Según la *Database* de la Cruz Roja Internacional sobre los Estados Partes de los principales tratados del DIH del 31 de mayo de 2021, muestra que los Convenios de Ginebra de 1949 han sido universalmente ratificados.

reservarán locales de aislamiento para quienes padezcan enfermedades contagiosas o mentales.

Los prisioneros de guerra gravemente enfermos o cuyo estado necesite tratamiento especial, intervención quirúrgica u hospitalización habrán de ser admitidos en una unidad civil o militar calificada para atenderlos, aunque su repatriación esté prevista para breve plazo. Se darán facilidades especiales para la asistencia a los inválidos, en particular a los ciegos y para su reeducación en espera de la repatriación. Los prisioneros de guerra serán asistidos preferentemente por personal médico de la Potencia a la que pertenezcan y, si es posible, de su misma nacionalidad.

No se podrá impedir que los prisioneros de guerra se presenten a las autoridades médicas para ser examinados. Las autoridades detenedoras entregarán a todo prisionero asistido, si la solicita, una declaración oficial en la que se consigne la índole de sus heridas o de su enfermedad, la duración del tratamiento y la asistencia prestada. Se remitirá copia de dicha declaración oficial y la asistencia prestada. Se remitirá copia de dicha declaración a la Agencia Central de Prisioneros de Guerra.

Los gastos de asistencia, incluidos los de aparatos necesarios para el mantenimiento de los prisioneros de guerra en buen estado de salud, especialmente prótesis dentales u otras, y los anteojos, correrán por cuenta de la Potencia detenedora.

En tal situación, la presente tesis no tiene por objeto cambiar el artículo en mención ni su omisión del marco jurídico del DIH, sino busca reinterpretar el artículo 30 del III CG respecto del uso de la reclusión en el régimen de aislamiento para los prisioneros de guerra con discapacidad psicosocial o mental, a través del uso de métodos de interpretación del DIP, DIH y DIDH que

permitirán actualizar la norma y brindar una protección idónea de la persona con discapacidad en el marco del DIH.

La duda teórica y el vacío normativo en la protección de la persona con discapacidad en el DIH genera la siguiente pregunta: ¿La interpretación del primer párrafo del artículo 30 del Tercer Convenio de Ginebra de 1949 que permite el empleo del régimen del aislamiento solitario en los prisioneros de guerra con discapacidad mental sigue siendo válido a la luz de los nuevos estándares de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD)?

El presente trabajo abordará la situación del artículo 30 del III Convenio de Ginebra de 1949 que, desde su entrada en vigor, ha sostenido una interpretación que permite el empleo del régimen de reclusión del aislamiento solitario en prisioneros de guerra con enfermedades mentales o –denominada hoy en día por el modelo social— discapacidades mentales; esta disposición normativa estaba basada en un modelo médico de discapacidad que tenía como finalidad ser una medida de protección hacia terceros. A partir del surgimiento del modelo social de discapacidad, y de los estándares de la CDPD, dicha interpretación se encuentra desfasada.

No obstante, esto no implica que el artículo 30 sea suprimido, la hipótesis de presente investigación establece todo lo contrario, la disposición normativa mantendrá su vigencia y su texto seguirá siendo el mismo, pero será necesario utilizar métodos de interpretación de la norma conforme al nuevo *corpus juris* de las personas con discapacidad y de los valores protegidos de la norma humanitaria. En ese sentido, se emplea la interpretación dinámica como criterio de interpretación de las normas del DIH para actualizar los valores protegidos en la norma humanitaria acorde a los nuevos estándares de la CDPD.

Es por ello que el presente texto se abocará a responder cuáles son los métodos interpretativos aplicables para la actualización del artículo 30 del III CG de 1949 sobre la reclusión de los prisioneros de guerra con discapacidad psicosocial para adecuarlo al modelo social de discapacidad y a los nuevos estándares referentes a la persona con discapacidad. En ese sentido, este texto demuestra que el mencionado artículo se encuentra desfasado y puede ser reinterpretado para lograr una interpretación más favorable para la protección de la persona con discapacidad.

Se demuestra a partir de un análisis que tiene como punto de partida los efectos del aislamiento solitario y su tratamiento en el DIDH; y su posterior aplicación en el marco del DIH - teniendo en cuenta que la situación se enmarca en un conflicto armado internacional y por tanto, *prima facie*, se debe aplicar la normativa del DIH como se sostendrá a lo largo del texto; sin embargo, la normativa y estándares de protección de personas privadas de libertad ha tenido poco desarrollo en cuanto a aquellas que se encuentran en situación de vulnerabilidad como la discapacidad psicosocial o mental.

En virtud que el aislamiento solitario resulta una medida adicional arbitraria de privación de libertad a las personas con discapacidad psicosocial o mental, ya que tiene efectos psicológicos y fisiológicos severos, sino que además, infringe el estándar del empleo del aislamiento solitario del derecho internacional y los derechos humanos, este trabajo busca conocer que la norma específica del DIH se encuentra desfasada y podría constituir violaciones a los derechos de las personas con discapacidad; en ese sentido, requiere ser interpretada conforme a los estándares desarrollados por el DIDH.

Es importante señalar que la CDPD no solo es una herramienta que adoptó las normas pertinentes de los tratados de derechos humanos existentes al contexto específico de discapacidad para asegurar así el uso del principio de no discriminación en cada uno de los derechos; sino que

además, permite discutir sobre la protección especial a las personas con discapacidad en el DIH, y sus respectivas zonas grises -vacíos- tales como el empleo del aislamiento solitario en situaciones de conflictos armados. Por tanto, es factible argumentar que la discapacidad es un factor a considerar en la determinación de una disposición de aislamiento solitario en prisioneros de guerra y puede configurarse un tratamiento arbitrario e ilícito cuando no responda a motivos válidos para el uso del aislamiento (como por motivo de seguridad, por ejemplo) y su objetivo pareciera ser la voluntad de imponer un castigo adicional (trato inhumano o sufrimientos graves, tortura), siendo esta situación contraria a la protección de las personas con discapacidad.

Un concepto relevante en el trabajo es el trato cruel, inhumano y degradante que será descrito no solo por los artículos 1 y 16 de la Convención contra la Tortura y otros tratos, o penas crueles e inhumanas, sino que además está graficada por la doctrina y jurisprudencia internacional. Asimismo, el concepto particularmente importante es la tortura, al igual que el anterior concepto no solo se delimita por el artículo 1 de la Convención contra la Tortura y otros tratos, o penas crueles e inhumanas, sino que también se presenta jurisprudencia que es de especial relevancia en el caso de las personas con discapacidad, puesto que ayuda afirmar cuándo se configura la tortura en casos de aislamiento solitario.

La tesis está basada principalmente en los métodos interpretativos, la jurisprudencia, así como en pronunciamientos internacionales. Entre ellos, es posible destacar los tratados generales de derechos humanos, los tratados y pronunciamientos de las Cortes de Derechos Humanos regionales, instrumentos de *soft law*, costumbre del DIH; los trabajos preparatorios del III Convenio de Ginebra y de los Convenios de Ginebra de 1949; y también lo señalado por los tribunales internacionales con respecto a la interacción entre el DIDH y DIH.

La tesis está dividida en tres capítulos, en el primer capítulo se desarrolla la figura del aislamiento solitario en los centros penitenciarios a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Se hará uso de la jurisprudencias de dos sistemas regionales de protección de los derechos humanos: el sistema interamericano y el sistema europeo; sumado a ello, también se emplearán los estándares de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, los pronunciamientos del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y de los comités especializados de protección de los derechos humanos del sistema interamericano y del sistema universal, en base a lo anterior se identificarán criterios que posteriormente serán utilizados para presentar un estándar del empleo del aislamiento solitario en personas privadas de libertad con discapacidad mental y sin discapacidad en centros penitenciarios.

Por otro lado, en relación a las personas privadas de libertad con discapacidad mental, la presente medida es utilizada en base al criterio de peligrosidad criminal o valoración del riesgo de violencia - que solo provee una probabilidad sin especificar los factores cuya presencia convierte a un individuo en peligroso- en dos supuestos: a) medida de protección y b) una medida disciplinaria.

El objetivo del primer capítulo es lograr establecer que el aislamiento solitario en personas privadas de libertad con discapacidad mental tiene graves efectos psicológicos y fisiológicos en la salud mental e integridad de las personas reclusas; y, debido a los efectos perjudiciales, la sola aplicación equivale como mínimo a tratos crueles, inhumanos o degradantes; y, en determinados escenarios, constituye tortura.

El segundo capítulo se enfocará en desarrollar la misma figura en el contexto del DIH, con el objetivo de analizar el artículo 30 del III CG, debemos tener en cuenta el marco jurídico

donde está ubicada la norma internacional; en ese sentido, analizaremos las normas correspondientes a los prisioneros de guerra y la protección de las personas privadas de libertad en los conflictos internacionales.

Es así que, en el marco referente al aislamiento solitario, se limita a la disposición normativa del artículo 30 del III CG; es por ello, que, en la segunda mitad del capítulo, analizaremos la interpretación que permitía el empleo del régimen de reclusión del aislamiento solitario en prisioneros de guerra con enfermedades mentales o –denominada hoy en día por el modelo social— discapacidades mentales, misma que ha sido sostenida desde su entrada en vigor; esta disposición normativa basada en un modelo médico de discapacidad tenía como finalidad ser una medida de protección o de seguridad hacia terceros como observaremos a lo largo del capítulo. Asimismo, observaremos los diferentes métodos de interpretación aplicables al artículo 30 del III CG, desde las ópticas del DIP (artículo 31 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, el uso del sentido común y coherencia terminológica), del DIH (la cláusula Martens) y del DIDH (Interpretación *pro persona* y la interpretación dinámica); no obstante, no todos ellos serán idóneos para establecer el objetivo de actualizar el artículo 30 del III CG.

En ese sentido, establecemos que la interpretación se encuentra desfasada, con el nuevo corpus iuris de los derechos de las personas con discapacidad contemplados en la CDPD, tales como: el modelo social, el principio de no discriminación, el artículo 14 (derecho a la libertad y seguridad personal), y el artículo 15 (la prohibición contra la tortura o cualquier trato cruel, inhumano y degradante); y, de igual manera, los valores protegidos en las normas humanitarias han ido evolucionando acorde a la sociedad; es así que el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra que prohíbe la tortura, el trato humano y entre otras garantías fundamentales también forman parte de los nuevos estándares para el empleo de la privación de libertad en personas con

discapacidad. Además, estableceremos los criterios interpretativos para actualizar el artículo 30 acorde a los estándares antes mencionados.

En esta línea, en el tercer capítulo se plantea la evolución de la discapacidad en el derecho internacional y se aplicará al artículo 30 del III CG los criterios interpretativos seleccionados en el capítulo anterior: la interpretación conforme al uso de sentido común y ordinario de sus términos o coherencia terminológica, el principio *pro persona* y el principio de interpretación dinámica. Estos nos permitirán actualizar la disposición normativa, aunque terminológicamente seguirá siendo la misma, mediante el uso de la interpretación de norma.

Por lo tanto, con la reinterpretación de la disposición normativa, sería inviable una disposición de aislamiento; y, la Parte Detenedora podría hacer uso de la retención, dicha retención solo será en aquellas situaciones que, por motivos de seguridad, se genere un peligro objetivamente determinable para terceros y que opciones como salud mental comunitaria no estén disponibles, pues se está ante un campamento de prisioneros de guerra y resulta importante reconocer los límites del territorio.

Es importante recalcar que debido a la antigüedad de las reglas del DIH-en particular los Convenios de Ginebra- se han ido actualizando vía doctrina, principios y jurisprudencia en temas sobre control territorialidad, nuevas formas de conflictividad, control efectivo, control general, género, entre otros. Un ejemplo emblemático en el proceso de actualización ha sido en temas de género, a partir, de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (que tiene menos ratificaciones que la CDPD) y que el enfoque de género ha producido que a nivel de doctrina demostrando que los Convenios de Ginebra están desactualizados y no corresponden con la realidad de hoy (Charlesworth et al., 1991).

De tal manera, en el escenario de las personas con discapacidad, las normas del DIH vigentes no corresponden con los estándares de protección de los derechos de las personas con discapacidad, por ello la tesis finaliza con una propuesta de aplicar métodos de interpretación para que la norma sea actualizada y cumplir con la protección humanitaria durante los conflictos armados internacionales, en el caso concreto del artículo 30 del III CG que alude a la situación de aislamiento de los prisioneros de guerra con discapacidad psicosocial.

De este modo, la presente investigación culminará demostrando que, mediante un criterio de norma de interpretación adecuado, es posible realizar una reinterpretación y actualización amplia de los valores protegidos (conceptos amplios que cambian de acuerdo a los avances de la sociedad) de una norma humanitaria sobre discapacidad acorde a los nuevos estándares de la CDPD y de derechos de las personas privadas de libertad en aislamiento solitario. Estos mismos valores de la presente norma han cambiado a lo largo del tiempo, por lo que el método de interpretación de norma, no solo ayuda a actualizarla, sino que además puede aplicarse a una serie de problemas que van a venir o surgir en el futuro.

Capítulo I. La reclusión en régimen de aislamiento solitario de las personas privadas de libertad a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

En el presente capítulo se abordará la siguiente pregunta: ¿En el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es válido el régimen de reclusión de aislamiento solitario en personas privadas de libertad con discapacidad mental por el criterio de peligrosidad? Para ello, se empieza por abordar la evolución histórica del sistema penal mediante la reclusión en el régimen de aislamiento solitario de las personas privadas de libertad. En ese sentido, se entenderá a las personas privadas de libertad como aquellas que están sometidas a:

Cualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización, o custodia de una persona, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones a la ley, ordenada por o bajo el control de facto de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad, ya sea en una institución pública o privada, en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria. Se entiende entre esta categoría de personas no sólo a las personas privadas de libertad por delitos o por infracciones e incumplimientos a la ley, ya sean éstas procesadas o condenadas, sino también a las personas que están bajo la custodia y la responsabilidad de ciertas instituciones, tales como: hospitales psiquiátricos y otros establecimientos para personas con discapacidades físicas, mentales o sensoriales; instituciones para niños, niñas y adultos mayores; centros para migrantes, refugiados, solicitantes de asilo o refugio, apátridas e indocumentados; y cualquier otra institución similar destinada a la privación de libertad de personas. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH], 2008, p. 3)

En tal contexto, se expondrán los fundamentos y críticas del empleo de esta práctica a nivel global. Y, posteriormente, para efectos metodológicos, el presente capítulo se enfocará en el uso

del aislamiento solitario en centros penitenciarios donde haya personas con discapacidad privadas de su libertad.

Asimismo, se discutirá los efectos psicológicos y fisiológicos del régimen de aislamiento solitario de las personas privadas de libertad, en donde “la situación de aislamiento solitario puede constituir un trato cruel, inhumano, degradante e incluso tortura” (Shalev, 2008, p.5). Esto no significa que “instancias de aislamiento solitario que duren menos de 15 días⁹ no puedan constituir casos de malos tratos o tortura” (Shalev, 2008, p.6), para ello deberá analizarse cada caso en concreto, teniendo en cuenta la finalidad de imponer la medida, sus condiciones, duración, efectos y condiciones sobre la persona detenida.

Luego de ello, se aborda el aislamiento solitario en las personas privadas de libertad a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos(DIDH), mediante la jurisprudencia de dos sistemas regionales de protección de los derechos humanos¹⁰: el sistema interamericano y el sistema europeo en base a criterios; sumado a ello, también se utiliza los informes temáticos, observaciones generales y observaciones finales de los relatores especiales de Naciones Unidas, en materia de los derechos de las personas con discapacidad, personas privadas de libertad y respecto de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Adicionalmente, se analiza el uso del régimen de aislamiento solitario en las personas con discapacidad, a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), de los pronunciamientos del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas

⁹ El número mayor de 15 días constituye aislamiento prolongado. Ver, regla 44 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los reclusos (Reglas de Nelson Mandela)

¹⁰La presente investigación hará mención a los sistemas regionales europeo e interamericano, debido a que el sistema regional africano de derechos humanos, hasta el momento, no cuenta con un desarrollo profundo jurisprudencial sobre las obligaciones de protección hacia las personas privadas de libertad o en relación al uso del aislamiento en personas privadas de libertad. El único caso finalizado encontrado -hasta junio de 2021- en el sistema regional africano sobre los temas mencionados, es el caso Comisión Africana de Derechos Humanos vs. República de Libia. App N° 002/2013. Sentencia 3 de junio de 2016

cruels, inhumanos o degradantes y de los comités especializados de protección de los derechos humanos del sistema interamericano y sistema universal, tales como: el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (CDH), el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas (CAT), el Comité de discapacidad, el Sub-comité de Naciones Unidas para la prevención de la tortura (SPT), el Comité Europeo para la prevención de la tortura (CPT) y de las penas o tratos inhumanos o degradantes y el Grupo de Trabajo de Detención Arbitraria (GTDA).

En base a ello, es posible señalar, en el marco del DIDH en qué supuestos es válido el uso del aislamiento solitario en personas privadas de libertad sin discapacidad y con discapacidad. Como se verá, el fundamento primordial por parte de las instituciones y expertos que se han mencionado para determinar el uso del aislamiento solitario en personas con discapacidad será el criterio de peligrosidad criminal, por lo cual en base a las secciones previas se determinará, finalmente, si este criterio resulta o no válido.

1.1 La reclusión en el régimen de aislamiento solitario de las personas privadas de libertad

En la presente sección revisaremos brevemente la historia del encarcelamiento mediante el régimen del aislamiento solitario y presentaremos las razones por las cuales los países emplean el aislamiento solitario. De la misma manera, se presentarán algunos escenarios de contraargumento de los fundamentos del uso de las medidas, debido a que el uso arbitrario y excesivo puede afectar en la salud física y mental e incluso puede constituir un trato cruel, inhumano o degradante o tortura a los reclusos en centros penitenciarios, en particular, a aquellas personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad.

1.1.1 Uso histórico

En el siglo XVIII surge en Europa Occidental y en Estados Unidos de América un movimiento para reformar el sistema penal, en reacción ante la crueldad de los castigos corporales que se infligió en estas sociedades (CICR, 5 de abril de 2016). Una de las figuras del movimiento reformador es Cesare Beccaria, quien consideraba que la práctica de la tortura y la pena de muerte eran actos crueles, que endurecían a los delincuentes en vez de disuadirlos (Beccaria, 2015). El sistema penal antiguo estaba caracterizado por los castigos corporales que venían asociados a la tiranía; y, dado que la libertad individual acabó considerándose un valioso derecho cívico, comenzó a abolirse la mayor parte de los castigos corporales –con excepción de la pena de muerte (CICR, 5 de abril de 2016). Este sistema de concebir la pena fue sustituido paulatinamente por penas de privación de libertad con la intención de transformar moralmente a las personas, mediante el confinamiento (Bentham, 2000).

De tal manera, la arquitectura de las cárceles debía participar del proceso de transformación y disponer de celdas individuales, de modo que, a principios del siglo XIX, la idea de reformar a las personas mediante la privación de libertad habrá inspirado la construcción de dos sistemas penitenciarios de aislamiento: Auburn y Pennsylvania (Morris y Rotham, 1998). El sistema de Auburn permitía a los reclusos trabajar juntos durante el día; sin embargo, este era realizado bajo un régimen de silencio total donde no se permitía la comunicación (Scharff, 2006). En cambio, en las instituciones de privación de libertad que usaban el modelo de Pennsylvania, los presos pasaban todo su tiempo -casi 23 horas- en celdas donde habían de trabajar, dormir, comer y rezar en silencio absoluto (Scharff, 2009; Foucault, 1995; Colvin, 1997). La idea de este último modelo se basaba en reformar moralmente a los detenidos aislándolos totalmente en celdas individuales.

Poco después de la implementación del modelo Pennsylvania, en la prisión de Cherry Hill en Filadelfia, comenzaron a surgir informes de presos que experimentan alucinaciones, demencia y otros trastornos mentales (Scharff, 2006). El modelo de Pennsylvania se convirtió en el sistema favorito en Europa, donde los reclusos también comenzaron a experimentar signos de enfermedad mental, mientras que algunos de los primeros observadores culparon a los disturbios mentales observados en los presos recluidos en confinamiento solitario por raza u otros factores, otros vieron una conexión con las condiciones de su confinamiento. Al visitar la prisión de Cherry Hill en 1842, Charles Dickens escribió que un recluso en confinamiento solitario "es un hombre enterrado vivo (...) muerto para todo menos para torturar ansiedades y desesperación horrible" (Dickens, 1842).

Shalev (2008) agrega que

Estas críticas, aunadas al crecimiento de la población penitenciaria y a la necesidad de contar con mayor espacio dentro de las cárceles, condujeron a que hacia finales del siglo XIX se fuera desmontando el sistema de aislamiento en la mayoría de los países. (p.12)

Sin embargo, para entonces, el aislamiento solitario, en particular, el modelo Pennsylvania, "se había convertido en un rasgo permanente de los sistemas penitenciarios del mundo entero" (Scharff, 2006, p. 467-469). Aunque continuó usándose en partes de Europa, particularmente en Escandinavia, Holanda y Bélgica, donde el aislamiento a gran escala se practicó de acuerdo con el sistema de Pennsylvania, como parte integral de un régimen de rehabilitación hasta el siglo XX (Scharff, 2009).

A principios del siglo XX, el uso del aislamiento solitario fue empleado en prisioneros de guerra como sujetos de estudio científico, que generalmente aseguran causó daño psicológico severo (Scharff, 2006). De igual manera, el confinamiento solitario fue utilizado como medida

coercitiva en algunos países comunistas durante la guerra fría. El uso de las técnicas que involucran el aislamiento social fue utilizado por la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, por ejemplo, el Comité para la Seguridad del Estado (KGB) lo usó antes del juicio con los llamados "enemigos del Estado" como una herramienta coercitiva en un proceso de interrogatorio y de confesión (Hinkle Le y Wolff, 1956).

En esa línea, estas prácticas llamaron la atención de los psicólogos y psiquiatras que durante las décadas de 1960 y 1970 llevaron a cabo innumerables experimentos de privación sensorial que demostraron cómo el aislamiento podría tener un impacto dramático en los individuos. El Centro de Inteligencia Americana (CIA) estaba muy interesado, tanto en las prácticas de la prisión comunista, como en la investigación científica, por ello la CIA elaboró el manual interrogatorio de contrainteligencia de 1963 (Tenet, 6 de octubre de 2016). De acuerdo con el manual, el interrogador puede aislar al detenido de tener contacto social y sensorial:

A medida que el interrogador se vincula en la mente del sujeto con la recompensa de la disminución de la ansiedad, el contacto humano y la actividad significativa, y al proporcionar alivio para la incomodidad creciente, el interlocutor asume un rol benevolente (...) el sujeto regresivo verá al interrogador como una figura paterna. El resultado, normalmente, es un fortalecimiento de las tendencias de los sujetos hacia el cumplimiento. (Scharff, 2008, p. 59)¹¹

Además de los mencionados usos, a finales del siglo XX y a comienzos del siglo XXI, “el aislamiento solitario prolongado regresó -a gran escala- con la construcción de las cárceles *Supermax* (forma abreviada de *Super Maximum Security*)” (Shalev, 2008, p.13) y cárceles de

¹¹ Texto original en inglés : “As the interrogator becomes linked in the subject’s mind with the reward of lessened anxiety, human contact, and meaningful activity, and thus with providing relief for growing discomfort, the questioner assumes a benevolent role ... the regressed subject [will] view the interrogator as a father-figure. The result, normally, is a strengthening of subjects’ tendencies toward compliance” (Scharff, 2008, p. 59).

seguridad especial, en los Estados Unidos de América (Shalev, 2005 como se citó en Scharff, 2008). A diferencia de la forma tradicional del aislamiento, la *Supermax* mantiene a los reclusos en sus unidades por completo -casi 23 horas al día-, los cuales pueden vivir por muchos años separados de la vida social. Asimismo, se les niega el acceso a programas de capacitación vocacional o educativa u otras actividades, no pueden salir de sus celdas no más de unas pocas horas a la semana, están bajo vigilancia casi constante y fuertemente encadenados y restringidos y no tienen oportunidad de tocar a otro ser humano con afecto o cariño o de recibir tal afecto o cuidado de sí mismos (Craig, 2003). A parte de ello, la estancia en la *Supermax* puede ser prolongada e indeterminada por años e incluso décadas (Scharff, 2008). Las cárceles de *Supermax* han sido descritas como "la forma definitiva de exclusión" (Shalev, 2008).

Por otra parte, las cárceles *Supermax* se caracterizan por colocar a los prisioneros en el régimen de aislamiento solitario por ser considerados amenazas o peligrosos (Craig, 2003). Por ello, consideramos que la razón del empleo del régimen de reclusión en las *Supermax* se sustenta por el criterio de peligrosidad, el mismo que será desarrollado al final del capítulo.

A finales del siglo XX y a principios del XXI, se emitieron tres emblemáticas sentencias de las cortes federales americanas, en las cuales se cuestionaron las condiciones de aislamiento en las cárceles *Supermax*. En el primer caso, Madrid v. Gómez, el juez de la corte expresó su preocupación por los efectos perjudiciales en la salud de los prisioneros: "pueden pasar semanas, meses o posiblemente años con poca o ninguna oportunidad de tener un contacto social normal con otras personas". Y descubrió además que "muchos, si no la mayoría, los reclusos en el SHU

(*Super Housing Unit*) experimentan algún grado de trauma psicológico en la estimulación ambiental en el SHU” (United States District Court, 10 de enero de 1995).¹²

En el segundo caso, *Ruiz v. Johnson*, la corte distrital federal llegó a la conclusión de que las "privaciones extremas y condiciones represivas de confinamiento de las unidades de segregación administrativa constituyeron un castigo cruel e inusual tanto para la clase demandante en general como para la subclase de reclusos enfermos mentales alojados en tal confinamiento” (U.S. District Court, 1 de marzo de 1999)¹³; incluso, concluyó que el daño psicológico infligido a los reclusos en el confinamiento, a largo plazo, podría resultar en un trastorno mental.

Por último, a principios del presente siglo, en el caso *Jones El v. Berge*, un tribunal del distrito federal de Wisconsin, concluyó que “las condiciones extremadamente aisladas en el confinamiento *Supermax* causan el síndrome SHU en prisioneros relativamente sanos que tienen antecedentes de enfermedades mentales graves, así como también prisioneros que nunca han sufrido un colapso en el pasado pero que son propensos a descomponerse cuando el estrés y el trauma se vuelven excepcionalmente severos”¹⁴ (U. S. District Court, 18 de septiembre de 2001). Además, el Tribunal manifestó que:

La cárcel *Supermax* no es apropiada para reclusos con enfermedades mentales graves debido al aislamiento que resulta de la disposición física, el nivel inadecuado del personal

¹² Texto oficial en inglés: “can go weeks, months or potentially years with little or no opportunity for normal social contact with other people”. Par 1235: “many, if not most, inmates in the SHU (super housing unit) experience some degree of psychological trauma in environmental stimulation in the SHU”.

¹³ Texto oficial en inglés: “Extreme deprivations and repressive conditions of confinement of the administrative segregation units constituted cruel and unusual punishment both to plaintiff class generally and to the subclass of mentally ill inmates housed in such “confinement”.

¹⁴ Texto oficial en inglés: “extremely isolating conditions in supermaximum confinement cause SHU syndrome in relatively healthy prisoners who have histories of serious mental illness, as well as prisoners who have never suffered a breakdown in the past but are prone to break down when the stress and trauma become exceptionally severe.” Par 1118: “(...) Supermax is not appropriate for seriously mentally ill inmates because of the isolation resulting from the physical layout, the inadequate level of staffing and the customs and policies. Supermax was designed to house especially disruptive and recalcitrant prisoners but not mentally ill ones”.

y las costumbres y políticas. *Supermax* fue diseñado para albergar prisioneros especialmente problemáticos y recalcitrantes, pero no enfermos mentales. (U. S. District Court, 18 de septiembre de 2001)

Se ha mencionado las experiencias de los tribunales federales de Estados Unidos no por considerarlos más relevantes, sino porque la práctica del aislamiento solitario y prolongado sucede frecuentemente en dichos Estados, pero lamentablemente no puede ser vigilada prácticamente por ningún órgano internacional, entonces es necesario darlas dentro de su ámbito doméstico.

En esa línea argumentativa los tribunales antes mencionados reconocieron los importantes riesgos psicológicos del aislamiento solitario, expresaron preocupaciones muy enérgicas sobre la constitucionalidad de exponer a los presos a estas condiciones durante largos períodos de tiempo y expresamente prohibieron el uso de *Supermax* para ciertas categorías de prisioneros.

La prohibición estuvo dirigida a los denominados reclusos con enfermedades mentales, desorden psiquiátrico o aquellos con potencial de riesgo de sufrir un trastorno mental. Pese a que el enfoque de las cortes sobre las personas con discapacidad era precario, es importante realizar el símil entre los reclusos con enfermedades mentales que más tarde serán llamados personas con discapacidad mental o intelectual.

Esto demuestra que hasta principios del presente siglo persistía el modelo rehabilitador de discapacidad al ser consideradas las personas con discapacidad como enfermos que tenían que ser curados para reinsertarse a la sociedad. De lo contrario, no solo serán privados de libertad sino aislados en una celda por el tiempo que sea necesario hasta que dejen de ser vistos como un peligro o hayan sido reformados.

1.1.2 Actualidad de la figura

En cambio, en el plano de fuentes no convencionales –no tienen calidad de tratados, sino de declaraciones, resoluciones o principios -se ha desarrollado de manera amplia un marco legal sobre el empleo del aislamiento solitario.¹⁵ Es así como en la Declaración de Estambul sobre la utilización y los efectos de la reclusión y los efectos de la reclusión en régimen de aislamiento (en adelante la Declaración de Estambul), define el aislamiento solitario como:

El aislamiento físico de una persona en su celda de 22 a 24 horas al día. En muchas jurisdicciones, se permite a los reclusos salir de sus celdas durante una hora para hacer ejercicio en solitario. El contacto con otras personas suele reducirse al mínimo. La reducción de los estímulos no sólo es cuantitativa, sino también cualitativa. Los estímulos al alcance y los contactos sociales ocasionales pocas veces se eligen libremente, suelen ser monótonos y raramente se producen en un clima de empatía¹⁶. (párr. 397)

En tal sentido, este trabajo seguirá la definición trazada en la Declaración de Estambul, la misma que ha sido utilizada por los Relatores Especiales de la ONU sobre la Tortura y otros Tratos o penas Crueles, Inhumanas o Degradantes en sus diversos informes temáticos y en diversas investigaciones académicas por organizaciones. A los efectos del trabajo de investigación por

¹⁵Estas son: Reglas mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, Los Principios Básicos para el tratamiento de reclusos, ambos documentos emitidos por las Naciones Unidas las reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes, principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, reglas penitenciarias europeas, principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas, Reportes del Comité Europeo para la prevención de la tortura, guía de condiciones de arresto y custodia policial en los centros de detención en África, y los Informe del Relator Especial de Tortura de Naciones Unidas, A/66/268,5 de agosto de 2011, A/HRC/28/68,5 de marzo de 2015, A/HRC/31/57,5 de enero de 2016.

¹⁶ La Declaración de Estambul sobre el Uso y los Efectos del Aislamiento Solitario fue adoptada el 9 de diciembre de 2007 durante el Simposio Internacional sobre el trauma psicológico en Estambul. El Relator de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradante comparte la definición de la Declaración de Estambul en sus informes A/63/175, A/66/268, 2011, A/HRC/22/53,2013.

aislamiento prolongado se entenderá –postura del Relator sobre la Tortura- el aislamiento que se extienda durante un periodo superior a 15 días consecutivos (Organización de las Naciones Unidas [ONU], 5 de agosto de 2011). Además, como se demuestra en la segunda sección, “el aislamiento solitario prolongado puede tener consecuencias muy serias en la salud de la persona a la que se le aplica” (Shalev, 2008, p.45); y, en ciertos casos pueden equivaler a actos prohibidos de tortura o penas crueles, inhumanas y degradantes. Ello en razón a que el aislamiento prolongado puede repercutir efectos permanentes a nivel fisiológico y psicológico.

A nivel, de herramientas de *soft law*, se ha desarrollado con mayor detalle el contenido de los derechos de este grupo, principalmente en dos instrumentos internacionales: (i) Las reglas mínimas para el tratamiento de reclusos de las Naciones Unidas (Reglas Mandela) y (ii) los principios básicos para el tratamiento de reclusos de las Naciones Unidas. En estos instrumentos se han desarrollado pautas específicas al abordar los derechos de las personas privadas de libertad, tales como: el derecho a la vida, derecho a la integridad personal, el derecho a la salud, derecho a ocupar establecimientos adecuados, derecho a la comunicación, al contacto familiar y con el mundo exterior, las garantías del debido proceso, entre otros (Ramírez, 2013).

Todo lo anterior se verá reforzado por el marco normativo internacional de derechos de las personas privadas de libertad el cual debe ser garantizado por los Estados como un requisito mínimo en materia de tratamiento de reclusos; de este modo, a nivel del sistema interamericano de derechos humanos está el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos-tratado del sistema universal de derechos humanos-, la Convención Americana sobre Derechos Humanos-, a nivel de sistema europeo está el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales. En estos tratados, se menciona de manera general la protección de los

derechos de las personas privadas de libertad, este marco internacional debe ser aplicado en reclusos que se encuentren en régimen de aislamiento solitario.

Tanto el marco normativo del empleo del aislamiento solitario como el marco de derechos de las personas privadas de libertad deben tenerse presente, puesto que serán utilizados en la siguiente sección. Ahora bien, los fundamentos del uso del aislamiento varían en cada ordenamiento interno; sin embargo, cualquiera sea la razón para recurrir a este régimen y en donde sea el lugar de reclusión, esto se realiza sobre la base de algunas de las siguientes razones (castigar a una persona, protección a personas en situación de vulnerabilidad, facilitar el tratamiento en prisión de algunas personas, proteger o promover la seguridad nacional y facilitar las investigaciones previas a la acusación o al juicio) esbozadas por el Relator sobre Tortura (ONU, 5 de agosto de 2011).

a) Castigar a una persona:

La imposición del régimen de aislamiento como parte de una pena impuesta a una persona por sentencia judicial (delitos considerados atroces o contra el Estado) o como parte de un régimen disciplinario (violación de una norma de la prisión).

Respecto al primer supuesto, Shalev (2008) evidencia su tratamiento en diversos ordenamientos jurídicos como en el Perú: “bajo el régimen del ex presidente Alberto Fujimori aquellas personas condenadas por crímenes de terrorismo o traición a la patria eran colocadas automáticamente en aislamiento solitario durante el primer año de su sentencia de prisión”¹⁷ (p.

¹⁷ Este es el caso del régimen de ejecución de la pena para delitos de terrorismo y traición a la patria establecido en Perú mediante el Decreto Ley No. 25475 en el artículo 20 (dicha norma estuvo vigente hasta la aprobación del Decreto Supremo No. 005-97-JUS del 24 de junio de 1997). La Corte Interamericana, en su jurisprudencia sobre Perú, estableció que dicho régimen de ejecución penal constituía tratos crueles, inhumanos y degradantes en los términos del artículo 5 de la Convención Americana, casos: García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú, Lori Berenson Mejía Vs. Perú, Cantoral Benavides Vs. Perú. En Informe sobre las personas privadas de libertad en las Américas (CIDH, 2011, p.154)

37), del mismo modo hace alusión al Código Penal de Pakistán que “permite que los reos sentenciados sean condenados por los tribunales a estar en aislamiento solitario hasta por tres meses al inicio del cumplimiento de la pena” (p. 37), por su parte Heisel y otros (2005) hace referencia a este primer supuesto en los ordenamientos de Brasil, Alemania¹⁸ y Noruega¹⁹. También se aplica esta medida bajo el presente fundamento. En ciertas jurisdicciones, como China y Japón, “los presos pueden ser reclusos en régimen de aislamiento cuando han sido condenados a la pena de muerte; y, en algunos Estados de Europa central, las personas condenadas a la pena capital o a prisión perpetua cumplen su condena en régimen de aislamiento” (ONU, 3 de agosto de 2009, pár.53).

En el segundo supuesto, el régimen de aislamiento puede ser utilizado como una sanción disciplinaria (una forma de castigo), pero debe limitarse a las infracciones disciplinarias que se cometen dentro de la prisión; no obstante, estas medidas deben ser proporcionales y solo podría aplicarse esta sanción a una grave infracción; en ese sentido, “esta medida sólo puede imponerse como último recurso y por el periodo de tiempo más breve posible, por un término de días, o como máximo semanas o meses” (Shalev, 2008, p.41), debido a que esta práctica puede generar efectos perjudiciales sobre la salud física y mental de los reclusos. Por ello, es importante impedir cualquier uso abusivo o arbitrario de dicha sanción.

Esto último se basa en la regla número 32 en sus incisos primero y segundo de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de Reclusos que establece lo siguiente

¹⁸ Ley sobre la Ejecución de la pena privativa de libertad y de las medidas privativas de libertad de mejoramiento y seguridad, artículo 89 (Heisel et al., 2005).

¹⁹ Section 39 of the Act Regarding Execution of Penalties: “segregation from the company of other prisoners cannot, in principle, be used as a disciplinary sanction or punishment, though short term segregation (for up to maximum of 24 hours) is permitted for violations of the rules and order of the prison” (Heisel et al. 2005)

32. 1) Las penas de aislamiento y de reducción de alimentos sólo se aplicarán cuando el médico, después de haber examinado al recluso, haya certificado por escrito que éste puede soportarlas. 2) Esto mismo será aplicable a cualquier otra sanción que pueda perjudicar la salud física o mental del recluso. En todo caso, tales medidas no deberán nunca ser contrarias al principio formulado en la regla 31, ni apartarse del mismo. (ONU, 13 de mayo de 1977)

Además, la autoridad competente procederá a un examen completo del caso, donde también tendrá que considerar, en virtud del inciso 3 de precitada regla, los comentarios del médico encargado de visitar al recluso aislado respecto de “poner término o modificar la sanción por razones de salud física o mental” (ONU, 13 de mayo de 1977).

El artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales garantiza el derecho a un juicio justo.²⁰ “Se ha establecido que estas garantías también aplican a los procesos disciplinarios, particularmente, cuando se impone a los reclusos sanciones de considerable severidad” (Shalev, 2008, p. 41)

b) Protección a personas en situación de vulnerabilidad:

El confinamiento solitario se utiliza en muchas jurisdicciones como una forma de protección para personas que se encuentran situación de vulnerabilidad (los menores de edad, las mujeres embarazadas y en lactancia, las personas con discapacidad, personas lesbianas, homosexuales, bisexuales, transgénero e intersexuales, entre otros), permitiendo a las autoridades penitenciarias trasladar a los reclusos al aislamiento para protegerlos, ya sea del daño amenazado o anticipado a de otros reclusos o de ellos mismos. El confinamiento solitario, a veces, es una

²⁰Ver el artículo 6 (derecho a un proceso equitativo) de la Convención Europea de Derechos Humanos que entró en vigor el 3 de septiembre de 1953.

medida de seguridad especial para proteger a los detenidos que son potencialmente suicidas o que corren el riesgo de lastimarse. Un ejemplo de ello es Austria, donde existe una medida de seguridad especial que establece un estatuto que garantiza que dichos reclusos estén alojados en celdas especialmente protegidas, libres de cualquier elemento que pueda utilizarse para causar autolesiones (Weil et al., 2016).

Estos lugares deben cumplir con las características mínimas de protección de las personas privadas de libertad, tales como: habitabilidad, espacio, ventilación, servicios sanitarios e higiene, atención médica (Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH], 5 de julio 2006), entre otras condiciones que serán detalladas en la siguiente sección. El uso del presente fundamento no debe ser visto por las autoridades como una solución a largo plazo y satisfactoria para hacer frente a las situaciones específicas en las que las personas detenidas están en riesgo; por el contrario, las autoridades competentes deben tomar todas las medidas preventivas y correctivas para evitar el uso excesivo e incluso arbitrario de este fundamento, ya que puede conllevar a constituir en sí misma un propósito cruel, inhumano o degradante.

c) Facilitar el tratamiento en prisión de algunas personas:

Shalev (2008) señala:

En estos casos, el aislamiento solitario es usado como un instrumento para gestionar las poblaciones de algunas prisiones. En otras palabras, se aplica en los reclusos catalogados como peligrosos, indisciplinados o que de alguna forma se han convertido en un problema para la administración del centro penal (miembros de grupos terroristas, pandillas, por ejemplo). Esta medida sigue la lógica de que aislando a este tipo de reclusos se reducirán los incidentes de violencia en la prisión y se logrará mantener el orden y la disciplina. (p. 38)

De modo similar, las personas que se considera que puede ser objeto de lesiones, como los delincuentes sexuales, los informantes o los funcionarios penitenciarios o agentes de policía, a menudo son autorizados o incluso alertados a elegir el régimen de aislamiento de forma voluntaria para protegerse de otros reclusos (Scharff, 2009).

En los últimos años, en algunas jurisdicciones, se ha observado una tendencia hacia un uso cada vez mayor de la reclusión en régimen de aislamiento como herramienta administrativa para gestionar grupos específicos de reclusos. El ejemplo probablemente más conocido de esto es las llamadas prisiones *Supermax* en los Estados Unidos (Scharff, 1996). El nivel de morbilidad psiquiátrica entre este grupo de internos tiende a ser alto, como también es el caso de los que están sujetos al aislamiento como castigo (Scharff, 2006).

El presente fundamento es cuestionable, puesto que no puede ser utilizado para ciertas categorías de personas consideradas especialmente peligrosas o difíciles de manejar. En ese sentido, por ejemplo, podemos argumentar que las prisiones *Supermax*, utilizan este razonamiento para emplear el aislamiento solitario a causa de la peligrosidad de la persona. No obstante, como es posible notar, las *Supermax* aplican regímenes de detención muy estrictos, en los que las personas recluidas son sometidas a un régimen de aislamiento especialmente extenso con un contacto muy limitado con el personal y el resto de las personas privadas de libertad. Tales sistemas derivan en consecuencias graves para la salud mental y física de estas personas.

Tal cuestionamiento y alcance de la afectación hacia las personas privadas de libertad en el régimen de aislamiento solitario es también compartido por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (ONU, 10 de marzo de 1992), el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas (ONU, 12 de octubre de 2001) y el Relator Especial de las Naciones Unidas contra la

Tortura (ONU, 28 de julio de 2008)²¹ “Todos estos mecanismos han señalado que las condiciones de reclusión en esas prisiones pueden constituir tratos crueles, inhumanos o degradantes, en violación del derecho internacional de los derechos humanos” (Shalev, 2008, p.43).

d) Proteger o promover la seguridad nacional:

Shalev (2008) establece:

La protección de la seguridad pública y/o nacional es, y ha sido históricamente, una justificación para mantener en aislamiento solitario a aquellos sospechosos o condenados por crímenes políticamente motivados o a los cabecillas de organizaciones criminales. La lógica en este caso es evitar que el recluso entre en contacto con otros miembros de los grupos terroristas o subversivos u otros miembros de las organizaciones criminales fuera de la prisión, para prevenir la diseminación de secretos de Estado. Los presos condenados por razones de seguridad nacional típicamente pasan en estricto aislamiento solitario la totalidad del tiempo que duren sus sentencias de prisión. (p. 38)

En algunas ocasiones se utiliza para repeler a los prisioneros políticos, tal es el caso del ex presidente brasileño Luiz Inácio Lula da Silva, quien se encontraba en aislamiento solitario y se veía impedido de recibir visitas familiares y de su abogado con frecuencia (Fernandes, L., 24 de abril de 2018)²². Dichas restricciones no solo vulneran el código penal procesal brasileño sobre

²¹ Al respecto, revisar los siguientes documentos de la ONU: Las observaciones finales sobre el informe inicial del Pakistán de 1 de junio de 2017, el apartado A de las observaciones finales sobre el séptimo informe periódico del Paraguay de septiembre de 2017, el apartado B de las observaciones finales sobre el segundo informe periódico de Rwanda de 21 de diciembre del 2017. Los informes del Consejo de Derechos Humanos sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes de los años 2011 y 2013 (A/66/268 y A/HRC/22/53

²² Veáse también : el comunicado de prensa del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas del 17 de agosto del 2018.

ejecuciones de penas, sino que, además, vulnera las reglas número 58 y 61 de las Reglas de Mandela.²³

e) Facilitar las investigaciones previas a la acusación o al juicio:

Pueden considerarse dentro de este supuesto, aquellos casos en los que los Estados utilizan el régimen de aislamiento para aislar a algunas personas durante la detención previa a la formulación de cargos o al juicio. Referente a ello, en Reino Unido, señala Shalev (2008) que “los sospechosos de terrorismo pueden ser detenidos por hasta 28 días sin que se les hayan formulado cargos en su contra y en determinadas circunstancias la ley permite que este periodo sea extendido a preventiva 42 días” (p.38)

Algunas veces se impone el aislamiento a los detenidos durante la detención preventiva. Esto está permitido en Finlandia (Imprisonment Act, 2005), en Japón y también Noruega a fin de preservar las pruebas al evitar el contacto entre los reclusos, lo que podría derivar en la obstaculización o prevención de la recopilación de pruebas o en la destrucción de pruebas. Cuando se usa durante el período previo al juicio, el confinamiento solitario a veces puede presionar a los presos para que confiesen o presten testimonio, independientemente de los motivos que impidan la imposición del aislamiento (Weil et al., 2016).

De igual modo, el uso del aislamiento como técnicas de interrogatorio se utiliza en los escenarios de guerra y varios tipos de trabajo de inteligencia encubierta es bien sabido que Estados Unidos, en los últimos años, lo ha utilizado junto con varias otras técnicas, como una medida

²³ Ver las reglas números 58 y 61 de las Reglas mínimas para el tratamiento de reclusos de las Naciones Unidas (Reglas Mandela), adoptadas en el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente en 1955 y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663 C (XXIV), de 31 de julio de 1957, y 2076 (LXII), de 13 de mayo de 1977.

coercitiva para obtener información de inteligencia de detenidos en Guantánamo y en instalaciones en Iraq y Afganistán.²⁴ A raíz de los atentados del 11 de septiembre de 2001, el gobierno de Estados Unidos autorizó el uso de “técnicas de interrogatorio mejoradas”-usadas por el Centro de Inteligencia Americana y por el Departamento de Defensa- en el contexto de la “guerra contra el terror”; en ese contexto, la CIA emitió directrices para interrogar a los detenidos capturados en la "guerra contra el terror", identificando el aislamiento como una "Técnica estándar" permitida (Tenet, 6 de octubre de 2016).

Esta forma de aislamiento en aquellas personas “que no han sido condenadas por ningún delito es controversial, puesto que puede infringirse condiciones punitivas y potencialmente perjudiciales en personas que son inocentes hasta que se demuestre su culpabilidad, en algunas ocasiones pueden ser empleados para coaccionarlos” (Shalev, 2008, p.41). Además, es posible notar que esta medida se utiliza para limitar el contacto con las y los testigos, cómplices o víctimas, y para no comprender la integridad de las actuaciones. Al respecto, el ex relator especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez, en el año 2016 lanzó una iniciativa para crear un protocolo universal de estándar para interrogatorios no coercitivos (United Nations Human Rights Office of the High Commissioner [OHCHR], 18 de octubre de 2016). En tales casos, la autoridad competente debe revisar periódicamente las razones que justifican este régimen especial, debe haber una posibilidad de recurrir la medida, y el confinamiento debe llegar a su fin cuando ya no haya ninguna justificación para ello.

A efectos metodológicos, los criterios expuestos serán incorporados son los siguientes:(i) disposición legal (comprenderá las investigaciones penales, condena judicial y régimen

²⁴ Véase también: Physicians for Human Rights (PHR). “Break them down. Systematic use of psychological torture by US Forces” (2005); Center for Constitutional Rights (CCR) “Report on torture and cruel, inhuman, and degrading treatment of prisoners at Guantanamo Bay, Cuba” (Hashemian, 2008).

disciplinario-previo y general-), (ii) criterio de peligrosidad (comprenderá las medidas administrativas, seguridad nacional y las medidas de protección) y (iii) la medida disciplinaria (entendida como una sanción que se aplica luego de un hecho). Abordaremos estos fundamentos, en la siguiente sección, en razón a que nos ayudará a responder en qué supuestos es posible emplear el aislamiento solitario en personas privadas de libertad con discapacidad y sin discapacidad en el marco del derecho internacional de los derechos humanos.

Además, porque esta primera aproximación nos permitirá responder la pregunta central de la presente tesis: ver la relación entre el artículo 14 de la CDPD y el artículo 30, primer párrafo del III Convenio de Ginebra.²⁵ Este último a primera vista, tiene un fundamento sobre la base del criterio de peligrosidad, en base a ella se permite el aislamiento solitario a prisioneros de guerra con discapacidad mental o psicosocial. La aplicación de esta medida restrictiva no sólo contraviene la CDPD, sino que como veremos todo marco de las personas privadas de libertad a la luz del DIDH.

1.2 El aislamiento solitario en las personas privadas de libertad a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

La Organización Mundial de la Salud (OMS), en su constitución, define la salud como el estado de completo bienestar físico, mental y social; y, no solo la ausencia de enfermedad, afirmando que la salud, tal como se define, es un derecho humano fundamental (Organización Mundial de la Salud [OMS], 22 de julio de 1946). En la primera parte de la presente sección se dedicará a comprobar cómo el aislamiento solitario afecta negativamente a todos estos aspectos de la salud en las personas privadas de libertad. Para ello, en principio, se determinará si el aislamiento

²⁵ Ver: Artículo 31.1 del III Convenio de Ginebra de 1949. Entrada en vigor el 12 de agosto de 1949

es una forma extrema de confinamiento cuyos efectos perjudiciales en la salud física, mental y social han sido documentados por investigadores. Visto esto, la segunda parte se encargará de evaluar la validez, criterios, supuestos de empleo de la medida a nivel de la jurisprudencia y otros instrumentos del DIDH.

1.2.1 La perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la jurisprudencia en relación con el aislamiento solitario

Los órganos internacionales, regionales de derechos humanos, el CDH, el CAT, el Comité de discapacidad, el SPT, el CPT y el GTDA han adoptado diferentes enfoques para tratar las condiciones del aislamiento solitario de las personas privadas de libertad. El TEDH se ha ocupado regularmente de los regímenes de aislamiento, el CDH y la Corte IDH han tratado más ampliamente el fenómeno conexo de la detención en régimen de incomunicación (ONU, 5 de agosto de 2011). De esta manera, para los fines de la presente subsección, se destacó la labor de la jurisprudencia de los órganos universales, regionales de derechos humanos, los comités mencionados y las diversas posturas de los relatores especializados de las Naciones Unidas sobre el uso de la reclusión en régimen de aislamiento solitario mediante los siguientes criterios.

1.2.1.1 Condiciones y régimen para la aplicación del aislamiento solitario

Las condiciones particulares que se aplican a las personas privadas de libertad en régimen de aislamiento solitario varían entre las distintas instituciones y jurisdicciones. No obstante, existen estándares mínimos relativos a las condiciones físicas y régimen carcelario común. Estos incluyen:

- a) Condiciones físicas

Como los reclusos aislados pasarán la mayor parte del día dentro de su celda, las condiciones físicas de reclusión, incluido el tamaño de la celda, las ventanas, el saneamiento, el confort térmico, la privacidad, los accesorios y el mobiliario, el número y tipo de pertenencias personales que pueden guardar en sus celdas y las disposiciones del régimen a las que pueden acceder son de particular importancia; y, no más que cuando es probable que el permanezca en régimen de aislamiento durante un período prolongado (Shalev, 2015). En virtud de la regla número 10 de las Reglas de Nelson Mandela (ONU, 13 de mayo de 1977), las celdas de aislamiento deben cumplir con una exigencia mínima de higiene, calefacción, ventilación, superficie mínima, etc. Adicionalmente, las reglas 18.1 y 18.3 penitenciarias europeas enfatizan la importancia de la privacidad (Consejo de Europa, 11 de enero de 2006).

Por otro lado, no existen tratados internacionales, declaraciones o acuerdos que establezcan cuál es, específicamente, el tamaño mínimo aceptable de una celda de confinamiento. Al respecto, la ONU (5 de agosto de 2011) hace mención al caso Ramírez Sánchez contra Francia del TEDH, donde se hizo mención que “que una celda de 6,84 metros cuadrados es “suficientemente grande” para su uso por una única persona. El Tribunal no explicó por qué esa medida podía considerarse suficiente” (párr. 49). Al respecto, el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental destacó que sí es demasiado pequeño y no debe usarse para la misma persona por períodos prolongados de tiempo (ONU, 1 de mayo de 2015).

De igual modo, el Relator sobre la tortura y malos tratos, en los últimos años, continuó recibiendo quejas sobre la mala calidad de los alimentos y servicios médicos, y la ausencia de oportunidades recreativas (ONU, 27 de febrero de 2015). Por otra parte, la existencia de ventanas y de luz es también de vital importancia para un tratamiento adecuado de los reclusos en régimen de aislamiento.

En virtud de la regla número 11 de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, estipula que:

En todo local donde los reclusos tengan que vivir o trabajar: a) Las ventanas tendrán que ser suficientemente grandes para que el recluso pueda leer y trabajar con luz natural; y deberán estar dispuestas de manera que pueda entrar aire fresco, haya o no ventilación artificial; b) La luz artificial tendrá que ser suficiente para que el recluso pueda leer y trabajar sin perjuicio de su vista. (ONU, 13 de mayo de 1977)

Cabe precisar que no debe dejarse la luz artificial encendida indefinidamente. Además, de acuerdo a las reglas 12 y 13 de las Reglas de Nelson Mandela, los centros de detención deben disponer de instalaciones sanitarias suficientes para la higiene personal del recluso (tomar un baño o ducha e higiene en general).

Desde el punto de vista de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), también se ha abordado las condiciones físicas de la detención y se ha sostenido que “el aislamiento en celda reducida, sin ventilación ni luz natural (...) y las restricciones al régimen de visitas (...) constituyen formas de tratos crueles, inhumanos o degradantes” (Corte IDH, 16 de septiembre de 1997, párr. 58). Asimismo, la Corte IDH ha destacado que cuando existen condiciones físicas del régimen de aislamiento deterioradas y añaden otras formas de agresión física y psicológica puede tratarse de un caso de tortura física y psicológica (Corte IDH, 18 de agosto de 2000).

Por ejemplo, en el caso *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia)* se subrayó que las celdas de aislamiento:

[...]sólo deben usarse como medidas disciplinarias o para la protección de las personas por el tiempo estrictamente necesario y en estricta aplicación de los criterios de racionalidad,

necesidad y legalidad. Estos lugares deben cumplir con las características mínimas de habitabilidad, espacio y ventilación, y solo pueden ser aplicadas cuando un médico certifique que el interno puede soportarlas. (Corte IDH, 5 de julio de 2006, párr. 94)

Teniendo en cuenta los diversos estándares mencionados, consideramos pertinente los criterios generales de las Reglas de Nelson Mandela sobre las condiciones físicas de reclusión pues engloba - de manera general - las diferentes condiciones físicas mínimas. Y, como bien hemos mencionado a principios del presente capítulo, estas reglas han desarrollado pautas específicas al abordar los derechos de las personas privadas de libertad.

b. Régimen penitenciario

Sobre este tema, la ONU (5 de agosto de 2011) sostiene que un régimen penitenciario debe considerar ciertos aspectos primordiales para las personas privadas de libertad en regímenes de aislamiento solitario –sea por un periodo corto de tiempo o uno prolongado– los cuales son “el acceso a ejercicios al aire libre y su programación, el acceso a contactos humanos significativos dentro de la cárcel y al contacto con el mundo exterior” (párr. 52). Además, señala que es necesario que la persona tenga “acceso a un contacto humano significativo dentro de la prisión y el contacto con el mundo exterior son esenciales para la salud psicológica de los detenidos en régimen de aislamiento, especialmente los que están en esa situación durante períodos prolongados” (párr. 53).

La frecuencia del contacto con el mundo exterior será examinada por el Tribunal Europeo y, cuando un preso tenga tal contacto, la Corte lo considerará un importante factor atenuante. En el caso de Ramírez Sánchez contra Francia, el Tribunal consideró que esto no violaba el artículo 3 del Convención Europea de Derechos Humanos, ya que tuvo amplio contacto humano:

En el presente caso, el solicitante recibió dos visitas semanales de un médico, una visita mensual de un sacerdote y visitas muy frecuentes de uno o más de sus 58 abogados,

incluidas más de 640 visitas durante un período de cuatro años y diez meses de su representante en el proceso ante la Corte, ahora su esposa bajo la ley islámica, y más de 860 visitas en siete años y ocho meses de sus otros abogados. (ECHR, 4 de julio de 2006, párr. 131)

Por tanto, la Corte consideró que el aislamiento de Ramírez no fue completo, no tuvo un efecto perjudicial sobre él y no mostró signos de deterioro mental o físico. Sin embargo, la Corte observó que "la reclusión en régimen de aislamiento, incluso en casos que implican un relativo aislamiento, no puede imponerse a los reclusos indefinidamente" (ECHR, 4 de julio de 2006, párr. 131).

Por el contrario, en el caso Ilascu y otros contra Moldavia y Rusia, el Tribunal consideró que la combinación de condiciones en el "corredor de la muerte", incluido el aislamiento solitario y las malas condiciones materiales (también durante un período de ocho años), violaba el artículo 3 y constituía tortura:

El Sr. Ilascu estuvo detenido durante ocho años, desde 1993 hasta su liberación en mayo de 2001, en un aislamiento muy estricto: no tuvo contacto con otros presos, no recibió noticias del exterior, ya que no se le permitió enviar o recibir correos, y no derecho a contactar a su abogado o recibir visitas regulares de su familia. Su celda no tenía calefacción, incluso en condiciones severas de invierno, y no tenía fuente de luz natural ni ventilación. La evidencia muestra que el Sr. Ilascu también fue privado de alimentos como castigo y que, en cualquier caso, dadas las restricciones para recibir paquetes, incluso la comida que recibía del exterior a menudo no era apta para el consumo (...)El Tribunal concluye que la condena a muerte impuesta al demandante, junto con las condiciones en que vivía y el trato que recibió durante su detención (...) fueron particularmente graves y

cruelles y, por consiguiente, deben considerarse actos de tortura en el sentido del artículo 3 de la Convención²⁶. (ECHR, 4 de julio de 2004, párr. 131)

En vista de los últimos ejemplos, es posible apreciar que la Corte Europea ha estado dispuesta a permitir bajo el Convenio de Derechos Humanos, el régimen de aislamiento solitario prolongado siempre que existan un piso mínimo de condiciones en el régimen penitenciario. No obstante, cuando las condiciones físicas y ambientales (temperatura, por ejemplo) son extremadamente deplorables, y especialmente cuando se combinan con un aislamiento social absoluto, la Corte ha encontrado una violación de la prohibición de la tortura y el trato inhumano o degradante.

Similar postura, presenta el subcomité de las Naciones Unidas para la prevención de la Tortura (SPT, siglas en inglés) señala que la celda donde se cumpla el aislamiento solitario debe reunir condiciones respetuosas de la integridad física y la dignidad de las personas. En materia de sanciones disciplinarias las reglas deben ser claras, conocidas tanto por el personal como por las personas privadas de libertad, implementadas con transparencia y debidamente anotadas en un registro. La persona sancionada debe tener derecho a ser escuchada y a apelar (Subcomité para la prevención de la tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, 2014).

En ese sentido, “es importante analizar las condiciones del régimen de aislamiento, tales como recibir visitas y escribir cartas, tener acceso a la televisión, defensa legal, libros y periódicos, y tener contacto regular con el personal de la cárcel” (ONU, 5 de agosto de 2011, pár.36),

²⁶ Texto oficial en inglés: “[...] Mr. Ilascu was detained for eight years, from 1993 until his release in May 2001, in very strict isolation: he had no contact with other prisoners, no news from the outside- since he was not permitted to send or receive mail- and no right to contact his lawyer or receive regular visits from his family. His cell was unheated, even in severe winter conditions, and had no natural light source or ventilation. The evidence shows that Mr. Ilascu was also deprived of food as a punishment and that in any event, given the restrictions on receiving parcels, even the food he received from outside was often unfit for consumption. The applicant could take showers only very rarely, often having to wait several months between one and the next” (ECHR, 4 de julio de 2004, párr. 438).

alimentación suficiente, atención médica adecuada (Corte IDH, 20 de noviembre de 2014), ventilación, luz natural (Comisión Internacional de Derechos Humanos, 2018), programa de actividades (trabajo y educación, conocer a los visitantes, practicar deporte o ejercicio organizado, pasar períodos prolongados de tiempo no estructurado en áreas de ejercicio al aire libre y participar en pasatiempos y programas de recreación (ECHR, 20 de octubre de 2016). Cuando dichas condiciones son adecuadas, el TEDH considera improbable que “se alcance el umbral mínimo de severidad que permita constatar una infracción del artículo 3” (ONU, 5 de agosto de 2011, pár.56) de la Convención Europea de Derechos Humanos.

c. Duración

“No existe ninguna norma internacional que establezca una duración máxima total del régimen de aislamiento”(ONU, 5 de agosto de 2011, párr. 61), sin embargo el nivel de aislamiento impuesto justificado a una persona debe ser cada vez más detallada y convincente a medida que el régimen se prolonga; se debe respetar las garantías procesales (ECHR, 14 de enero de 2011), puesto que existe “el riesgo de causar un daño grave o irreparable al recluso, que podría constituir un trato o castigo cruel, inhumano o degradante, o incluso un caso de tortura” (ONU, 5 de agosto de 2011, párr. 36).

De acuerdo con el ex Relator sobre la tortura Juan E. Méndez, mencionó que el detenido nunca debe permanecer en régimen de aislamiento por más de 15 días, el límite entre "aislamiento" y "aislamiento prolongado", punto en el que algunos de los efectos psicológicos perjudiciales del aislamiento pueden volverse irreversibles (ONU, 5 de agosto de 2011). De este modo, el uso de la reclusión en régimen de aislamiento prolongado o indefinido nunca puede constituir un

instrumento legítimo del Estado y vulnera la prohibición absoluta de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (ONU, 5 de marzo de 2015).²⁷

A nivel de los comités especializados en torno al tema, recomiendan que el aislamiento solitario no exceda de los 14 días (Consejo de Europa, 2016). De similar modo, el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, señala que la reclusión con aislamiento permanente es contraria a los artículos 5, 9, 10 y 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; los artículos 7, 9, 10, 14, y 17 del Pacto; los artículos 6 y 7 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; las Reglas 1, 43, 45, 58, 61 y 119 de las Reglas Nelson Mandela; y, por último, los Principios 2, 4, 6, 11, 18, 19, 21, 32 y 35 del Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión.²⁸

Por un lado, en la perspectiva de la Corte IDH,

[...] el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva a los que se ve sometida la víctima representan, por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la libertad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido del respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. (Corte IDH, 29 de julio de 1988, párr. 156).

²⁷ Ver también, Corte IDH (14 de noviembre de 2014) Rodríguez Vera y otros v. Colombia, párr.32.

²⁸ Opiniones aprobadas por el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria en su 77º período de sesiones, 21 a 25 de noviembre de 2016 Opinión núm. 53/2016 relativa a Laçin Akhmadjanov (Afganistán y Estados Unidos de América). A/HRC/WGAD/2016/53. Los artículos 5 (prohibición de la tortura o malos tratos), 9 (prohibición de la detención arbitraria), 10 (acceso a la justicia) y 12 (injerencias arbitrarias) de la Declaración Universal de Derechos Humanos; los artículos 7 (prohibición de la tortura o malos tratos), 9 (derecho a la libertad y seguridad personal), 10 (trato humano), 14 (acceso a la justicia), y 17 (injerencias arbitrarias) del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; los artículos 6 (derecho a la libertad y seguridad personal) y 7 (derecho al acceso a la justicia) de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; las Reglas 1 (seguridad), 43 (confinamiento en solitario), 45 (confinamiento en solitario), 58 (familia y amigos), 61 (representantes legales) y 119 (representante legal) de las Reglas Nelson Mandela; y, por último, los Principios 2 (Principio de legalidad), 4 (detención), 6 (prohibición de la tortura o malos tratos), 11 (derecho a ser oído), 18 (derecho a la defensa), 19 (derecho a tener acceso al mundo exterior), 21 (prohíbe la violencia y abuso), 32 (derecho apelar) y 35 (indemnización) del Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión.

En esa línea, la Corte IDH considera que per se el aislamiento prolongado constituye malos tratos o tortura, esto sin considerar las condiciones físicas y el régimen.

Por otro lado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos “ha destacado que el régimen de aislamiento, incluso cuando es solo parcial, no se puede imponer a un recluso de manera indefinida” (ONU, 5 de agosto de 2011, pár. 36). Más aun, “el Tribunal sostuvo que la detención de una persona en régimen de aislamiento durante tres años constituía una violación del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos” (ONU, 5 de agosto de 2011, pár.61).

Por otro lado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha evaluado la práctica del aislamiento previo al juicio en varios casos. Un ejemplo de ello es el caso Rohde contra Dinamarca en 2005, donde el Tribunal evaluó si la detención en régimen de aislamiento de un detenido en prisión preventiva por un período prolongado (11 meses y 14 días) daba lugar a la vulneración del artículo 3. El Tribunal consideró que, en el caso que se le había presentado, no lo hizo:

El solicitante fue detenido en una celda de aproximadamente ocho metros cuadrados, que contenía un televisor. Él también tuvo acceso a los periódicos. Él fue totalmente excluido de la asociación con otros presos, pero durante el día tuvo contacto regular con el personal de la prisión. Además, todas las semanas, el maestro de la prisión le daba clases de inglés y francés, visitaba al capellán de la prisión y recibía la visita de su abogado. Tuvo contacto 12 veces con un asistente social; y fue atendido 32 veces por un fisioterapeuta, 27 veces por un médico y 43 veces por una enfermera. Las visitas de los familiares y amigos del solicitante se permitieron bajo supervisión. La madre del solicitante visitó al solicitante durante aproximadamente una hora cada semana. Al principio, los amigos llegaron con ella, hasta cinco a la vez, pero la policía finalmente limitó las visitas a dos a la vez. El padre

del solicitante y un primo también lo visitaban cada dos semanas.²⁹ (ECHR, 21 de julio 2005, párr. 145)

En el caso, la Corte concluyó que el período de aislamiento en sí mismo, que duró menos de un año, no equivale a un trato contrario al artículo 3 del Convenio, porque se respetaba las condiciones mínimas del tamaño de una celda aceptable, contacto interno (personal de prisión, por ejemplo) y externo (visitas de su abogado familiares), y acceso a programas de actividades que permiten mantener una estimulación sensorial adecuada y por lo tanto un estado aceptable de salud mental y física.

Como se demostró en la sección anterior, las personas recluidas en el régimen de aislamiento solitario tienen “escaso o nulo contacto social, la estimulación sensorial que experimentan es sustancialmente reducida, y tienen muy pocos medios para mantenerse ocupado dentro de sus celdas (...) [Por ello] es crucial que los reclusos tengan acceso a un programa adecuado de actividades” (Shalev,2008, p.55), particularmente, aquellos que se encuentran en aislamiento prolongado y en prisiones de alta seguridad como la prisión *Supermax*.

De otro lado, en el caso Rohde contra Dinamarca la Corte empleó el principio de necesidad como parte de los principios para justificar el uso del aislamiento solitario. Los principios usados para medir que el aislamiento solitario este de acorde con la Convención Europea de Derechos Humanos, ha sido desarrollada por el Comité Europeo para la prevención sobre la Tortura (CPT)

²⁹Texto oficial en inglés: The applicant was detained in a cell of about eight square meters, which contained a television. He also had access to newspapers. He was totally excluded from association with other inmates, but during the day had regular contact with prison staff. In addition, every week the prison teacher gave him lessons in English and French, he visited the prison chaplain and received a visit from his lawyer. He had contact 12 times with a welfare worker; and was attended to 32 times by a physiotherapist, 27 times by a doctor and 43 times by a nurse. Visits from the applicant’s family and friends were allowed under supervision. The applicant’s mother visited the applicant for about an hour every week. In the beginning friends came with her, up to five at a time, but the police eventually limited the visits to two at a time. The applicant’s father and a cousin also visited him every two weeks. (ECHR, 21 de octubre de 2005, párr. 97)

y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Estos principios son denominados PLANN (por sus siglas en inglés):

(...) **(i) proporcionalidad**, cualquier restricción adicional de los derechos de un preso debe estar vinculada al daño real o potencial que el preso ha causado o causará por sus acciones) en el entorno de la prisión. Dado que la reclusión en régimen de aislamiento es una restricción grave de los derechos de un recluso que conlleva riesgos inherentes para el recluso, el nivel de daño real o potencial debe ser al menos igualmente grave y excepcionalmente capaz de ser abordado por este medio;

(ii) legalidad, el ordenamiento interno debe especificar las circunstancias precisas en que se puede imponer cada forma de aislamiento, estas comprenden: las personas que pueden imponer, los procedimientos que deben seguir esas personas, el derecho del recluso afectado a hacer declaraciones como parte del procedimiento, el requisito de dar al prisionero las razones más completas posibles para la decisión (entendiéndose que en ciertos casos podría haber una justificación razonable para retener detalles específicos por motivos relacionados con la seguridad o para proteger los intereses de terceros), la frecuencia y el procedimiento de revisiones de la decisión y los procedimientos para apelar contra la decisión;

(iii) transparencia, se deben mantener registros completos de todas las decisiones para imponer el aislamiento y de todas las revisiones de las mismas. Estos registros deben evidenciar todos los factores que se han tenido en cuenta y la información en la que se basan. También debería haber un registro de la entrada o negativa del preso a contribuir al proceso de toma de decisiones. Además, se deben mantener registros completos de todas

las interacciones con el personal mientras el preso se encuentra en régimen de aislamiento, incluidos los intentos del personal para interactuar con el preso y la respuesta del preso;

(iv) necesidad, la regla de que solo se permiten las restricciones necesarias para el confinamiento ordenado y seguro del preso y los requisitos de la justicia se aplica igualmente a los reclusos sometidos a aislamiento. En consecuencia, durante la reclusión en régimen de aislamiento no debería haber, por ejemplo, una retirada automática de los derechos de visita, llamadas telefónicas y correspondencia o de acceso a los recursos normalmente disponibles para los reclusos (como los materiales de lectura). Igualmente, el régimen debería ser lo suficientemente flexible para permitir la relajación de cualquier restricción que no sea necesaria en casos individuales; y,

(v) no discriminación, no solo se deben tener en cuenta todos los asuntos relevantes al decidir imponer el aislamiento, sino que también se debe tener cuidado para garantizar que no se tengan en cuenta las cuestiones irrelevantes. Las autoridades deben supervisar el uso del aislamiento solitario para garantizar que no se usen desproporcionadamente, sin una justificación objetiva y razonable, contra un preso en particular o grupos particulares de los reclusos [...]. (Consejo de Europa, 2011, p. 55)

Respecto al criterio de duración, cuando el aislamiento solitario supera un límite de temporalidad (más de 15 días), la práctica deviene en tortura y estaría prohibido por el DIDH y DIH, sin ningún debate. En virtud de ello, el aislamiento solitario prolongado, no será materia de controversia en la presente investigación, y optamos por enfocarnos en el aislamiento solitario no prolongado, puesto que su aplicación es la que presenta mayores escenarios grises, en particular en personas con discapacidad.

d. Restricciones

Según el Relator sobre la Tortura, la reclusión de personas en régimen de aislamiento, y en general el uso de la reclusión sólo debe aplicarse en casos excepcionales, por el periodo de tiempo más breve posible y sólo como medida de último recurso³⁰, de lo contrario constituye una privación arbitraria. Comparten similar postura el CDH³¹, el CAT³² y el SPT³³. “Además, los casos y circunstancias en las que esta medida pueda ser empleada deberán estar expresamente establecidas en la ley (en los términos del artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)” (CIDH, 8 de octubre de 2013, párr. 411)³⁴ y su aplicación debe estar siempre sujeta a estricto control judicial. En ningún caso el aislamiento celular de una persona deberá durar más de treinta días (CIDH, 2011).

En esa línea argumentativa, en ningún caso se debe emplear el aislamiento solitario en niños, niñas y adolescentes privados de libertad, dado que las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad disponen que estará estrictamente prohibida la reclusión de personas menores de 18 años en celda oscura y las penas de aislamiento o de reclusión en celda solitaria (Regla 67). Asimismo, el Comité de los Derechos del Niño de la ONU ha recomendado la prohibición del uso del aislamiento solitario en los centros de privación de libertad

³⁰ Ver: ONU (28 de julio de 2008) Capítulo IV: Reclusión en régimen de aislamiento, párr. 83. En el mismo sentido, Consejo de Europa (11 de enero de 2006) Regla 60.5 de las Reglas Penitenciarias Europeas. Además, ONU (14 de diciembre de 1990) va un poco más allá en el principio 7 que establece: “Se tratará de abolir o restringir el uso del aislamiento en celda de castigo como sanción disciplinaria y se alentará su abolición o restricción”.

³¹ Ver : ONU (16 de diciembre de 2014) *Observación General N° 35. Artículo 9 (libertad y seguridad personales)*. Comité de Derechos Humanos.

³² Ver : Comité contra la Tortura [CAT] (18 de diciembre de 2014) *Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Croacia*. Comité contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.

³³ Ver: ONU (26 de enero de 2016) *Enfoque del Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes respecto de los derechos de las personas institucionalizadas y bajo tratamiento médico sin consentimiento informado*.

³⁴ Ver: Correlación entre Deberes y Derechos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entrada en vigor el 18 de julio de 1978.

de niños y adolescente³⁵. El Relator sobre la tortura y otros tratos o penas crueles la reclusión en solitario de menores, que se define como 22-24 horas de aislamiento por día, se considera tortura (ONU, 13 de diciembre de 2016).

El Relator Especial ha abordado la cuestión de la reclusión en régimen de aislamiento y ha declarado que su imposición, cualquiera que sea su duración, a personas que padecen discapacidad mental constituye un trato cruel, inhumano o degradante (ONU, 1 de febrero de 2013)³⁶. El mismo escenario se extiende en los casos de menores o personas con discapacidad mental o física (ONU, 29 de diciembre de 2014), y a las mujeres embarazadas y lactantes o a madres con niños de corta edad (ONU, 5 de agosto de 2011) y como medida de “protección” (ONU, 5 de enero de 2016). Estos supuestos también son compartidos por el Comité contra la Tortura, CAT, por sus siglas en inglés (Comité contra la Tortura [CAT], 3 de febrero de 2016).

Por otro lado, el CAT ha determinado que se debe utilizar el régimen de aislamiento únicamente como medida de último recurso, durante el menor tiempo posible, bajo supervisión estricta y con la posibilidad de control judicial, de conformidad con las normas internacionales (CAT, 10 de junio de 2016). También se menciona establecer criterios claros y concretos para resolver la imposición del régimen de aislamiento y velar por que se prohíba estrictamente la práctica de renovarlo y prolongarlo (CAT, 29 de mayo de 2017).

Sumado a lo dispuesto por la CAT, Shalev (2008) menciona que el Comité de Derechos Humanos ha señalado que:

El trato a toda persona privada de libertad con humanidad y respeto de su dignidad es una norma fundamental de aplicación universal. Por ello, tal norma, como mínimo, no puede

³⁵ Revisar información contenida en el Examen de los Informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 del Comité de los Derechos del Niño, observaciones finales: Signapur del Comit

³⁶ Ver también: ONU, 5 de agosto de 2011, párr. 67, 68 y 78.

depender de los recursos materiales disponibles en el Estado parte. Esta norma debe aplicarse sin distinción de ningún género, como, por ejemplo, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otro género, origen nacional o social; patrimonio, nacimiento o cualquier otra condición. (ONU, 12 de mayo de 2004, p. 148-149 como se citó en Shalev, 2008, p.15)

1.2.2 Criterios para determinar la arbitrariedad del uso del aislamiento solitario

En vista de lo mencionado, consideramos que estas condiciones deben formar parte de los principios del test denominado PLANN de la CPT, los cuales nos ayudará a calificar si son arbitrarios los fundamentos/supuestos: disposición legal, el criterio de peligrosidad y la medida disciplinaria (mencionados en la sección anterior) de aislamiento solitario.

1.2.2.1 El primer supuesto: la disposición legal

El primer supuesto, es la aplicación del aislamiento solitario mediante la disposición legal, el cual comprende las investigaciones penales, condena judicial y régimen disciplinario, su arbitrariedad será regulada mediante los principios mencionados:

(i) proporcionalidad, el aislamiento solitario por condena judicial, prisión preventiva o medida de reclusión durante a investigación penal, será válida siempre que exista un vínculo entre el daño real (el delito considerado atroz, por ejemplo, el delito de lesa humanidad) o potencial (delito imputado, igual considerado muy grave o atroz) que el recluso ha causado o causará. Dicha disposición legal deberá estar determinada en la normativa interna del Estado.

(ii) legalidad, la duración de la medida privativa deberá estar determinada, la misma que no puede excederse de los 15 días, si es así cumplirá con el principio. De igual manera, debe

contemplarse el procedimiento de revisiones de la decisión y los procedimientos para apelar contra ella.

(iii) transparencia, siempre que la disposición legal vaya acompañada de registros donde estén las decisiones para imponer el aislamiento y revisiones de las decisiones. Estos registros deben evidenciar todos los argumentos y factores que se han tenido en cuenta, adicionalmente, deben estar incluido la relación del contacto social entre el personal y el recluso, en razón a respetar las condiciones de contacto mínimo humano dentro del centro penitenciario.

(iv) necesidad, la disposición legal será válida si es que el delito cometido o imputado es considerado atroz la medida no será lesiva siempre que se respete las condiciones físicas (el acceso a las instalaciones sanitarias, tamaño de la celda, la existencia de ventanas y luz) y régimen penitenciario (acceso al aire libre, contacto humano dentro y fuera de la cárcel) y el marco normativo de derechos de las personas privadas de libertad si se cumplen todo esto -hasta el momento- sería válido la medida.

(v) no discriminación, la diferencia del trato en la medida de disposición legal será válido si es proporcional al daño real o potencial, y cuenten con una justificación objetiva y razonable, y respete las condiciones físicas, el régimen penitenciario y no se justifique por un motivo prohibido.

1.2.2.2 El segundo supuesto: el criterio de peligrosidad

El segundo supuesto, es el criterio de peligrosidad (comprenderá las medidas administrativas, seguridad nacional y las medidas de protección), para efectos de este análisis, el criterio de peligrosidad será entendida como la probabilidad de que una persona vuelva a cometer hechos delictivos (Ziffer, 2008; Rodríguez, 2016). Es un criterio que individualiza a las personas de un grupo etiquetándolas por su condición. Este criterio -o juicio de peligrosidad criminal- es el que brinda la probabilidad de comisión de delitos futuros por parte de un determinado individuo.

Este término tiene dos aproximaciones: el primero, es la peligrosidad criminal – tradicional— entendida como un atributo inherente al individuo, la cualidad subjetiva de ser violento; designaría por tanto una tendencia personal a la comisión de delitos vinculada inicialmente a estados mentales patológicos (Martinez, 2014). A partir de esta idea, la peligrosidad criminal refuerza la base que la cualidad de ser violento es inherente a la persona, este atributo sigue estando presente de considerar más peligrosos a quienes tienen una discapacidad mental o psicosocial que a quienes no la tienen.

En base a esta primera aproximación, se configura una discriminación por efecto hacia las personas con discapacidad, en particular aquellas que tienen una discapacidad mental; por otro lado, bajo este enfoque el criterio de peligrosidad es muy impreciso, ya que solo provee una probabilidad sin especificar los factores cuya presencia convierte a un individuo en peligroso, ni concreta la clase de acto delictivo y / o violento que se espera que se cometa el sujeto, sino que se refiere en general a la comisión de delitos en el futuro (Martinez, 2014). Por tanto, este enfoque resulta inválido para el empleo del aislamiento solitario en personas con discapacidad.

La segunda aproximación, es la denominada “valoración del riesgo de violencia”, parte de la base de que lo que se emite es un juicio acerca de la probabilidad de ocurrencia de un evento futuro, ocurrencia que estará ligada desde luego a factores subjetivos individuales (como la personalidad, el carácter, la educación recibida, los hábitos adquiridos, etc.) pero que también dependería de las circunstancias ambientales y situacionales en que se desarrolle el comportamiento futuro (Pueyo, 2013).

Aunque en el presente criterio se utiliza diversos factores a valorar que son más razonables y objetivos que en la primera apreciación de peligrosidad –utilizando los métodos actuariales o de juicio clínico estructurado- y como resultado tienen un menor margen de error; éstos siguen siendo

estimaciones de probabilidad (valores numéricos de probabilidades) que no ayudan a poner de manifiesto la certeza de que se volverá a llevar a cabo acciones (violentas o criminales) o que exista una alta probabilidad de amenaza (Fernández y Esbec, 2003).

Anna Nilsson plantea que, respecto a las personas con discapacidad mental, el derecho del individuo a la libertad y a la integridad supera el interés de prevenir futuros actos de violencia o el riesgo de participar en actos de violencia contra otros. Esto se relaciona estrechamente con el criterio de peligrosidad (las estimaciones de probabilidad de llevar acciones de manera violenta contra terceros o ellos mismos) y las personas con discapacidad mental o psicosocial. Sin embargo, a efectos de la presente investigación, esta vinculación no se encuentra justificada puesto que, “si bien la presencia de ciertas condiciones psicosociales indica un mayor riesgo de que el individuo en cuestión recurra a la violencia, otros factores han demostrado ser mejores predictores de tales actos” (Nilsson, 2014, p. 484).

De este modo, la autora también menciona que:

[...]Las investigaciones sobre el comportamiento violento y abuso de sustancias han demostrado superar a los psicosociales que aceptan la detención preventiva basada, por ejemplo, en actos de violencia previos, que se considera que ofrece la mejor predicción de violencia futura. Si el interés por prevenir la violencia es igualmente importante independientemente de que el agresor sea una persona con discapacidad, y si estamos de acuerdo en que el derecho a la libertad y la integridad es igualmente importante para las personas con discapacidad que para las personas sin discapacidad, entonces parece incoherente autorizar la detención y el tratamiento en algunos casos de mayor riesgo y, al mismo tiempo, prohíbe la detención preventiva en otros casos en los que el riesgo de comportamiento violento parece ser aún mayor. (Nilsson, 2014, p. 484)

Frente a ello, ambas aproximaciones ponen en cuestión la fiabilidad y validez el pronóstico de la peligrosidad, por lo que dicho pronóstico no es el criterio adecuado, idóneo ni proporcional para emplear el aislamiento solitario a personas con discapacidad. Con base en el criterio de peligrosidad expuesto, pasaremos analizar los principios del test denominado PLANN de la CPT que proporcionalidad, legalidad, transparencia, necesidad y no discriminación, dichos principios deben ser concurrentes para cumplirse con lo dispuesto por la CPT (European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment [CPT], 2011).

En ese sentido, respecto al principio de proporcionalidad, el criterio de peligrosidad sólo puede proveer una probabilidad más no una certeza, ello en razón a que el método científico que se utiliza es probabilístico; por ende, no puede establecer un vínculo entre el daño real o potencial que el recluso ha causado o podría causar. Además, sería ilegal porque no existe una norma o base jurídica que la ampare, ello sin considerar que el criterio es discriminatorio. En consecuencia, al agotarse el test PLANN en el principio de proporcionalidad no se ahondará en los demás principios; no obstante, se recalca la falta de legalidad y discriminación del criterio por lo que dicho criterio no deberá ser tomado en consideración al momento de calificar y justificar la vulneración de derechos de las personas con discapacidad.

Si bien el presente criterio está enmarcado en el derecho penal, puede ser que alguien sea peligroso en el sentido de que ha cometido un crimen anteriormente, entonces es peligroso porque puede volver a cometerlo. Pero el criterio de peligrosidad usualmente se ha usado en los últimos tiempos – como veremos más adelante – cuando una persona está en crisis o cuando la persona constituye un riesgo para su vida, integridad o la de terceros y su aplicación como determinante en el aislamiento solitario en personas con discapacidad causa lesiones a los derechos humanos de este grupo poblacional.

1.2.2.3 El tercer supuesto: la medida disciplinaria

Por último, la medida disciplinaria se da en el contexto de falta dentro del centro de reclusión. Esta puede ser (i) proporcional, si se establece una relación entre la falta cometida y el daño real que ha causado. En caso lo sea, se aplicará la medida si es que cumple con el (ii) principio de legalidad, al estar establecida en el ordenamiento interno del centro penitenciario y de acorde a los otros instrumentos pertinentes del Estado (por ejemplo, la Constitución política), el mismo que deberá especificar las circunstancias y la forma en que se lleve el aislamiento. Ahí deberá precisar la duración y los procedimientos de revisión de la decisión y para apelar.

Además, la medida deberá contar con el (iii) principio de transparencia, es decir las decisiones de imposición del aislamiento y las revisiones de estas deben estar en registros. Estos registros deben evidenciar todos los argumentos y factores que se han tenido en cuenta, adicionalmente, deben estar incluido la relación del contacto social entre el personal y el recluso, en razón a respetar las condiciones de contacto mínimo humano dentro del centro penitenciario. Al parecer, la medida disciplinaria cumple con los tres primeros principios, sin embargo, en relación con el (iv) principio de necesidad, podría recurrir a otras alternativas de sanción menos lesivas y en afán de castigar la medida podría incurrir en una sanción cruel, trato inhumano o degradante. En tanto, no se cumple con este principio ya no se continuará con el test.

Por tanto, siguiendo la dinámica abordada del empleo del aislamiento solitario de las personas privadas de libertad, la tabla comparativa contiene los criterios y supuestos de empleo del aislamiento solitario en personas privadas de libertad dentro de centros penitenciarios:

Tabla 1.

Criterios del uso del aislamiento solitario en personas privadas de libertad

	Disposición legal (condena judicial, investigación penal)	Medida o sanción disciplinaria	Criterio de peligrosidad (seguridad nacional, medida administrativa y protección a los más vulnerables)
Proporcionalidad	Establece una relación entre la falta cometida y el daño real que ha causado	Establece una relación entre la falta cometida y el daño real que ha causado	El criterio prevé una probabilidad en el vínculo entre daño real o potencial y lo que ha causado o podría causar. Por tanto, no cumple con el principio.
Legalidad	Se establece en el ordenamiento interno del centro penitenciario Precisa la duración y los procedimientos de revisión de la decisión y para apelar.	Se establece en el ordenamiento interno del centro penitenciario Precisa la duración y los procedimientos de revisión de la decisión y para apelar.	No aplica
Transparencia	Las decisiones de imposición del aislamiento y las revisiones de las mismas deben estar en registros	Las decisiones de imposición del aislamiento y las revisiones de las mismas deben estar en registros.	No aplica
Necesidad	Es la medida idónea – lesiva- por el delito cometido o imputado, siempre que respete las condiciones y el régimen penitenciario	Puede aplicarse otras sanciones menos lesivas.	No aplica
Principio de no discriminación		No aplica	No aplica

Los supuestos analizados son de aplicación en las personas privadas de libertad sin discapacidad. En el supuesto que se emplea el aislamiento solitario en personas privadas de libertad, adicionalmente debe garantizarse el marco normativo internacional de los derechos de las personas privadas de libertad, las condiciones físicas, el régimen penitenciario, la duración y la restricción desarrollados en la primera sección

1.3 Los efectos psicológicos y fisiológicos del régimen de aislamiento

El aislamiento solitario típicamente involucra tres elementos: (i) aislamiento social y contacto humano limitado; (ii) ambiente físico monótono, que ofrece un acceso reducido a la estimulación sensorial; y, (iii) un mayor control institucional de todos los aspectos de la vida cotidiana del individuo, lo que le otorga una autonomía personal limitada (Shalev, 2017). Como seres sociales, cada uno de estos elementos es potencialmente dañino para nosotros, juntos crean una combinación potente y tóxica, cuyos efectos fueron resumidos ya en 1861 por el Director Médico del establecimiento carcelario en Australia Occidental:

Desde un punto de vista médico, creo que no puede haber ninguna duda de que el confinamiento separado o solitario actúa injuriosamente, desde el principio hasta el final, sobre la salud y la constitución de cualquier persona sometida a él (...) los síntomas de su influencia constitucional perniciosa son consecutivamente palidez, depresión, debilidad, debilidad del intelecto y decaimiento corporal. (Shalev, 2017, p. 1)

En tal sentido, es necesario plantear las preguntas de Flora Fitzalan Howard³⁷: ¿Qué pasa con las personas que experimentan aislamiento? ¿Esta experiencia afecta su bienestar mental o psicológico, su conducta posterior en prisión y sus resultados a largo plazo después de la liberación, y si es así, de qué manera? (Fitzalan, 2018); en ese orden de ideas, los efectos del aislamiento son un tema polémico. Para los fines de esta investigación los efectos del empleo del aislamiento solitario (salud mental y física, en el nivel de reincidencia, y entre otros) en personas privadas de libertad, estarán basadas en estudios médicos.

A lo largo de la historia, la utilización del aislamiento solitario en especial en los establecimientos penitenciarios del siglo XIX hasta las modernas unidades de segregación como “*Security Housing Unit*” o SHU, se han registrado diversos estudios médicos que han concluido que esta práctica no tiene efectos positivos. Los efectos psicológicos reportados de confinamiento solitario varían de agudos a crónicos e incluyen: ansiedad, pánico, depresión crónica, rabia, control deficiente de los impulsos, alteraciones cognitivas que comprenden la concentración deficiente y los procesos de pensamiento confusos, distorsiones perceptivas que engloban la despersonalización y las alucinaciones, la paranoia y la psicosis (Shalev, 2017)³⁸.

Los estudios también han demostrado síntomas y efectos fisiológicos, como migrañas, palpitaciones, dolores de espalda y articulaciones, problemas gastrointestinales y genitales-urinarios, sudoración excesiva, insomnio, deterioro de la vista, letargo, mareos, debilidad y fatiga profunda, sensación de frío, falta de apetito, pérdida de peso, diarrea, temblores, autolesiones, intentos de suicidio y agravamiento de problemas médicos preexistentes (Enggist et al., 2007).

³⁷ Investigadora del equipo de práctica basada en la evidencia del Ministerio de Justicia del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte

³⁸ Ver también : Grassian, S. (2006) Psychiatric effects of solitary confinement. *Journal of Law and Policy*.

Tal planteamiento, conlleva argumentar que las personas en aislamiento tienden a tener significativamente más dificultades psicológicas que las personas que no lo están. Los efectos negativos en la salud pueden producirse a solo unos pocos días, semanas, meses de régimen de aislamiento o después de terminado el mismo (ONU, 5 de agosto de 2011, párr. 62). Los riesgos para la salud aumentan con cada día que pasa en esas condiciones, “un estudio constató que hasta en un período de siete días la disminución de la actividad cerebral es reversible, pero si la privación supera este periodo puede suceder que no sea reversible” (ONU, 5 de agosto de 2011, párr. 64).

Este argumento se basa en los estudios de la neurociencia, los cuales demuestran que el aislamiento solitario puede alterar fundamentalmente el cerebro humano, en particular, puede dañar la corteza cerebral. Esta es una fina capa de neuronas y conexiones neuronales, ya que está formada por capas de células y cada una de ellas cumple con unas funciones concretas. Gracias a la corteza cerebral los humanos tenemos la capacidad de percibir aquello que nos ocurre y nos rodea, así como de imaginar, pensar, tener capacidad de juicio y decisión; y, la capacidad de entender y producir el lenguaje.

Esta corteza, puede ser alterada en el régimen de aislamiento al reducir las interacciones sociales significativas a un mínimo absoluto, debido a que las personas requieren al menos alguna interacción social y actividades productivas para establecer y mantener un sentido de identidad y para mantener una comprensión de la realidad. En ausencia de interacciones sociales, las reflexiones y creencias poco realistas no se pueden probar en una conversación con otros, por lo que se acumulan en su interior y se transforman en pensamientos irracionales y fuera de foco, incluida la paranoia (Kupers, 2018).

Esta perspectiva emergente de la neurociencia sigue a décadas de experimentos en humanos y otros mamíferos que demuestran los daños del aislamiento y la privación sensorial

(American Civil Liberties Union, 2014). De acuerdo con el Dr. Huda Akil, neurocientífico de la Universidad de Michigan, los elementos del aislamiento solitario, la falta de interacción con el mundo natural, la falta de tacto y la estimulación visual; y, la falta de interacción social por sí misma es suficiente para cambiar drásticamente el cerebro.

Asimismo, el mencionado neurocientífico señaló que el estrés altera el propio tejido o la estructura del cerebro y puede cambiar la forma en que las neuronas se comunican entre sí. Los cerebros de las personas que han experimentado estrés extremo, literalmente, se marchitan. Una de las áreas reducidas es el hipocampo, la región del cerebro involucrada en la memoria, la orientación espacial y el control de las emociones (Ramlagan, 15 de febrero de 2014).

Por otra parte, el uso del aislamiento solitario en personas con discapacidad, en particular, aquellas con discapacidad mental que se encuentran privadas de libertad tienen un impacto negativo en su salud. En ese sentido, “los reclusos afectados por trastornos mentales se deterioran notablemente en un régimen de aislamiento” (ONU, 5 de agosto de 2011, pár.68).

Para ONU (5 de agosto de 2011) “los efectos negativos del régimen de aislamiento son especialmente importantes para las personas que padecen graves problemas de salud mental que habitualmente se caracterizan por síntomas psicóticos y /o importantes impedimentos funcionales” (pár.68). Terry Kupers (2018) -experto en los efectos en la salud del aislamiento solitario en los corredores de la muerte- explicó los motivos del impacto devastador de la reclusión en régimen de aislamiento en los reclusos con discapacidad mental:

Sus trastornos psiquiátricos, así como sus pronósticos y discapacidades, empeoran mucho con el tiempo en confinamiento solitario. En otras palabras, los presos con enfermedades mentales graves están excluidos del confinamiento aislante de *Supermax* en muchas jurisdicciones, pero los presos sentenciados a muerte con enfermedades mentales no tienen

esa exclusión. Permanecen en el corredor de la muerte, y eso generalmente significa confinamiento aislante en una unidad o instalación de *Supermax*. La presencia de un gran número de presos con graves enfermedades mentales en el corredor de la muerte crea dificultades para los demás reclusos. Se ven obligados a soportar a un vecino que tiene alucinaciones, es paranoico y grita que está siendo perseguido, a todas horas del día y de la noche. (Kupers, 2018, p. 56)

En esa línea, los efectos dañinos de la reclusión en régimen de aislamiento en personas con trastornos mentales se ven exacerbados debido a que los reclusos a menudo no reciben un tratamiento adecuado a sus necesidades. Aunque el tratamiento de salud mental en muchas cárceles es inadecuado, los problemas en las cárceles *Supermax* y las unidades de segregación son aún mayores porque a los reclusos en aislamiento no se les permite sentarse solos en una habitación con un médico de salud mental, cualquier "terapia" generalmente tiene lugar frente a la celda, frecuentemente a través de una abertura en una puerta de acero sólido, y necesariamente a un volumen alto donde otros presos y el personal pueden escuchar la conversación. La mayoría de los reclusos se muestran reacios a decir algo en ese entorno, sin querer parecer débiles o vulnerables, por lo que este tipo de "tratamiento" es en gran medida ineficaz (American Civil Liberties Union, 2014).

En virtud de lo señalado, es importante recalcar que, en relación con el uso del aislamiento solitario en personas con discapacidad mental o intelectual, la Asociación Americana de Psiquiatras emitió una declaración de posición formal de que los reclusos con enfermedades mentales graves casi nunca deberían ser sometidos a dicho tratamiento; y, en el caso excepcional de que sea necesario el aislamiento, se les debe dar apoyo clínico adicional (American

Psychological Association, 2012). Por tanto, es relevante plantear la siguiente pregunta: ¿Es el aislamiento solitario la medida adecuada para recluir a las personas privadas de libertad con una discapacidad mental? ¿Puede generar algo bueno este presente régimen? Las investigaciones mencionadas muestran que el aislamiento solitario tiene efectos negativos en la salud no solo en personas sin condiciones mentales preexistentes, sino que tienen un mayor impacto en aquellas que ya la tienen.

De este modo, podemos concluir que cuando exista incertidumbre del plazo del aislamiento solitario y/o mientras más se prolongue el mismo, “mayor será el riesgo para causar un daño grave e irreversible al recluso, el mismo podría constituir un trato cruel, inhumano o degradante o incluso tortura” (ONU, 5 de agosto de 2011, pár.58). Ello se respalda en un pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) el cual ha reconocido que “(...) el aislamiento social total (prolongado), pueden destruir la personalidad y constituyen una forma de trato inhumano que no se justifica por las necesidades de la seguridad o cualquier otro motivo” (ECHR, 4 de julio 2004, p. 432 en ONU, 5 de agosto de 2011, pár.55). Según el TEDH, cuando los efectos nocivos del régimen de aislamiento en una persona determinada se desconocen, ese régimen no debe continuar. Debido a esta postura, consideramos que el aislamiento solitario prolongado debe estar prohibido por los efectos irreversibles en la salud mental y física.

1.4 El uso del régimen de aislamiento solitario en las personas con discapacidad

En la presente sección se analizará el empleo del régimen de aislamiento solitario a partir de algunos artículos de la CDPD. En particular, se detallará los supuestos de aplicación del artículo 14 (derecho a la libertad y seguridad personal) pues será utilizado a lo largo de la presente investigación. En base al artículo en mención, se podrá deslumbrar si cabe el uso de este régimen en personas con discapacidad. Para finalizar el capítulo; por un lado, se profundizará de qué

manera el aislamiento solitario puede configurar actos de tortura o penas crueles inhumanas o degradantes y; por otra parte, si el alcance del criterio de peligrosidad resulta válido para justificar el aislamiento solitario en personas privadas de libertad con discapacidad mental o psicosocial.

1.4.1 El uso del régimen de aislamiento solitario en las personas con discapacidad a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

La CDPD ha sido el primer tratado internacional de derechos humanos del siglo XXI que introduce los principios de dignidad inherente y de no discriminación para fundamentar uno de sus objetivos fundamentales, el de adaptar las normas pertinentes de los tratados de derechos humanos existentes al contexto específico de la discapacidad (Palacios, 2015). La CDPD adopta un enfoque integral de los derechos humanos y la no discriminación en todos los aspectos de la vida y centra la perspectiva de las personas con discapacidad psicosocial sin ninguna excepción (Minkowitz, 2011).

Adicionalmente, la Convención no pretende crear derechos, sino como señala en su primer artículo, busca: “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad y promueve el respeto de su dignidad inherente”. Ello implica que la CDPD aborda la protección contra la discriminación; pero, asimismo, provee herramientas a fin de que el goce y ejercicio de derechos de las personas con discapacidad resulte aplicable en cada uno de los derechos o ámbitos de actuación (Palacios, 2008).

En esa línea, en la presente sección abordaremos el ámbito de actuación de la CDPD en el uso del régimen del aislamiento solitario en personas con discapacidad, en relación con ello, es importante resaltar que el principio de no discriminación es vital en la Convención; sin embargo, no debe olvidarse que dicho principio interactúa con cada uno de los derechos sustantivos que

dicho instrumento regula (Quinn, 2006); tales como el derecho a la salud, el derecho a libertad y seguridad; y, la protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Estos derechos, como se ha visto a lo largo del capítulo, pueden ser suprimidos - y en ocasiones, vulnerados - en el empleo del aislamiento solitario en centros de privación de libertad.

En el caso que nos atañe, referido al aislamiento solitario, es posible señalar que esta medida privativa de libertad en personas con discapacidad resulta problemática a la luz de la CDPD. En primer lugar, ello se debe a que el artículo 2 de la CDPD – que define a la discriminación por motivos de discapacidad- y el artículo 5 – que establece medidas contra la discriminación por motivos de discapacidad- implican el reconocimiento de que la discriminación por motivos de discapacidad puede afectar a personas que tienen una discapacidad en ese momento, que la han tenido en el pasado, que tienen predisposición a una posible discapacidad futura o que tienen una discapacidad presunta; así como, a las personas asociadas a personas con discapacidad. Esto último se conoce como “discriminación por asociación” (Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad [Comité CDPD], 26 de abril de 2018). El motivo del amplio alcance del artículo 5 es erradicar y combatir todas las situaciones de discriminación y conductas discriminatorias que están vinculadas con la discapacidad (Comité CDPD, 26 de abril de 2018); y, en segundo lugar, vulnera el derecho a la igualdad.

Respecto del primer punto, el empleo del aislamiento solitario fundamentado por “motivo de discapacidad” puede configurar actos arbitrarios y violatorios con la CDPD: ello debido a que, el uso de esta práctica, vulnera – de forma directa – el principio de no discriminación amparado en la Observación General N° 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 2 de la

Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 2.1 de la Convención sobre los derechos del Niño; además, del artículo 5 de la CDPD, en todos estos artículos se ve reflejado que, en el uso del aislamiento solitario en personas con discapacidad, configura una exclusión, distinción o trato diferente que una persona directamente recibe un trato menos favorable que otra en situación similar por alguna causa relacionada con el motivo prohibido de discriminación.

En ese sentido, también se configura una discriminación indirecta en aquellos casos donde la práctica de aislamiento solitario influya de manera desproporcionada en los derechos garantizados en el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y en la CDPD en base al motivo prohibido de discriminación, en este caso por discapacidad. Asimismo, el criterio de peligrosidad es una forma de discriminación indirecta que recae casi únicamente en las personas con discapacidad mental o psicosocial.

En esa línea, de acuerdo al criterio de peligrosidad los prisioneros de guerra con discapacidad mental son considerados altamente peligrosos para el compañero de celda o para ellos mismos e incluso si por propia voluntad prefieren ser aislados. Ambas formas de discriminación, tanto la directa como la indirecta, tienen como objetivo y/o resultado menoscabar el goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos de las personas con discapacidad reconocidos en la CDPD (el derecho a la salud, por ejemplo).

Respecto del segundo punto, en la CDPD se contempla el principio/ derecho a la igualdad, el cual implica asumir que

[...] todas las personas poseen, no solo un valor intrínseco inestimable, sino también que son intrínsecamente iguales en su esencia, más allá de cualquier diversidad física, mental, intelectual o sensorial. Una sociedad que respeta auténticamente el principio de igualdad

es aquella que adopta un criterio inclusivo respecto de las diferencias humanas y las tiene en cuenta en forma positiva. (Bariffi, 2014, p. 55)

Esto da entender que el principio implica que todas las personas son iguales en lo que se refiere a su dignidad y derechos más allá de cualquier condición física, mental o intelectual; este derecho puede verse vulnerado en el empleo del aislamiento solitario en las personas con discapacidad al ser excluidos del grupo de reclusos por sus diferencias; es decir, que tener una condición de discapacidad no da derecho a restringir el derecho a la libertad a quien ya se encuentra restringido. Hasta ahora hemos aludido el derecho a la libertad personal de las personas con discapacidad, por ello a continuación nos explayaremos el artículo 14 de la CDPD que contiene el mencionado derecho, el cual es vital para nuestra investigación.

1.4.1.1 El derecho a la libertad personal de las personas con discapacidad: un debate sin fin

El artículo 14 (el derecho a la libertad y seguridad de las personas con discapacidad) es una disposición directa del principio de no discriminación e igualdad (artículos 5 y 3 de la CDPD), que garantiza el derecho a la libertad y seguridad de la persona con sus elementos asociados de protección contra la detención arbitraria e ilegal a las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás; y, garantiza que, aquellas que están privadas de su libertad, tengan las mismas garantías que las demás en virtud de los objetivos y principios de la CDPD (Minkowitz, 2011).

No obstante, antes de seguir con el desarrollo del artículo 14 es importante precisar que es uno de los artículos más controversiales de la CDPD y que hasta la actualidad no hay un consenso uniforme sobre su entendimiento (Gurbai y Martin, 2018). Este desacuerdo viene latente desde las negociaciones del tratado al solicitar la inclusión del internamiento involuntario como una forma de tortura (Lord, 2010). Como podemos observar, desde las negociaciones “existía debate sobre si

la prohibición a la privación por discapacidad debía ser un entendimiento amplio o estricto” (Constantino, 2021, p. 156). Ante este debate, presentaremos las dos posturas de diversos órganos de Naciones Unidas y una última de la doctrina, estos pronunciamientos han ido dotando el contenido del artículo 14 de la CDPD.

1.4.1.2 Primera postura: ninguna restricción de libertad

En 2015, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (el Comité CDPD) publicó la Guía de Interpretación sobre el artículo 14, en la cual se establece cómo se debe entender:

1. La aplicación del derecho a la seguridad y libertad personal en diversos escenarios (prohibición absoluta de detención en base a la discapacidad, internamiento involuntario, consentimiento libre e informado, protección de las personas con discapacidad privadas de libertad, privación de la libertad con base sobre el criterio de peligrosidad, el uso de las medidas de seguridad) (Comité CDPD, 2015).
2. La postura de igualdad de condiciones con las demás personas privadas de libertad.

Respecto al primer punto, el Comité CDPD ha interpretado el artículo 14 “indicando que no se admite ninguna restricción de libertad sobre la base de la discapacidad, incluso, cuando pueda suponer un riesgo para la propia persona o para terceros” (Constantino, 2021)³⁹. La postura presentada ha sido compartida por otros órganos de Naciones Unidas como el Comité de la CEDAW que menciona que “[...]derogar las leyes conexas y prohíba la detención de mujeres basada en la discapacidad, entre otras cosas la hospitalización involuntaria y el internamiento forzado” (Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, 24 de julio de 2014,

³⁹ Ver también: Tribunal Constitucional. Expediente N° 00194-2014-PHC/TC. Perú, 26 de agosto de 2010.

p. 37), y por la Oficina de Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el cual establece que:

[...] constituye detención ilegal la privación de libertad fundada en la combinación de una discapacidad mental o intelectual y otros elementos como la peligrosidad o la atención y el tratamiento (...) el fundamento jurídico que determina la restricción de libertad debe estar desvinculado de la discapacidad y definido sin referencia a ésta, de manera que se aplique a todas las personas en igualdad de condiciones. (ONU, 26 de enero de 2009, pp. 48-49)

De igual manera la ex relatora de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, quien menciona que:

El artículo 14 establece la prohibición absoluta de la privación de libertad por motivos de deficiencia. Si bien las personas con discapacidad pueden ser detenidas y recluidas legalmente en igualdad de condiciones con las demás, el artículo 14, párrafo 1 b), no permite ninguna excepción en virtud de la cual las personas puedan ser privadas de su libertad por motivo de una deficiencia real o percibida [...]. (Devandas, 2019, p. 46)

Al igual que el ex relator de Naciones Unidas contra la tortura recuerda que:

[...] el artículo 14 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad prohíbe la privación ilegal o arbitraria de la libertad de esas personas, y que la existencia de una discapacidad justifique una privación de esa libertad. (Nowak, 2008, p. 43)

Sobre el segundo punto, en la aplicación de las medidas de seguridad, se plantea que estas deben ser impuestas en el marco de respeto a las debidas garantías procesales. Esto refleja que cuando las personas con discapacidad incurrir en un delito penal deben ser sancionadas, pero

dentro de un marco normativo de derechos, los mismos que se aplican para los otros procesados, detenidos y condenados.

1.4.1.3 Segunda postura: permite la privación en ciertos casos

En la Observación General N°35 de 2014 del Comité de Derechos Humanos se ha sostenido que:

[...] la existencia de una discapacidad no justificará por sí sola la privación de libertad, sino que toda privación de libertad deberá ser necesaria y proporcional, con el propósito de impedir que el interesado se haga daño o cause lesiones a terceros. (ONU, 16 de diciembre de 2014, p. 19)

El mencionado comité comparte la posición de permitir la privación de libertad, en casos excepcionales, cuando exista peligro para sí mismo o para terceros; es decir, garantice la seguridad de la persona o de terceros. Esta postura también ha sido compartida por el Subcomité para la prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, al señalar que es “[...]necesario internar a esa persona en un centro psiquiátrico para protegerla de la discriminación, los malos tratos y los riesgos para la salud derivados de la enfermedad, siempre que se respeten todas las garantías [...]” (Subcomité CAT, 2016, p. 8).

Ante esta segunda postura que permite la privación de libertad de personas con discapacidad en ciertos casos, ciertos órganos de las Naciones Unidas han determinado salvaguardas para esta clase de privaciones de libertad. Así, el Comité contra la tortura ha manifestado que:

Evitar la hospitalización o la reclusión forzosa por motivos médicos, a menos que se imponga como último recurso, por el plazo mínimo necesario y únicamente cuando la medida vaya acompañada de salvaguardias procesales y sustantivas adecuadas, como

revisiones judiciales inicial y periódicas oportunas, el acceso sin restricciones a un abogado y a mecanismos de denuncia, así como un sistema efectivo e independiente de vigilancia y denuncia. (CAT, 3 de febrero de 2016, p. 43)

El presente Comité plantea salvaguardas al momento de hospitalizar a la persona (solo por motivos médicos). Esto solo puede realizarse como una medida de último recurso (CAT, 18 de diciembre de 2014), necesaria y proporcional, por el periodo de tiempo apropiado más breve posible y deberá ir acompañada de garantías procesales y sustantivas adecuadas establecidas por ley. En vista que el DIDH no ha podido conseguir un estándar internacional sobre el entendimiento del artículo 14, desde la doctrina se plantea una última postura sobre la privación de libertad en los contextos de crisis psiquiátricas.

En cuanto a los sistemas regionales de protección de derechos humanos, por parte del Sistema Europeo de DH, su Tribunal también sostiene esta postura respecto de la privación de la libertad en ciertos casos como lo ha sostenido en *Stanev vs. Bulgaria*, donde ha señalado que:

En lo que respecta a la privación de libertad de las personas con discapacidades mentales, no se puede privar a una persona de su libertad por incapacidad mental, a menos que se cumplan las tres condiciones mínimas siguientes: en primer lugar, debe demostrarse de manera fehaciente su incapacidad mental; en segundo lugar, el trastorno mental debe ser un tipo o grado que justifique el confinamiento obligatorio; en tercer lugar, la validez del confinamiento continuo depende de la persistencia del tal trastorno (ECHR, 31 de enero de 2019, párr. 192).

Por su parte, el SIDH ha replicado esta postura – Al igual que el SEDH – en los pronunciamientos de la CIDH, en el informe de fondo *Luis Eduardo Guachalá Chumbó y familia vs. Ecuador* (CIDH, 5 de octubre de 2018, párr. 138) ha indicado que “ (...) cualquier excepción a

la obligación de obtener el consentimiento informado debe basarse en una situación concreta y excepcional de emergencia en el caso particular, situación que en ningún caso puede configurarse por el sólo hecho de tener una discapacidad mental (...)”.

En relación a ello, la Corte IDH, en la sentencia sobre precitado caso, tiene en consideración los principios rectores y el modelo social consagrados en la CDPD, también comparte la postura de la CIDH, al señalar que

[...] el Tribunal ha considerado que la urgencia o emergencia se refiere a la inminencia de un riesgo y; por ende, a una situación en que la intervención es necesaria ya que no puede ser pospuesta, excluyendo aquellos casos en los que se puede esperar para obtener el consentimiento. (Corte IDH, 26 de marzo 2021, párr. 132)

No obstante, la Corte no refleja una posición clara sobre el empleo del artículo 14 (el derecho a la libertad y seguridad de las personas con discapacidad) de la CDPD en relación a las personas con discapacidad psicosocial.

Por un lado, la Corte manifiesta el derecho de todo paciente de recibir información y decidir si acepta o declina el tratamiento médico e internamiento psiquiátrico. Este planteamiento refuerza la idea de las directrices sobre el derecho a la libertad y la seguridad de las personas con discapacidad del comité CDPD, el cual establece:

[...] el internamiento involuntario de personas con discapacidad por motivos de atención médica contradice la prohibición absoluta de la privación de libertad por motivos de discapacidad y el principio del consentimiento libre e informado de la persona interesada para recibir tratamiento médico (...). (Comité CDPD, 19 de mayo de 2014, párr. 10)

Además, comparte la posición del comité de la CDPD “que, incluso en situaciones de crisis, se debe prestar apoyo a las personas con discapacidad, proporcionándose información exacta y

accesible sobre las opciones de servicios disponibles y ofreciéndose alternativas no médicas” (Corte IDH, 26 de marzo de 2021, pár.134).

Por otro lado, la Corte también menciona que en caso no se pueda obtener el consentimiento, se permite el internamiento ante casos de emergencia psiquiátrica cuando hay un riesgo de la vida o salud del paciente, sobre ello se mencionó que

[...] incluso en situaciones de crisis, se debe prestar apoyo a las personas con discapacidad, proporcionándose información exacta y accesible sobre las opciones de servicios disponibles y ofreciéndose alternativas no médicas. Solo en caso de ausencia de medidas de planeación anticipada y que después de realizar “un esfuerzo considerable” por obtener el consentimiento no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de una persona, es permisible la determinación de la “mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias (...). (Corte IDH, 26 de marzo de 2021, pár.134).

Teniendo en consideración las dos posturas mencionadas podemos concluir que la Corte, por el momento, no tiene una posición clara sobre el empleo del artículo 14 de la CDPD; sin embargo, se puede inferir que se alinea a esta segunda postura mencionada en la presente subsección.

1.4.1.4 Tercera postura: neutral a la discapacidad

Desde la doctrina, las autoras Flynn y Arstein-Kerslake han planteado una respuesta denominada “neutral a la discapacidad” para las crisis psiquiátricas. Las mencionadas autoras proponen que es posible la privación de la libertad si la discapacidad no es el motivo y cuando:

[...] exista un riesgo de un daño grave e inminente a la vida, salud o seguridad es necesario, pero no siempre suficiente. Este criterio debe constituir la base de cualquier deber u obligación estatal para intervenir. El propósito de nuestra propuesta es restringir el poder

estatal existente, no expandir el poder estatal existente o crear una mayor obligación para que los actores estatales intervengan. (Flynn y Arstein, 2017, p. 25)

Esta postura refleja que la discapacidad *per se* no puede constituir la única razón para privar a una persona de su libertad; no obstante, el estándar no es claro cuando la discapacidad es empleada como un motivo, junto con la finalidad de garantizar la vida, salud o seguridad. Incluso esta postura es debatible, pues “en los casos de riesgo a la propia vida o integridad, parece haber un ejercicio de paternalismo peyorativo que es difícil compatibilizar con la mayor parte de marcos constitucionales” (Constantino, 2021, p. 160).

Considerando las posturas expuestas podemos observar que, hasta la actualidad, el entendimiento legal del artículo 14 sigue en debate. A pesar de las distintas líneas desarrolladas, aún no hay un consenso de aplicación internacional de la privación de libertad en personas con discapacidad; no obstante, para la presente investigación optamos por seguir la visión del Comité CDPD (prohibición absoluta de la privación de la libertad en base al criterio de peligrosidad). Como veremos en el próximo punto existe una vinculación entre el criterio de peligrosidad y su empleo en el aislamiento solitario en personas privadas de libertad con discapacidad mental o psicosocial, lo cual no debería ser utilizada para justificar una privación de libertad que en realidad solo afecta los derechos de las personas con discapacidad.

De igual manera, para la presente tesis, entendemos al artículo 14 de la siguiente manera: en primer lugar, el artículo es una disposición directa de no discriminación que garantiza el derecho básico a la libertad y la seguridad de la persona, con sus elementos asociados de protección contra la detención arbitraria e ilegal a las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con otras.

Y, en segundo lugar, da garantía a las personas con discapacidad que se encuentran privadas de libertad para que gocen de las mismas condiciones que todas las personas tienen en virtud del DIDH, considerando los ajustes razonables, el derecho a ser tratados de conformidad con los objetivos y principios de la CDPD (Minkowitz, 2011).

Además, consideramos, al igual que Peter Bartlett, que el presente artículo es una disposición que enfatiza el modelo social de la discapacidad: la opinión de que los factores limitantes de la discapacidad se derivan del fracaso de la sociedad para adaptarse adecuadamente a la diferencia, más que los factores intrínsecos a la propia persona con discapacidad (Bartlett, 2012). En la medida que este modelo es convincente, no será necesario el internamiento psiquiátrico y las detenciones conexas que solo utilicen como factor la discapacidad, sino también tendrá que leerse dichas medidas en conjunto con los derechos de la capacidad legal, consentimiento informado, entre otros.

Hasta el momento, todo lo explicado ha sido en referencia sobre el entendimiento del derecho a la libertad personal de las personas con discapacidad, siendo la postura de quien redacta la primera que hace referencia a que no debe existir ninguna restricción a la libertad justificada en la discapacidad conforme a lo establecido por el Comité de la CDPD y lo desarrollado previamente. A continuación, veremos el entendimiento del artículo 14 en los contextos de su empleo en el aislamiento solitario en personas con discapacidad.

1.4.1.5 El entendimiento del artículo 14 de la CDPD en el empleo del aislamiento solitario en personas con discapacidad mental o psicosocial

A principios del capítulo, expusimos sobre el criterio de peligrosidad y de cómo este era utilizado para el empleo del aislamiento solitario en personas privadas de libertad. Este criterio también se encuentra presente al momento del uso del aislamiento solitario en personas con

discapacidad. Y, es que se ha visto que las personas con discapacidad, en particular, aquellas con discapacidad mental o psicosocial suelen ser consideradas altamente peligrosas para terceros o para ellas mismas; por lo tanto, se le restringe el derecho a la libertad personal empleando el aislamiento solitario.

Es así que, en el estudio temático preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para mejorar el conocimiento y la comprensión de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, menciona que la vinculación entre el criterio de peligrosidad y la discapacidad mental es considerada discriminatoria y contraria al derecho a la libertad, al mencionar que:

[...]constituye detención ilegal la privación de libertad fundada en la combinación de una discapacidad mental o intelectual y otros elementos como la peligrosidad o la atención y el tratamiento. Dado que esas medidas se justifican en parte por la discapacidad de la persona, deben considerarse discriminatorias y contrarias a la prohibición de privación de libertad por motivos de discapacidad y del derecho a la libertad en igualdad de condiciones con los demás previstos en el artículo 14. (ONU, 26 de enero de 2009, p. 48)

De igual manera, Minkowitz (2011) comparte la idea de que toda detención por discapacidad basada en el criterio de peligrosidad (cause daño a sí mismo o a otros) quedaría prohibido. El Comité CDPD (30 de septiembre de 2013) ha manifestado su rechazo de la prohibición de “recluir a una persona en una institución psiquiátrica en contra de su voluntad si presenta una discapacidad psicosocial y es considerada un peligro para sí misma o para los demás. El Comité opina que la legislación contraviene el artículo 14 de la Convención porque permite que una persona sea privada de su libertad debido a su discapacidad real o percibida” (párr. 29); en ese sentido, toda detención por salud mental basada en una previsión que la persona se causará daño a

sí misma o a otros entra en conflicto con el artículo 14. El Comité CDPD también ha mencionado que el “Estado parte debe tomar todas las medidas legislativas, administrativas y judiciales necesarias para garantizar que nadie sea detenido contra su voluntad por ningún tipo” (Comité CDPD, 30 de septiembre de 2013, párr. 30).

Como vemos, el empleo del aislamiento solitario en personas con discapacidad mental o psicosocial, está basado no solo en la discapacidad, sino que con frecuencia está unido a otros criterios tales como ser un peligro para sí mismo y para otros; o, con necesidad de tratamiento. Esta posición de que las personas con discapacidad mental o psicosocial estén propensos a la violencia y por lo tanto su aislamiento es necesario para la seguridad de otros es incorrecta y, como hemos demostrado líneas arriba, resulta discriminatoria.

Al contrario, la evidencia muestra que las personas con discapacidad psicosocial tienen más probabilidades de ser víctimas de violencia que de cometer un acto violento (ONU, 11 de enero de 2019, párr. 29). Además, resulta más probable que el aislamiento de una persona -basado en la amenaza percibida- represente un peligro para sí misma; y, tendría como consecuencia un daño mayor a su salud mental y bienestar (Priddy, 2021).

El criterio de peligrosidad tiene una apariencia neutral, en principio parecería que cualquier persona podría encajar dentro de este criterio y ser considerada como persona peligrosa; no obstante, en la práctica los operadores de justicia y servidores públicos en cumplimiento de estas normas – en sus análisis - únicamente incluyen a las personas con discapacidad psicosocial dentro de este criterio; por lo tanto, resulta es indirectamente discriminatorio.

Debemos considerar a la discriminación indirecta como el conjunto de leyes, políticas o prácticas aparentemente neutras, pero que perjudican de manera desproporcionada a las personas con discapacidad. Se produce cuando una oportunidad, que en apariencia es accesible, en realidad

excluye a ciertas personas debido a que su condición no les permite beneficiarse de ella (ONU, 2 de julio de 2009, párr. 9.b).

En la presente investigación, se entiende al criterio de peligrosidad utilizado por los Estados como aparentemente es neutro; sin embargo, supone una desventaja particularmente a las personas con discapacidad psicosocial puesto que este criterio se convierte en una práctica para validar el aislamiento a las personas con discapacidad psicosocial; por tanto, genera efectos jurídicos distintos (por ejemplo, una privación de libertad adicional); en consecuencia, su impacto en este grupo produce consecuencias discriminatorias.⁴⁰

De esta forma, aunque en principio no habría una diferencia en el trato, la situación estructural en la que se encontrarían estos grupos, conllevaría a una situación de discriminación. Al respecto, la Corte IDH ha determinado que la discriminación indirecta se ve reflejada en aquellos casos en los que “el impacto desproporcionado de normas, acciones, políticas u otras medidas que – aun cuando sean o parezcan ser neutrales en su formulación, o tengan un alcance general y no diferenciado – produzcan efectos negativos para ciertos grupos vulnerables” (Corte IDH, 24 de octubre de 2012, pár.235).

Es así que, compartimos la postura del Comité de la CDPD, toda privación de libertad por motivo de discapacidad está prohibida; entonces, la peligrosidad empleada como criterio no debería ser utilizada para justificar una privación de libertad que en realidad solo afecta los derechos de las personas con discapacidad.

En ese sentido, en el caso del régimen de aislamiento solitario, debemos entender el artículo 14 de la CDPD de la siguiente manera:

⁴⁰ Para mayor información revisar Miné (31 de marzo – 1 de abril de 2003) Los conceptos de discriminación directa e indirecta. Conferencia «Lucha contra la discriminación: Las nuevas directivas de 2000 sobre la igualdad de trato».

1. El deber de los Estados en asegurar que las personas con discapacidad no se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente;
2. La existencia de una discapacidad no justifica en ningún caso una privación de la libertad.

De manera preliminar se desprende que, si bien la discapacidad es un criterio prohibido, esto no impide que las características específicas relacionadas con alguna discapacidad sean criterios. Consideramos que el alcance de esta disposición no es solo que la discapacidad puede ser la única razón para la detención, sino que, además, la discapacidad no puede ser parte de la justificación de la detención (Bartlett, 2012).

El ámbito de aplicación del artículo 14 contiene el derecho al respeto de la integridad física, mental y moral; la integridad puede considerarse como una expresión más general y positiva del derecho a estar libre de tortura y tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (Minkowitz, 2011); lo que demuestra lo siguiente: primero, la interdependencia de los derechos humanos; y, segundo, la protección contra una gama más amplia de posibles violaciones del uso del aislamiento solitario en personas privadas de libertad con discapacidad mental.

Entonces, no es posible justificar una reclusión adicional por la sola condición de su discapacidad, o porque puede ser altamente peligroso para el compañero de celda o para ellos mismos e incluso si por propia voluntad prefieran ser aislados; los últimos supuestos se debería optar por proporcionarles otra alternativa menos lesiva, por ejemplo, una vida en comunidad en centros de salud fuera del centro de reclusión.⁴¹ No es materia de la presente investigación

⁴¹ Para ejemplos de alternativas de servicios de apoyo específicos menos lesivos que el aislamiento se puede revisar: Gooding, P. et al. (2018). Alternatives to Coercion in Mental Health Settings: Literature Review. University of Melbourne. Véase también, la Observación General número 5: sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad del Comité CDPD, en relación a los servicios de apoyo individualizado deben considerarse un derecho y no una forma de atención médica, social o beneficencia pueden extenderse hasta el caso de las personas privadas de libertad con discapacidad mental.

desarrollar las alternativas o medidas que deberán sustituir el aislamiento solitario; sin embargo, es importante resaltar la necesidad de realizar nuevas investigaciones sobre este tema en particular.

Por tanto, nos parece importante precisar que el aislamiento solitario, es un régimen privativo de libertad que afecta de manera desproporcionada a las personas con discapacidad, no solo porque perjudica o aumenta mayores riesgos en la salud física y mental, sino porque además esta situación atenta contra la dignidad de las personas que ostenta cualquier recluso y es contraria a los derechos, los objetivos y principios de la CDPD.

El argumento de que el uso del aislamiento como régimen resulta desproporcional y ha sido compartido en los diversos informes del ex Relator especial Juan E. Méndez sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, añadiendo que en razón de “ser un peligro para sí mismo” cualquier aislamiento resultante seguirá siendo arbitrario, ya que se aplica de manera desproporcionada a personas con discapacidad psicosocial (ONU, 5 de agosto de 2011).

Sobre la base de lo dicho en toda la subsección, para entender mejor el artículo 14 se deben leer varios artículos de la CDPD en conjunto, con el objetivo de comprender sus implicancias completas en relación con los actos que violan la integridad personal de las personas con discapacidad en los entornos de reclusión. En particular, el derecho a la libertad y seguridad de la persona, en general es utilizado como criterio para evaluar el internamiento en centros de privación de libertad. No obstante, en el caso de las personas privadas de libertad en centros penitenciarios, el ámbito de aplicación del artículo 14 se complementa con el derecho a la igualdad y no discriminación (artículo 5), el derecho a la integridad personal, física y mental (artículo 17) y se fortalece con la obligación de protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles e inhumanos.

1.4.2 El aislamiento solitario como tortura o tratos crueles, inhumanos y degradantes y la invalidez del fundamento de peligrosidad como criterio para el emplear el aislamiento solitario

Los sistemas regionales de derechos humanos: europeo, interamericano y africano han desarrollado definiciones complejas de lo que constituye tortura y otras formas de penas o tratos inhumanos o degradantes. En la presente investigación, seguiremos la definición de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (UNCAT).

En dicha Convención, la definición de la tortura es recogida en el artículo 1, párrafo 1, el cual contiene cuatro elementos esenciales:

- (1) infligir dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, (2) ser intencional, (3) tener una finalidad concreta (obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que haya cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación); y (4) dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario del Estado u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento.

En virtud del artículo 1 de la Convención contra la tortura, los actos que no se ajusten a esta definición pueden constituir tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (ONU, 28 de julio de 2008, párr. 46). La UNCAT no ofrece ninguna definición de los últimos actos. El propio Comité contra la Tortura ha reconocido que “en la práctica, no suele estar claro el límite conceptual entre, los malos tratos y la tortura” (CAT, 23 de noviembre 2007, párr. 3).

Cabe precisar que en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CIPST) va más allá con la definición de tortura que consagra la UNCAT, en el sentido de que no requiere que las penas o sufrimientos sean “severos”, se refiere a “cualquier otro fin” en lugar de “con el fin de” e incluye métodos diseñados para anular la personalidad de la víctima o disminuir sus capacidades, independientemente de que esos métodos causen penas o sufrimiento (Asociación para la prevención de la tortura [APT] y Centro por la justicia y el derecho internacional [CEJIL], 2009, p. 98). Es así que la Corte IDH utilizó como fuente de interpretación el artículo 2 de la CIPST y dispone en su parte pertinente que:

Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura 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 [...]. (Corte IDH, 11 de mayo de 2007, p. 78)

A pesar de las contribuciones de la CIPST, seguiremos la definición de tortura propuesta por la UNCAT, ya que al ser un tratado de Naciones Unidas tiene mayor alcance en diversos Estados que forman parte de los sistemas regionales de derechos humanos. En relación al contenido de malos tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes el antiguo Relator de la ONU sobre la Tortura, Manfred Nowak, sostuvo que:

Un análisis a fondo de los *travaux préparatoires* de los artículos 1 y 16 de la UNCAT y una sistemática interpretación de ambas disposiciones a la luz de la práctica del Comité contra la Tortura obligan a inferir que los criterios determinantes para distinguir la tortura [de tratos crueles, inhumanos o degradantes] son más bien el propósito de la conducta y la

indefensión de la víctima, antes que la intensidad de los dolores o sufrimientos infligidos.
(ONU, 16 de diciembre de 2005, p. 39)

Esta distinción, también ha sido compartida en el caso griego (Anuario del Convenio Europeo de Derechos Humanos, 1969, p. 186), donde la Comisión Europea consideró la distinción basada en el propósito del acto de la tortura, pero en el caso Irlanda c. Reino Unido (ECHR, 18 de enero de 1978) el TEDH reemplazó de manera efectiva esta distinción por una evaluación subjetiva de la gravedad del sufrimiento ocasionado por el mismo o llamado el enfoque del “umbral de gravedad” (APT y CEJIL, 2009, p. 60)

La tortura es uno de los pocos derechos humanos absolutos e inalienables⁴², es una norma *jus cogens*⁴³, una norma imperativa del derecho internacional, que nunca puede ser derogada y se impone independientemente de si un Estado es parte de un tratado en particular (Minkowitz, 2011). A diferencia de ella, las penas o tratos inhumanos o degradantes no se encuentran definidas en ningún tratado internacional; por lo general, las penas o tratos inhumanos se asumen cuando no existe un propósito específico e inflige un nivel significativo de sufrimiento o dolor (CICR, 12 de febrero de 2005).

Señala la Asociación para la prevención de la tortura (APT):

En virtud del derecho internacional de los derechos humanos, el tratamiento cruel o inhumano debe causar sufrimiento físico o mental de carácter grave, deliberadamente o por

⁴²Ver Convención contra la tortura, art 2, párr.2; y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art 7. La prohibición absoluta de la tortura figura en la UNCAT, en el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo 3 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y queda reafirmada en el artículo 15 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

⁴³ Revisar: Tribunal Penal Internacional para Ex Yugoslavia, caso Fiscal v. Furundzija, causa N° IT-95-17/1-T, fallo 10 de diciembre de 1998.

negligencia y un o una funcionaria pública debe estar implicado/a directa o indirectamente (...); y, puede ser cometido a través de una sola acción u omisión o puede ser el resultado de un cúmulo de acciones u omisiones.

El trato degradante difiere de las nociones de pena o trato cruel e inhumano. Lo fundamental en el concepto de trato degradante no reside en la severidad del dolor, sino en la intencionalidad de humillar o degradar a la persona (APT, s.f).

En vista de los actos descritos, en los centros de reclusión, las personas están particularmente expuestas al riesgo de ser víctimas de la tortura o los malos tratos debido al desequilibrio de poder inducido por la privación de libertad. Las personas en aislamiento solitario pueden ser víctimas de violencia por parte del personal penitenciario o de compañeros o compañeras. Asimismo, como se ha visto la falta de condiciones mínimas bajo determinadas circunstancias pueden constituir malos tratos o incluso tortura.

En el régimen de aislamiento dado sus graves efectos en la salud, su utilización por sí misma equivalen como mínimo a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, y en algunos casos podrá constituir un acto de tortura. Para los efectos de determinar lo anterior Shalev (2008) señala que se debe analizar cada caso particular evaluando la posibilidad de que mencionado régimen equivale a tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Añade que “esas circunstancias incluyen la finalidad de aplicar el régimen de aislamiento, sus condiciones físicas y de régimen, duración y efectos” (Shalev, 2008, p.6), por supuesto, las condiciones de cada víctima que la hacen más o menos vulnerables a esos efectos (ONU, 5 de agosto de 2011, párr. 71).

Como se ha visto en la segunda sección, para efectos metodológicos la presente investigación se ha enfocado en tres finalidades del uso del régimen del aislamiento. Cuando se utiliza con un fin de disposición judicial (castigo), y las condiciones físicas son deficientes, y el régimen es tan estricto que dan lugar a un grave dolor o sufrimiento mental o físico de las personas sometidas al régimen de aislamiento, esas condiciones equivalen a la tortura o al trato cruel e inhumano (ONU, 5 de agosto de 2011, párr. 74).

No obstante, cuando se emplea "como consecuencia de una infracción de la disciplina penitenciaria en las que el régimen de aislamiento se impone, consideramos al igual que el Relator contra la Tortura que no puede justificarse por ninguna razón, precisamente porque inflige dolores y sufrimientos graves que van más allá de todo castigo razonable" (ONU, 5 de agosto de 2011, párr. 72). Esto se aplica también a las situaciones de aislamiento por el criterio de peligrosidad criminal, ya que el dolor y sufrimiento que la víctima puede experimentar es severo y tiene efectos que a largo plazo pueden ser irreversibles.

A continuación, se presenta el siguiente cuadro de manera de ejemplificar en que supuestos el aislamiento solitario produce tratos crueles, inhumanos o degradantes o incluso tortura:

Tabla 2.

Supuestos en los cuáles el aislamiento solitario produce un trato cruel, inhumano o degradante o tortura

	Disposición legal	Medida o sanción disciplinaria	Criterio de peligrosidad criminal
Tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes	La aplicación de esta disposición puede constituir malos tratos, inhumanos o degradantes, o incluso	La aplicación del aislamiento bajo esta medida constituye malos tratos, inhumanos o degradantes, o incluso tortura.	La aplicación del aislamiento bajo este criterio constituye malos tratos, inhumanos o degradantes, o incluso tortura.

tortura, si no cumple con los estándares mínimos.

Elaboración propia

Estos supuestos son mayormente utilizados en personas privadas de libertad sin discapacidad, no obstante, aquellos que pertenecen a grupos de situación en vulnerabilidad, se encuentran más expuestas al riesgo de ser maltratados o torturados y, por lo tanto, requieren de una protección adicional por parte de las autoridades. En ese sentido, a lo largo del presente trabajo, nos enfocaremos en el uso del aislamiento en personas con discapacidad, por lo que presentan situaciones propicias en donde se dan los malos tratos o la tortura.

El criterio que por excelencia se utiliza para emplear el aislamiento solitario a los reclusos en discapacidad, es el criterio o juicio de peligrosidad criminal que es la probabilidad de comisión de delitos futuros por parte de un determinado individuo.

Pues bien, al estar descartado el criterio de peligrosidad criminal o valoración del riesgo de violencia, consideramos que en la actualidad hay dos supuestos que se emplea en el aislamiento solitario en personas con discapacidad: (i) como medida de protección hacia ellos mismos u otros por ser considerados personas peligrosas; (ii) una medida disciplinaria (sanción de castigo) ante una falta interna dentro del centro de reclusión.

En el primer supuesto, el uso de la medida de protección, no puede ser justificable ante personas con discapacidad, en particular con discapacidad psicosocial e intelectual, debido a que, si su condición es muy grave, lo mejor será brindar una asistencia médica. Dicha asistencia deberá ser un centro de salud fuera del centro penitenciario que brinde un tratamiento adecuado sin que se denigre la autonomía, ni la dignidad de las personas con discapacidad.

En el segundo supuesto, el uso de la medida disciplinaria a las personas con discapacidad, resulta ser una sanción restrictiva con altos efectos psicológicos y fisiológicos en este grupo de

personas privadas de libertad. Ello debido a que la sanción a menudo genera un severo agravamiento de una condición mental ya existente. En ambos casos, el aislamiento solitario en personas con discapacidad vulnera la dignidad humana, el principio de ser tratado humanamente, es discriminatoria y constituye de acuerdo con las circunstancias malos tratos, degradantes e inhumanos o incluso tortura.

Tabla 3.

El empleo del criterio de peligrosidad en los supuestos del uso del aislamiento en personas privadas de libertad con discapacidad

Supuestos	Medida de protección	Medida disciplinaria
Justificaciones		
Criterio de peligrosidad criminal o valoración del riesgo de violencia	No, aplica el uso del aislamiento solitario	No, aplica el uso del aislamiento solitario
Otras justificaciones para el uso del aislamiento solitario	No es válido ningún argumento. En este supuesto debe emplearse la asistencia médica	No es válido ningún argumento. Es una medida muy lesiva para las personas con discapacidad

Elaboración propia

Es así, que consideramos que en casos de empleo de aislamiento solitario en personas con discapacidad, en particular psicosocial y mental, en ningún caso puede aplicarse esta medida ya que resulta muy restrictiva y puede constituir una vulneración a los artículo 15 (derecho a no ser sometidas a tortura o malos tratos), artículo 15.2 (los Estados Partes tienen la obligación de proteger a las personas con discapacidad contra la tortura o los malos tratos, en igualdad de condiciones con las demás), artículo 16 (prohíbe la violencia) y en el artículo 17 (derecho de toda personas con discapacidad a que se respete su integridad física y mental) de la CDPD. Resulta importante, precisar que la CDPD complementa otros instrumentos de derechos humanos respecto

de la prohibición de la tortura y los malos tratos proporcionando orientaciones autorizadas adicionales (ONU, 28 de julio 2008, párr. 44).

La complementariedad mencionada, puede reflejarse al momento de analizar algunos requisitos de tortura mencionados en la CAT, como en el requisito de intención que figura en el artículo 1 de la UNCAT, cuando se inflija a una persona sufrimientos físicos o mentales severos por motivos de discapacidad (razón basada en un tipo de discriminación), el mismo que está prohibido por el artículo 5 de la CDPD. Otro requisito, es “por o a instancias de o con el consentimiento o la aquiescencia de un funcionario público”, la definición del CAT, a diferencia del artículo 7 del ICCPR, requiere cierta conexión con los funcionarios públicos para que un acto califique como tortura.

En el caso del aislamiento solitario, los centros penitenciarios pueden ser administrados por los sectores públicos o privados, estos últimos funcionan bajo leyes públicas, regulaciones y requisitos de licencia de los Estados. En el escenario de la administración privada, existe un deber positivo por parte del gobierno de proteger a los individuos contra la violencia por parte de actores privados y cuando el gobierno no actúe, esto puede constituir una aquiescencia especialmente si la discriminación juega un papel importante en el fracaso. En situaciones excepcionales en las que no existen leyes o reglamentos que rijan las instituciones privadas, puede darse el caso de que se pueda inferir la complicidad de no proporcionar protección o una reparación significativa contra el uso del aislamiento solitario de manera arbitraria (Minkowitz, 2007).

Asimismo, se complementan con la finalidad: cualquier motivo basado en discriminación de cualquier índole. La discriminación es diferente de los otros propósitos en los que no está necesariamente orientada a objetivos, sino que es una motivación para el acto prohibido (“cualquier razón basada en la discriminación”). Se ha mencionado que la discriminación crea las

condiciones para la tortura, en el sentido de que contribuye a deshumanizar a la víctima, y puede hacer que las víctimas sean menos creíbles o no tengan derecho a igual protección ante las autoridades a las que se puedan quejar (Minkowitz, 2007). Este es ciertamente el caso con respecto al uso del aislamiento solitario en personas privadas de libertad con discapacidad mental.

La prohibición del aislamiento solitario en personas con discapacidad es compartida por la Observación General N° 21 del Comité de Derechos Humanos, en el párrafo 1 del artículo 10 del PIDESC, la cual asigna a los Estados Partes una “obligación positiva en favor de las personas especialmente vulnerables por su condición de personas privadas de libertad y complementa la prohibición de la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes prevista en el artículo 7 del Pacto” (ONU, 12 de mayo de 2004, p. 176-178 como se citó en Shalev, 2008, p.15)

Ello alude a las personas con discapacidad privadas de libertad no sólo pueden ser sometidas a un trato incompatible con el artículo 7, sino tampoco a restricciones que no sean las que resulten de la privación de la libertad; asimismo, debe garantizarse el respeto de la dignidad de estas personas en las mismas condiciones aplicables a las personas privadas de libertad sin discapacidad (Shalev, 2008, p.15).

Del mismo modo, el Relator Especial considera que la imposición de ese régimen, cualquiera sea su duración, a personas que padecen discapacidad mental, constituye un trato cruel, inhumano o degradante y vulnera el artículo 7 del Pacto y el artículo 16 de la Convención (ONU, 01 de febrero de 2013, párr. 78).

Y, en esa línea, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha expresado que los Estados Partes, a fin de proteger la seguridad e integridad personal de las personas con discapacidad que se encuentren privadas de libertad, deben eliminar el uso del aislamiento, puesto que no son compatibles con la prohibición de la tortura y otros tratos o penas

cruels, inhumanos o degradantes contra las personas con discapacidad de conformidad con el artículo 15 de la Convención (Comité CDPD, 26 de abril de 2018, párr. 12).

Por consiguiente, el uso del aislamiento solitario, en personas privadas de libertad sin discapacidad, “solo puede aceptarse en circunstancias excepcionales y como una medida de último recurso, en las que su duración debe ser tan breve como sea posible” (Shalev, 2008, p.7) y durante un plazo que se comunique debidamente. El único escenario que cumple con el test PLANN, planteado a principios de este capítulo, es la disposición legal, en la que los reclusos mantenidos bajo este régimen deben contar con garantías mínimas de debido proceso, recursos efectivos para cuestionar las razones y la duración de la medida en ningún caso debe utilizarse en forma prolongada por más de 15 días.

En la situación de los reclusos con discapacidad mental o psicosocial, el uso del aislamiento solitario, puede constituir como mínimo penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes en reclusos, ello debido a sus graves efectos y habrá otros casos que dependerá de un análisis de las circunstancias para determinar si configura tortura. Asimismo, se debe tener presente que el criterio de peligrosidad no es válido para el empleo del aislamiento solitario en personas con discapacidad, en particular para aquellas que tengan una discapacidad mental o psicosocial; y, por último, como se ha demostrado, no es válido bajo cualquier supuesto el empleo del aislamiento solitario a personas con discapacidad mental o psicosocial

Capítulo II. Los prisioneros de guerra con discapacidad mental en el DIH: marco jurídico aplicable y criterios de interpretación.

El segundo capítulo presentará el marco jurídico de los prisioneros de guerra para posteriormente analizar la figura del aislamiento solitario en personas privadas de libertad; y, hace énfasis en las personas con discapacidad en el contexto de los conflictos armados internacionales. La utilidad de esta investigación radica en la profundización del estudio de interpretación del artículo 30 del III Convenio de Ginebra de 1949; la cual, desde su entrada en vigor, ha tenido como base un modelo médico de la discapacidad y como primera finalidad la rehabilitación de los prisioneros de guerra con discapacidad; además, como segunda finalidad, ha sostenido una medida de protección o de seguridad hacia terceros y no hacia las personas con discapacidad como sujetos de derecho.

Sin embargo, esta interpretación normativa ha variado con el tiempo conforme al desarrollo del modelo social de discapacidad, los estándares de la CDPD contenidos en sus artículos 14 (libertad y seguridad de la persona) y 15 (protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes), los cuales conforman los nuevos parámetros de comprensión en las diversas figuras de privación de libertad en reclusos con discapacidad mental.

Sumado a este desarrollo de los nuevos estándares de la CDPD, debemos considerar la evolución de los valores protegidos por las normas humanitarias (por ejemplo: las garantías contempladas en el artículo 3 común) para la adecuada interpretación del artículo 30 que se encuentra desfasado si tenemos en cuenta los nuevos estándares de derechos humanos en la materia.

Por eso, para poner al día la normativa contenida en el artículo 30, cuya disposición seguirá siendo la misma, será necesario utilizar determinados métodos de interpretación para actualizar el

mencionado artículo, con el fin de aclarar sus disposiciones a los estándares presentes. En esa línea argumentativa, el presente capítulo presentará los métodos generales de interpretación del Derecho Internacional (los criterios principales y complementarios de interpretación consagrados en la Convención de Viena sobre los Derechos de los Tratados de 1969) y los criterios de interpretación relativos al Derecho Internacional Humanitario (la cláusula Martens); puesto que, el artículo 30, es una norma que se encuentra dentro de la esfera del Derecho Internacional Humanitario; y, por último, los criterios de interpretación relativos al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (*pro persona*⁴⁴ y la interpretación dinámica) de acuerdo a los estándares de la CDPD.

En ese sentido, la finalidad del presente capítulo es identificar los criterios de interpretación que nos permitan actualizar el artículo 30 conforme al nuevo *corpus juris* de las personas con discapacidad y construir los términos o nociones unívocas del DI que emanan de tal disposición normativa, como la tortura o un trato o pena cruel, inhumano o degradante, debido a que son la base para reinterpretar el artículo 30 conforme a los nuevos estándares, dándole un sentido humanitario conforme a la dignidad de la persona con discapacidad.

2.1 Marco normativo de los prisioneros de guerra y de la figura del aislamiento solitario de las personas privadas de libertad con discapacidad en el Derecho Internacional Humanitario

En la presente sección, en primer lugar, se abordará el marco jurídico de los prisioneros de guerra; y, en segundo lugar, los distintos escenarios de privación de libertad en los conflictos armados internacionales; tales como la detención, el internamiento y el aislamiento solitario. Por un lado, veremos que las dos primeras medidas privativas de libertad tienen una mayor protección

⁴⁴ Para la presente investigación se hará uso del término *pro persona* para hacer referencia al principio *pro homine* desarrollado por el derecho internacional.

legal en el derecho internacional humanitario; y, de otro lado, se desarrollará el marco de protección y la interpretación de la disposición normativa de la última medida privativa de libertad: el aislamiento solitario en personas privadas de libertad en situación de vulnerabilidad.

Es importante considerar que las formas de privación de la libertad dentro de los Conflictos Armados Internacionales (CAI) son una base para los estándares de privación, detención y aislamiento de las personas, incluyendo civiles y personas en situación de vulnerabilidad, dentro del DIH.

2.1.1 El marco jurídico de los prisioneros de guerra en el Derecho Internacional Humanitario

En el DIH existen diversas categorías de personas protegidas tales como: civiles, enfermos, náufragos, heridos, personal religioso y sanitario, mujeres, niños y niñas y las personas privadas de libertad. En un CAI se considera como personas privadas de libertad a los prisioneros de guerra y civiles internados por razones de seguridad; mientras que, en un CANI, son solo las personas privadas de libertad. Es respecto a la categoría de prisioneros de guerra que gira entorno el presente trabajo de investigación, es por ello que en esta sección se enfocará en presentar su respectivo marco jurídico.

Históricamente, los requisitos para el estatus de prisioneros de guerra eran bastantes simples, puesto que hacen referencia a los miembros de la fuerza armada contraria; al principio, eran los Estados quienes reservaron la condición de prisioneros de guerra como cuestión de derecho consuetudinario internacional y luego como derecho de los tratados (Clapham et al., 2015). El III Convenio de Ginebra ha elaborado las normas de tratamiento para los prisioneros de

guerra y determina el estatus de los mismos. En el apartado a) del artículo 4 del III CG⁴⁵, se enumeraron seis grupos que podían optar a la condición de prisioneros de guerra.

Aunque los criterios de calificación varían entre los grupos del artículo 4.a, se definen como combatientes que participan directamente en las hostilidades; y, una vez que uno o varios combatientes han caído en el poder de un enemigo, adquieren inequívocamente el estatus de prisioneros de guerra (Clapham et al., 2015). Asimismo, el apartado b) del artículo 4 del III CG⁴⁶ describe las circunstancias en que ciertas personas bajo el poder de una parte enemiga deben ser tratadas según el estatuto de prisionero de guerra (Clapham et al., 2015). En caso de duda por lo que respecta a la pertenencia a uno de los grupos enumerados en el artículo 4 de las personas que hayan cometido un acto de beligerancia y que hayan caído en poder del enemigo, es importante

⁴⁵ El art. 4.A del III CG enumera seis grupos:

(1) miembros de las fuerzas armadas de una Parte contendiente, así como miembros de milicias y cuerpos de voluntarios que formen parte de esas fuerzas armadas; (2) miembros de otras milicias y miembros de otros cuerpos de voluntarios, incluso los de movimientos de resistencia organizados, pertenecientes a una Parte contendiente y que actúen fuera o dentro de su propio territorio, aunque este territorio se halle ocupado, siempre que esas milicias o cuerpos organizados, incluso los movimientos de resistencia organizados, bajo condiciones que señala el artículo. (3) miembros de las fuerzas armadas regulares pertenecientes a un gobierno o a una autoridad no reconocidos por la Potencia en cuyo poder hayan caído; (4) personas que sigan a las fuerzas armadas sin formar parte integrante de ellas, (5) miembros de las tripulaciones de la marina mercante y de la aviación civil de las Partes contendientes, que no gocen de trato más favorable en virtud de otras disposiciones del derecho internacional; y, (6) la población de un territorio no ocupado que, al acercarse el enemigo, tome espontáneamente las armas para combatir a las tropas invasoras, sin haber tenido tiempo para constituirse en fuerzas armadas regulares, siempre que lleve francamente las armas y respete las leyes y costumbres de la guerra.

⁴⁶ El art. 4.B del III CG, menciona que se beneficiarán igualmente del trato reservado a los prisioneros de guerra:

(1) las personas que pertenezcan o hayan pertenecido a las fuerzas armadas del país ocupado si, por razón de esta pertenencia, la Potencia ocupante, aunque las haya inicialmente liberado mientras las hostilidades se efectuaban fuera del territorio que ocupe, considera necesario proceder a su internamiento, especialmente después de una tentativa fracasada de dichas personas, para incorporarse a las fuerzas armadas a que pertenezcan, y que se hallen comprometidas en el combate, o cuando hagan caso omiso de la orden que se les dé para su internamiento; (2) las personas que pertenezcan a una de las categorías enumeradas en el presente artículo, que hayan sido recibidas en sus territorios por Potencias neutrales o no beligerantes, y a quienes éstas tengan la obligación de internar en virtud del derecho internacional, bajo reserva de cualquier trato más favorable que dichas Potencias juzgasen oportuno concederles, excepción hecha de las disposiciones de los artículos 8, 10, 15, 30 quinto párrafo, 58 a 67 incluidos, 92 y 126, así como las disposiciones relativas a la Potencia protectora, cuando entre las Partes en conflicto y la Potencia neutral o no beligerante interesada hay relaciones diplomáticas. Cuando haya tales relaciones, las Partes en conflicto de las que dependan esas personas estarán autorizadas a ejercer, con respecto a ellas, las funciones que el III CG se asignan a las Potencias protectoras, sin perjuicio de las que dichas partes ejerzan normalmente de conformidad con los usos y los tratados diplomáticos y consulares.

resaltar que dichas personas se benefician de la protección del presente Convenio, en espera de que un tribunal competente determine su estatus.⁴⁷

En cuanto a la definición de quiénes podrían ser considerados prisioneros de guerra, además del artículo 4 del III CG, el artículo 44.3 del Protocolo Adicional I de 1977 (PA I) incorpora como prisioneros de guerra a los miembros de un grupo armado que combaten mediante la llamada “guerra de guerrillas”; es decir, incluye a las milicias y las fuerzas voluntarias que las integren; y, el artículo 45 del PA I resguarda la protección de las personas que han tomado parte en las hostilidades, presumiéndoles como prisioneros de guerra; por consiguiente, estarán protegidas por el III CG, el PA I y las normas humanitarias del DIH.

En ese sentido, se considera prisionero de guerra a [...] todo combatiente quien tiene derecho a combatir directamente en las hostilidades como sujetos activos y pasivos que, en el marco de un CAI, cae en poder de la parte adversa. Los combatientes están obligados tanto a distinguirse de la población civil como a observar las normas del DIH durante la conflagración. (Salmón, 2016, p.93)

Asimismo, Elizabeth Salmón (2016) menciona que “el incumplimiento de estas normas amerita la sanción correspondiente, pero no hace que pierdan el estatuto de combatiente” (p. 93). El Estatuto de los combatientes es un estatuto internacional que otorga inmunidad frente a la aplicación del derecho penal interno (por ejemplo, asesinato, agresión y destrucción de bienes), a menos que esos actos hayan sido en violación de las leyes de los conflictos armados (Crawford, 2010).

⁴⁷ Artículo 5 del III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra de 1949

Hay casos particulares que sin ser combatientes tienen derecho al Estatuto de prisioneros de guerra, tal es el caso del personal sanitario, religioso⁴⁸ y de las personas que acompañan a las fuerzas armadas que, sin ser combatientes sino civiles, gozan del estatuto de prisioneros de guerra (por ejemplo, los corresponsales de guerra, proveedores, miembros de unidades de trabajo, entre otros).⁴⁹

2.2 Las protecciones de los prisioneros de guerra

El privilegio de combatiente se ve evidenciado en el estatuto jurídico de los prisioneros de guerra. Este estatuto jurídico contiene obligaciones negativas (obligación de respetar a la persona y dignidad del prisionero), así como, positivas (asistencia médica) (Salmón, 2006, p. 99). Es así que, mediante el estatuto de prisioneros de guerra, reconoce su participación en las hostilidades como representantes de una de las partes en conflicto y no están actuando de forma individual; y, esto los hace tener legitimidad para no enfrentar acciones penales, excepto si configuran un crimen de guerra o vulneran las normas del DIH. En caso de enfrentar sanciones penales o disciplinarias, se garantizará un tribunal con las garantías esenciales de independencia y de imparcialidad.

La inmunidad mencionada es un privilegio que sólo ostentan los combatientes que tienen la Potencia Detenedora (está se encuentra reconocida en el III CG, en el PA I y la jurisprudencia internacional),⁵⁰ un ejemplo del reconocimiento de la inmunidad está en el artículo 44 del PA I donde, a pesar que un combatiente armado no pueda distinguirse de la población civil, dicho

⁴⁸ Artículo 28 del I Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, artículos 4.c. y 33 del Tercer Convenio Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra de 1949

⁴⁹ Artículo 4.a.a del Tercer Convenio Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra de 1949

⁵⁰ La inmunidad de combatiente ha sido reconocida en el Comentario al Protocolo Adicional I, en los juicios de Núremberg (Estados Unidos v Lista, 11 juicios de criminales de guerra ante los tribunales militares de Núremberg bajo control Ley del Consejo N°10), y puede inferirse de las disposiciones de los propios Convenios de Ginebra en los artículos 82,87-89 del Tercer Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra de 1949.

combatiente conserva su estatuto siempre que cumpla una serie de requisitos.⁵¹ Los prisioneros de guerra tienen un derecho a beneficiarse del estatuto desde el momento en que se encuentran en poder de la parte adversa hasta su liberación y repatriación.

Por otra parte, hay otros casos donde –a pesar que los individuos que participan directamente en las hostilidades– no tienen derecho al estatuto de combatiente ni de prisionero de guerra. Estos son los espías y los mercenarios del III CG. Los espías son aquellos miembros “de las fuerzas armadas de una parte en conflicto que cae en poder de una parte adversa mientras realiza actividades clandestinas o de espionaje” (Protocolo Adicional I [PA I] artículo 46.2) (por ejemplo, aquellos que recojan o intenten recoger información de interés militar dentro del territorio adverso mediante pretextos falsos o proceda de modo deliberadamente clandestino). En cambio, los mercenarios son:

[...] las personas reclutadas a fin de combatir en un conflicto armado con la finalidad de obtener un provecho personal, no son nacionales de una parte en conflicto ni residentes en un territorio controlado por una parte en conflicto, tampoco se trata de un enviado en misión oficial como miembro de sus fuerzas armadas por un Estado que no es parte en conflicto. (PA I, artículo 47)⁵²

En caso los espías y mercenarios sean capturados en el marco de las hostilidades, no tendrán el derecho al estatuto de prisionero de guerra, ni disfrute de un trato más favorable de conformidad con lo dispuesto en el IV Convenio; no obstante, ostentan en todo momento la protección del artículo 75 del PA I. Una vez establecido quienes son considerados como

⁵¹ Artículo 44 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales de 1977.

⁵² Ver, también las definiciones de mercenarios en el artículo 3 de la Convención de la Organización de la Unidad Africana sobre la eliminación del mercenarismo en África y el artículo 1 de la Convención Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios de Naciones Unidas.

prisioneros de guerra, es importante mencionar que estos tienen garantías fundamentales como el derecho al trato humano.

Este derecho comprende una serie de protecciones, las cuales se encuentran comprendidas a lo largo de los Convenios de Ginebra, sus protocolos adicionales y demás normas humanitarias. Se evidencia en la protección de la persona contenido en el artículo 11 del PA I, que señala que no se pondrá en riesgo el derecho a la salud ni la integridad físicas y mentales de la persona; asimismo, prohíbe las mutilaciones físicas, los experimentos médicos o científicos, las extracciones de tejidos u órganos para trasplantes, mutilaciones físicas⁵³, el CG III, cuyo artículo 13 establece que los prisioneros de guerra deben ser tratados humanamente y deben ser protegidos contra los actos de violencia e intimidación, contra insultos y curiosidad pública; además, su artículo 17 también establece que no se podrá infligir tortura física y/o moral, entre otros.

El trato humano también comprende el respeto a los prisioneros, que incluye el respeto a su persona, honor⁵⁴ y protección contra la curiosidad pública.⁵⁵ También se prohíbe el trabajo degradante o humillante o el trabajo directamente relacionado con las operaciones de guerra⁵⁶, la falta de locales separados para mujeres y hombres⁵⁷, los insultos contra la persona, la bandera, el país, la religión del prisionero, o las creencias⁵⁸, y obligar a los prisioneros a usar el uniforme de su enemigo.⁵⁹ Adicionalmente, se prohíben las medidas de represalia contra los prisioneros de guerra.⁶⁰

⁵³ Ver también: Artículo 13.1 del Tercer Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra de 1949

⁵⁴ Artículo 14.1 del Tercer Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra de 1949

⁵⁵ Artículo 13.2 del Tercer Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra de 1949

⁵⁶ Artículo 50 y 52 del Tercer Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra de 1949

⁵⁷ Artículo 25.4 del Tercer Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra de 1949

⁵⁸ Artículo 13.2 del Tercer Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra de 1949

⁵⁹ Artículo 18 del Tercer Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra de 1949

⁶⁰ Artículo 13.3 del Tercer Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra de 1949

Además, se prohíbe a los prisioneros de guerra renunciar a los derechos que les confieren los Convenios de Ginebra y el PA I.⁶¹ La intención detrás de esta disposición es proteger a los prisioneros de guerra de los efectos adversos de cualquier acuerdo celebrado entre su Estado/Potencia de origen y la Potencia Detenedora. Se debe respetar la igualdad de trato de los prisioneros de guerra, sin distinciones adversas, basadas en raza, color, idioma, creencias, opinión, política o de otro tipo, origen nacional o social, riqueza, nacimiento o cualquier otra condición o criterio.⁶²

De otra parte, tienen protecciones específicas durante el cautiverio (comida, vestimenta, higiene, acceso atención médica, condiciones de trabajo, entre otras), relaciones con el exterior (estarán autorizados a expedir y a recibir cartas y tarjetas postales), relaciones con las autoridades (tendrán derecho a presentar a las autoridades militares en cuyo poder estén solicitudes y quejas respecto al régimen de cautiverio), protecciones respecto a las acciones penales y disciplinarias incluyendo garantías judiciales; y, durante el fin del cautiverio (durante y después de haber finalizado las hostilidades activas).

En base al marco presentado de los prisioneros de guerra, es importante finalizar esta sección resaltando, por un lado, que la categoría de los prisioneros de guerra no es una sanción ni un castigo, sino más bien una secuencia de la protección que se le otorga a las personas dentro de esta categoría; de otro lado, se puede afirmar -en base a clasificaciones presentadas- que todos los combatientes tienen el estatuto de prisioneros de guerra, pero no todos los prisioneros de guerra son combatientes. Y finalmente, como veremos a lo largo de la investigación, el trato humano será desarrollado al momento de reinterpretar el artículo 30 del III GC.

⁶¹ Artículo 7 del Tercer Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra de 1949

⁶² Artículo 16 del Tercer Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra de 1949, y el artículo 75 del Protocolo Adicional I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales de 1977.

2.2.1 La protección de las personas privadas de libertad en los conflictos armados internacionales

En el presente acápite, se desarrollarán las dos primeras formas de privación de la libertad, con el objetivo de establecer el contenido normativo y los estándares aplicables para estos casos particulares; y, más adelante hacer una comparación y debida diferenciación de los estándares a emplear en el caso de las personas en situación de vulnerabilidad privadas de libertad, específicamente, las personas con discapacidad.

Los cuatros Convenios de Ginebra— ratificados universalmente, pero aplicables en su mayor parte en los CAI—contienen disposiciones que regulan la detención de prisioneros de guerra y de civiles en casi todos sus aspectos: condiciones materiales de detención, motivos para la detención y normas procesales conexas, transferencia de detenidos entre autoridades,⁶³ necesidades específicas de grupos vulnerables, etc. Sumado a ello, se encuentra el Protocolo Adicional I sobre la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (PA I) y el derecho consuetudinario del derecho internacional humanitario, que proveen normas sólidas y exhaustivas aplicables en los CAI.

Dentro de ese marco normativo, el Tercer Convenio de Ginebra (CG III) autoriza a los Estados a internar a personas basándose en el hecho de que reúnen los criterios para aplicarles el Estatuto de prisioneros de guerra⁶⁴. El artículo 21 del CG III dispone:

⁶³ Ver: artículos del 13- 77 del III Convenio de Ginebra de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; los artículos 81 – 100 y 107-131 del IV Convenio de Ginebra de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.

⁶⁴ Los criterios para el estatuto de prisionero de guerra son ser miembros de las fuerzas armadas del Estado adversario- incluidos algunos grupos armados irregulares que se oponen a ese Estado- o que forman parte de una categoría específica de personas civiles autorizadas a acompañar a las fuerzas armadas, como los tripulantes aeronaves militares, los correspondientes de guerra y los proveedores. Véase el CG III, artículo 4.A. Y, el artículo 44 del Protocolo Adicional I.

La Potencia detenedora podrá internar a los prisioneros de guerra. Podrá obligarlos a no alejarse más allá de cierta distancia del campamento donde estén internados o, si el campamento está cercado, a no salir de su recinto (...).

En cuanto a la duración del internamiento, en el CG III se dispone que: “los prisioneros de guerra serán liberados y repatriados, sin demora, tras haber finalizado las hostilidades activas (...).”⁶⁵ Al respecto, la CICR (octubre de 2011) ha mencionado lo siguiente:

En general, no es polémico que el Estado que aplica la detención no esté obligado a revisar, judicialmente o por otros medios, la legalidad del internamiento de prisioneros de guerra mientras continúe las hostilidades activas, debido a que la condición de combatiente enemigo denota que una persona es *ipso facto* una amenaza para la seguridad. (p. 17)

Como se ha mencionado, la privación de libertad de los prisioneros de guerra termina una vez finalizadas las hostilidades, a menos que sean objeto de un procedimiento penal o estén cumpliendo una condena penal. No obstante, el CG III no brinda mayor orientación acerca de los requisitos procesales del individuo en particular; sino, se centra en cómo un Estado debe tratar a los individuos que detiene como prisioneros de guerra.

En el Cuarto Convenio de Ginebra (CG IV), relativo a la Protección de las Personas Civiles en tiempos de guerra y el PA I, establecen normas para la detención en los conflictos armados internacionales para las partes. Varios artículos del CG IV establecen los estándares para la detención y liberación de manera administrativa e individual; requisitos para la revisión y apelación de la decisión de detención inicial; además, de una consideración periódica obligatoria

⁶⁵ Ver, artículo 118 del III Convenio de Ginebra de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra.

de la decisión del Estado y un mandato periódico de reconsideración de la decisión del Estado a retener (Deeks, 2009, p. 406).

Asimismo, en el CG IV se dispone que las partes en conflicto pueden tomar las medidas de control o de seguridad que sean necesarias como consecuencia del conflicto armado⁶⁶, el cual tiene una repercusión en las personas protegidas⁶⁷, esta categoría engloba a los civiles en manos de un Estado durante un conflicto armado internacional u ocupación, ya sea en el territorio de una parte en conflicto o en territorio ocupado.

El CG IV establece un alto estándar para detener a un civil - detención de personas civiles que son un riesgo para la seguridad de conformidad con los CG III y IV (ECHR, 14 de septiembre de 2014) - un civil puede ser internado o colocado en residencia asignada "sólo si la seguridad de la Potencia detenedora lo hace absolutamente necesario."⁶⁸ En el comentario del artículo 42, Pictet explica que los Estados Partes pueden detener a un civil si es que constituye una amenaza para la seguridad:

No parece posible definir la expresión "seguridad del Estado" de manera más concreta. Por lo tanto, corresponde en gran medida al Gobierno decidir la medida de actividad perjudicial para la seguridad interna o externa del Estado que justifique el internamiento o la asignación de la residencia. Las actividades subversivas llevadas a cabo dentro del territorio de una Parte en conflicto o las acciones de asistencia directa a una Potencia enemiga amenazan la seguridad del país; un beligerante puede internar a personas o

⁶⁶ Artículo 27 del IV Convenio de Ginebra de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, y el artículo 73 del Protocolo Adicional I de 1977 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales

⁶⁷ Sobre el grupo de personas protegidas, ver el artículo 4 del IV Convenio de Ginebra de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.

⁶⁸ Artículo 42 del IV Convenio de Ginebra de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.

ponerlas en residencia asignada si tiene motivos graves y legítimos para pensar que son miembros de organizaciones cuyo objeto es causar disturbios, o que pueden perjudicar gravemente su seguridad por otros medios, como el sabotaje o el espionaje [...]. (Pictet, 1958, p. 257)

Respecto a este término, consideremos que la seguridad del Estado no es una potestad absoluta; y, como apreciamos en el comentario precitado, no tiene un alcance definido a las personas con discapacidad psicosocial o mental, sino a aquellas que sean parte de alguna organización o que su acción cause un efecto perjudicial al Estado Parte en conflicto o a una Potencia enemiga.

Ahora bien, el estándar es ligeramente diferente para aquellas potencias que se encuentren en territorio ocupado. En dicho caso, "si la Potencia ocupante considera necesario, por razones imperativas de seguridad, tomar medidas de seguridad en relación con las personas protegidas, podrá, como máximo, someterlas a residencia asignada o a internamiento"⁶⁹, conforme al CG IV. El comentario que hace Pictet al artículo 78 explica que este artículo establece un estándar más alto que el artículo 43; puesto que, para que un Estado detenga a una persona "en los territorios ocupados, el internamiento de las personas protegidas debería ser aún más excepcional que en el territorio de las Partes en conflicto, ya que [en este caso] no se plantea la cuestión de la nacionalidad" (Pictet, 1958, pp. 367-368).

Según Deeks (2009) estas normas incluyen el requisito no declarado de que una persona debe ser detenida en función de las particularidades de su situación. Por ejemplo, un Estado no puede detener a una persona por un acto cuya responsabilidad sea de otro; o, utilizar a una persona como una transacción para obtener la liberación de un detenido en poder del Estado contrario. Sin

⁶⁹ Véase, artículo 78 del IV Convenio de Ginebra de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.

embargo, el Comentario al artículo 42 contempla que una persona puede ser detenida por ser miembro de un grupo particular, independientemente de que cometa actos hostiles específicos que amenacen la seguridad del Estado (p. 407).

Los artículos 42 y 78 del CG IV representan el esfuerzo de los redactores por lograr el equilibrio adecuado entre la necesidad que tiene un Estado de internar a personas que representan una amenaza para la seguridad del Estado y la gravedad de privar a una persona de libertad sin un juicio previo. Este es, por supuesto, el equilibrio fundamental y la tensión constante con la que deben lidiar los Estados que llevan a cabo la detención administrativa (Deeks, 2009).

El PA I complementa el régimen de privación de libertad del CG IV, incluyendo a las personas que no entran en las categorías definidas en CG III y IV,⁷⁰ y añade como un elemento adicional la notificación de las razones de su detención en el artículo 75. 3: "[...]toda persona arrestada, detenida o internada por actos relacionados con el conflicto armado será informada sin demora, en un idioma que comprenda, de las razones por las que se han adoptado esas medidas".

Conforme a lo anterior, la razón principal para notificar a un individuo las razones de su detención es permitirle impugnar mejor su detención, si cree que el Estado lo ha detenido de forma indebida o arbitraria. Las razones que la Potencia Detenedora proporciona al detenido pueden ser relativamente generales, debido a que -en ciertos casos- las cuestiones de clasificación o las fuentes de inteligencia pueden impedir que un Estado proporcione información específica sobre la situación (Deeks, 2009, p. 412).

⁷⁰ Véase, los artículos del 72 al 79 del Protocolo Adicional I de 1977 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales

En todos los casos de detención y su posterior, internamiento, los Convenios de Ginebra⁷¹, el PA I⁷² y las normas consuetudinarias del DIH (Henckaerts y Doswald-Beck, 2005), prohíben cualquier forma de trato o pena cruel, inhumana o degradante; además, en estos instrumentos se incluyen protecciones específicas para mujeres y niños en situaciones de internamiento.⁷³

Con relación al procedimiento para el internamiento, el DIH aplicable en los CAI, solo contiene protecciones limitadas. Respecto de esta cuestión no existe contenido normativo específico sobre cómo se toma la decisión de internar a una persona detenida, por lo que nos encontramos en un problema de vacío en la norma del DIH.

Por lo expuesto, en líneas generales, a la luz de la amplia regulación de la privación de libertad en los Convenios de Ginebra; así como, de las normas adicionales que figuran en el PA I y en el derecho internacional humanitario consuetudinario; al respecto, Rodenhäuser (2016) señala que “el derecho internacional humanitario ofrece un marco sólido de protección para las personas privadas de su libertad en los escenarios de detención y su posterior internamiento” (p. 948).

La tercera forma de privación de la libertad es el aislamiento solitario, el cual fue analizado en el capítulo I al margen del DIDH, en cuanto al DIH, esta forma de privación de la libertad se encuentra regulada únicamente en el artículo 30 del III CG, el cual contiene disposiciones para personas en situación de vulnerabilidad. En la siguiente subsección desarrollaremos el análisis la interpretación del artículo 30 en el margen de su tiempo; así como, los criterios interpretativos que

⁷¹ Ver, en particular, los artículos 13 (trato humano a los prisioneros de guerra)¹⁴ del CGIII (respeto a la persona de los prisioneros) y los artículos 27 (trato), artículo 28 (zonas peligrosas), 31 (prohibición de la coacción), 32 (prohibición de castigos corporales, de tortura, etc.), 33 (responsabilidad individual, castigos colectivos, pillaje, represalias), y el artículo 34 (rehenes) del IV Convenio de Ginebra de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.

⁷² Ver, el artículo 75.2 (garantías fundamentales) del Protocolo Adicional I de 1977 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales.

⁷³ Respecto a las mujeres, ver los artículos 89.5, 97.4 y 132.2 del IV Convenio de Ginebra de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. Respecto a los niños, ver los artículos, 81.3,82.2,89.5,94.2 y 94.3.

podrían ser aplicados al mismo y cuáles serán empleados para su actualización y reinterpretación para lograr una efectiva protección de las personas con discapacidad que se encuentran privadas de libertad en un contexto de conflicto armado.

2.3 La privación de libertad contenida en el artículo 30 del Tercer de Convenio de Ginebra de 1949

Para poder plantear los métodos de interpretación que nos servirán para reinterpretar y actualizar el contenido del artículo 30 del III del Convenio de Ginebra de 1949, es menester comenzar con una interpretación del artículo 30 a luz del contexto de adopción; es decir, en el entorno de 1949 y su aplicación en dicho tiempo.

Teniendo lo anterior en consideración, resulta importante considerar los métodos generales de interpretación del Derecho Internacional, los criterios de interpretación relativos al Derecho Internacional Humanitario (DIH), pues el artículo 30 es una norma que se encuentra dentro de un instrumento del Derecho Internacional Humanitario; y, por último, los criterios de interpretación relativos al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ya que se utilizarán los estándares de la CDPD al momento de actualizar la norma en cuestión; no obstante, no todos ellos serán pertinentes al momento de actualizar el artículo 30 del III CG.

2.3.1 Una interpretación en su propio tiempo: el artículo 30 entendido a la luz del contexto de su adopción

El empleo del aislamiento solitario —tercera forma privativa— en personas privadas de libertad en situación de vulnerabilidad, en particular las personas con discapacidad en el derecho internacional humanitario se limitan al primer párrafo del artículo 30 del Tercer Convenio de Ginebra de 1949, en donde se menciona:

Artículo 30- asistencia médica. -

En cada campamento habrá una enfermería adecuada, donde los prisioneros de guerra reciban la asistencia que requieran, así como el régimen alimenticio apropiado. En caso sea necesario se reservarán los locales de aislamientos para quienes padezcan enfermedades contagiosas o mentales. (...) (el subrayado y cursiva es nuestro).

De esta forma, de una interpretación literal de la última parte es posible afirmar que hay un conflicto entre esta norma y el nuevo *corpus juris* de los derechos de las personas con discapacidad enmarcado en la CDPD. Sin embargo, si tenemos en cuenta que, dicha interpretación debe entenderse en el sentido que el texto de la norma debe ser interpretado de forma tal que sus términos adquieran sentido y un significado específico, en el caso del artículo 30 implica una nueva interpretación a la luz del contexto de su adopción —en 1949—, en base a tres criterios: el literal, el sistemático y el teleológico.

En primer lugar, realizar una interpretación literal del artículo 30 permite que el texto de la norma deba ser interpretado de forma tal que sus términos adquieran sentido y un significado específico. Ello, en el caso del artículo 30, implica entender que los Estados acordaron adoptar medidas con el objetivo de dar plena efectividad a los prisioneros de guerra con enfermedades mentales o personas con discapacidad reconocidos en el Tercer Convenio de Ginebra de 1949.

En segundo lugar, mediante un criterio sistemático o interpretación sistemática, “las normas deben ser interpretadas como parte de un todo, cuyo significado y alcance deben fijarse en función del sistema jurídico al que pertenecen” (Corte IDH, 16 de noviembre de 2009, párr. 43); lo cual, implicaría una interpretación a la luz de los nuevos estándares de la CDPD y los valores protegidos por las normas humanitarias. En el marco de una interpretación sistemática del CG III relativo al trato debido a los prisioneros de guerra de 1949, se deben tener en cuenta todas las

disposiciones que la integran y los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados (artículo 31 de la Convención de Viena de 1969) y los medios complementarios de interpretación (artículo 32 de la Convención de Viena de 1969), en especial los trabajos preparatorios del tratado⁷⁴. Y, en tercer lugar, una interpretación teleológica del artículo 30 permite analizar el objeto y fin del Tratado aunando el propósito de la norma.

Considerando la importancia de la interpretación sistemática, a continuación lo desarrollaremos empezando por destacar que el artículo 30 del CG III tiene como base el Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra de 1929⁷⁵ que, en su respectivo artículo 14 relativo a la higiene, menciona el uso de locales de aislamiento para aquellos prisioneros de guerra que tuvieran alguna enfermedad contagiosa o infectocontagiosa⁷⁶ y no incluía a las “enfermedades mentales y personas con discapacidad”. Es importante mencionar que tampoco se incluyó a las personas con discapacidad en el Reporte de Trabajo de la CICR en la Conferencia de Expertos para el estudio de la Convención para la protección de las víctimas de la guerra de 1947 (CICR, 14 al 26 de abril de 1947)⁷⁷; no obstante, sí se recomendó que el

⁷⁴ Los trabajos preparatorios pueden ser utilizados para confirmar el sentido resultante de la interpretación realizada de conformidad con los métodos señalados en el artículo 31— por cuanto permiten verificar si la interpretación realizada respecto de una norma o término en concreto es coherente con el sentido de las demás disposiciones. Cfr. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador). Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A No. 22, párr. 45.

⁷⁵ Tercer Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra. Ginebra. Entrada en vigor 27 de julio de 1929.

⁷⁶ Tercer Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra. Ginebra. Entrada en vigor 27 de julio de 1929.

PART III: Captivity, Section II: Prisoners of War Camps, Chapter 3: Hygiene in Camps - Art. 14. Cada campamento deberá poseer una enfermería, donde los prisioneros de Guerra recibirán atención sobre cualquier tipo de necesidad. Si es necesario, los establecimientos de aislamiento se reservarán para pacientes que padecen enfermedades infecciosas y contagiosas. Los gastos de tratamiento, incluidos los de dispositivos de reparación temporal, correrán a cargo de la Potencia detenedora.

⁷⁷ Véase: el artículo 14 del Reporte de Trabajo en la Conferencia de Expertos para el estudio de la Convención para la protección de las víctimas de la guerra del CICR. (14 al 26 de abril de 1947): Cada campamento deberá poseer una enfermería, donde los prisioneros de Guerra recibirán atención sobre cualquier tipo de necesidad. Si es necesario, los establecimientos de aislamiento se reservarán para pacientes que padecen enfermedades infecciosas y contagiosas.

confinamiento hacia los prisioneros de guerra como una medida de seguridad no era justificable, debido a que la medida puede llevar a abusos.

Posteriormente, en la Conferencia Diplomática de Ginebra de 1949 es donde se incluye a las “enfermedades mentales”⁷⁸ y en el CG III incluye a los “discapacitados” junto a las personas con discapacidad visual (personas ciegas) con la finalidad de ayudarlos en su rehabilitación para que luego puedan ser reinsertados en sus sociedades.

Es importante resaltar que la finalidad histórica de este artículo ha sido adoptar medidas pertinentes para la rehabilitación de los prisioneros de guerra con discapacidad, dicha noción tendría que comprenderse a partir del artículo 26 (habilitación y rehabilitación) de la CDPD y no del artículo 30 del CG III.

En ese sentido, resulta importante dar una lectura a la totalidad del contenido normativo del artículo 30, el cual dispone:

En cada campamento habrá una enfermería adecuada, donde los prisioneros de guerra reciban la asistencia que requieran, así como el régimen apropiado. En caso necesario, se reservarán locales de aislamiento para quienes padezcan enfermedades contagiosas o mentales.

Los prisioneros de guerra gravemente enfermos o cuyo estado necesite tratamiento especial, intervención quirúrgica u hospitalización habrán de ser admitidos en una unidad civil o militar calificada para atenderlos, aunque su repatriación esté prevista para breve plazo. Se darán facilidades especiales para la asistencia a los inválidos, en particular a los ciegos y para su reeducación en espera de la repatriación. Los prisioneros de guerra serán

Los gastos de tratamiento, incluidos los de dispositivos de reparación temporal, correrán a cargo de la Potencia detenedora.

⁷⁸ Ver: Conferencia Diplomática de Ginebra de 1949. Vol. I. Sección A. Departamento Político Federal de Berna.

asistidos preferentemente por personal médico de la Potencia a la que pertenezcan y, si es posible, de su misma nacionalidad.

No se podrá impedir que los prisioneros de guerra se presenten a las autoridades médicas para ser examinados. Las autoridades detenedoras entregarán a todo prisionero asistido, si la solicita, una declaración oficial en la que se consigne la índole de sus heridas o de su enfermedad, la duración del tratamiento y la asistencia prestada. Se remitirá copia de dicha declaración oficial y la asistencia prestada. Se remitirá copia de dicha declaración a la Agencia Central de Prisioneros de Guerra.

Los gastos de asistencia, incluidos los de aparatos necesarios para el mantenimiento de los prisioneros de guerra en buen estado de salud, especialmente prótesis dentales u otras, y los anteojos, correrán por cuenta de la Potencia detenedora. (El subrayado es nuestro)

Del texto normativo se desprende el propósito de la norma involucrada; para lo cual, es pertinente el empleo del criterio de interpretación teleológica, puesto que, como hemos mencionado, permite analizar el objeto y fin del tratado mismo; y, en consecuencia, de su artículo 30. En tal sentido, la finalidad era brindar protección a los prisioneros de guerra hasta su liberación y su repatriación definitiva, conforme al CG III y al artículo 3 común de los CG.

Es así que mediante una interpretación literal, sistemática y teleológica del artículo 30 del CG III podemos reinterpretar el significado de dicha norma, la cual - desde su entrada en vigor - ha sostenido una interpretación que permite el empleo del régimen de reclusión del aislamiento solitario en prisioneros de guerra con enfermedades mentales; es decir, personas con discapacidad mental; esta disposición normativa tiene dos características:

1. Estaba basada en un modelo médico con una primera finalidad de rehabilitación.

2. Tenía como segunda finalidad el empleo del aislamiento como una medida de protección o seguridad hacia terceros y no hacia ellos mismos. La medida de seguridad, en este caso actuaría de un lado, como una finalidad de neutralizar aquellos prisioneros de guerra con una deficiencia mental “peligrosa” (aplica el criterio de peligrosidad desarrollado en el primer capítulo) para asegurar la integridad física y mental de terceros. De otro lado, aquellos que estén gravemente enfermos, la finalidad de la medida sería curarlos.

En la doctrina, dicha interpretación se encuentra cristalizada en los comentarios del III Convenio de Ginebra de 1949 (Pictet, 1960), donde el autor señala que se permite que aquellas enfermedades que sean muy serias sean tratadas en hospitales o establecimientos apropiados; y, en caso de ser necesario se proporcionarán las “facilidades especiales” necesarias, mientras el prisionero de guerra esté bajo la tutela de la Alta Parte Detenedora (Pictet, 1960, 210). Asimismo, enfatiza que la situación de los prisioneros de guerra con discapacidad visual es particularmente trágica, pero que es posible reeducarlos durante su cautiverio (Pictet, 1960).

2.4 Un nuevo entendimiento: los comentarios de la CICR al Tercer Convenio de Ginebra de 1949 del 2020

La interpretación anteriormente expuesta, no ha variado del todo hasta ahora. Es así que, en los nuevos Comentarios sobre el Tercer Convenio de Ginebra de 1949 de la CICR, reconoce que la imposición del aislamiento a los prisioneros de guerra con “afecciones de salud mental” es particularmente problemática, ya que puede violar la prohibición de distinción adversa basada en una afección de salud mental o una discapacidad psicosocial (CICR, 2020, párr. 2241). Asimismo, se hace hincapié en que la imposición de cualquier forma de aislamiento, ya sea en régimen de aislamiento u otra forma de reclusión cerrada, a personas con problemas de salud mental estaría

prohibida en virtud del III CG si equivaliera a una distinción adversa o a la tortura u otros malos tratos (CICR, 2020, párr. 2242). Teniendo en cuenta lo anterior, el aislamiento de esas personas puede violar especialmente la prohibición de la distinción adversa cuando se presume la peligrosidad de una persona sobre la base de una condición de “salud mental / un impedimento”.

De igual manera, se menciona que algunos Estados se reservan la posibilidad de imponer un confinamiento cerrado a los prisioneros de guerra, incluidas a las personas “con problemas de salud mental, cuando se considere inevitable a la luz del peligro que esas personas representan para ellos mismos (incluido el suicidio) o para otros” (CICR, 2020, párr. 2244). En este punto, es importante señalar que incluso en los nuevos comentarios sigue siendo determinante el criterio de peligrosidad para el empleo del aislamiento solitario como una medida de protección o seguridad hacia terceros y no hacia ellos mismos.

También debe destacarse del comentario que, la posibilidad de aislar a las personas con problemas de salud mental "si es necesario" conforme al artículo 30, debe interpretarse en el contexto de otras obligaciones de la Potencia Detenedora. La implementación de estas otras obligaciones (fisioterapia, psicoterapia o asesoramiento psicosocial, suministro de dispositivos de asistencia y la repatriación) proporcionaría alternativas al aislamiento; y, por lo tanto, ayudaría a evitar que el aislamiento se considere necesario.

En esos escenarios, los prisioneros de guerra deben ser repatriados tan pronto como puedan viajar (CICR, 2020, párr. 2262), al respecto, la repatriación es otra alternativa al aislamiento que es visto como una de las obligaciones de la Potencia Detenedora para los prisioneros de guerra. Para terminar, los nuevos comentarios de la CICR (2020)⁷⁹, si bien reconocen que los prisioneros de guerra con discapacidades pueden tener necesidades de atención médica específicas y de

⁷⁹ Cabe resaltar que a lo largo de los nuevos comentarios de la CICR se utiliza el término de personas con discapacidad y no heridos ni enfermos

requerirlas, se deben tomar las medidas específicas para que puedan acceder a la misma (párr. 2256).

En tal sentido, podemos concluir que aún en estos nuevos comentarios sigue siendo vigente el empleo del aislamiento solitario, el cual es considerado como la última alternativa para la Potencia Detenedora, y el empleo de esta medida solo se da “si es necesario”, lo cual implica que ese confinamiento cerrado debe ser temporal. Así, una vez contenido el riesgo para la vida y la salud de los demás presos, se debe poner fin al aislamiento de los prisioneros de guerra afectados. (CICR, 2020, párr. 2239)

Por todo lo anterior, hasta el día de hoy, el artículo 30 sigue teniendo las dos finalidades de la adopción en 1949: primero, el criterio de peligrosidad como criterio por excelencia que se utiliza para emplear el aislamiento solitario en los prisioneros de guerra con discapacidad (como una medida de protección o seguridad hacia terceros y no hacia ellos mismos); segundo, hasta la actualidad resalta la importancia de la rehabilitación de los prisioneros de guerra con discapacidad reflejando aún los rezagos del modelo médico, en los comentarios se enfatiza lo siguiente: “[...]para que puedan alcanzar y mantener su óptimo funcionamiento físico y mental en interacción con su entorno[...].” (CICR, 2020, párr. 2260); sin embargo, en la actualidad no puede ser interpretada de esta manera, pues constituye como mínimo un trato o pena cruel, inhumano o degradante o un acto de tortura. En ambos supuestos, van en contra del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949.

Para poder reinterpretar y actualizar el contenido del artículo 30 del III del Convenio de Ginebra de 1949, el cual como hemos visto tiene una primera interpretación del mencionado artículo a luz del contexto de su adopción en 1949 tiene una práctica que vulnera los derechos de las personas con discapacidad mental, práctica que viene siendo empleada en el presente y que

necesita una actualización. Por tanto, en la siguiente sección nos enfocaremos en desarrollar e identificar qué métodos generales de interpretación del Derecho Internacional serán empleados para la reinterpretación y actualización del artículo en cuestión.

2.4.1 Los criterios generales de interpretación del Derecho Internacional aplicables al artículo 30 del III CG

2.4.1.1 Los criterios generales de interpretación del Derecho Internacional Público

Como se ha mencionado a principios del presente capítulo, debemos considerar que las normas de Derecho Internacional Humanitario son normas de Derecho Internacional Público, por lo tanto, su interpretación debe seguir los principios de interpretación principales y complementarios consagrados en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969; así como, las disposiciones establecidas para los tratados autenticados en varios idiomas y otras reglas no contempladas en dicho tratado.

Las principales reglas de carácter general se encuentran en el **artículo 31** de la Convención de Viena, el cual establece que:

1. Un tratado deberá interpretarse de **buena fe** conforme al **sentido corriente** que haya de atribuirse a los términos del tratado en el **contexto de estos** y teniendo en cuenta su **objeto y fin**.
2. Para los efectos de la interpretación de un tratado el **contexto** comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:
 - a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;

c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

(el resaltado es nuestro)

Al respecto, esta norma de interpretación ha sido aceptada en diversas jurisprudencias, tal como ha afirmado la Corte Interamericana de Derechos Humanos que establece en su jurisprudencia que:

La interpretación de esta norma ha de hacerse de buena fe, conforme al sentido corriente que ha de atribuirse a los términos empleados por el tratado en su contexto y teniendo en cuenta su objeto y fin (art. 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

(Corte IDH, 1986, párr. 13)

Y, en la Opinión Consultiva 1/82 de la Corte IDH (1982), ha afirmado que:

Para la interpretación del artículo 64 de la Convención, la Corte utilizará los métodos tradicionales del derecho internacional, tanto en lo que se refiere a las reglas generales de interpretación, como en lo que toca a los medios complementarios, en los términos en que

los mismos han sido recogidos por los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. (párr. 33)

De igual modo, en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia ha afirmado que: Según el Derecho Internacional consuetudinario, que ha encontrado su expresión en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, un tratado debe ser interpretado de buena fe conforme al sentido ordinario que haya de atribuir a sus términos en su contexto y a la luz de su objeto y fin. (Corte Internacional de Justicia [CIJ], 3 de febrero 1994, p. 2)

Es así que, Novak (2013) señala que dicho artículo establece “la regla general de interpretación que consta de varias sub-reglas establecidas en el mismo; es decir, consagra una jerarquía o prevalencia de una regla (la textual) sobre las otras al momento de efectuar la operación de interpretación” (p. 74). En ese sentido, que una primera regla de interpretación del artículo “dispone que las palabras o términos utilizados en un tratado deban ser interpretados conforme a su uso natural y corriente y, en el caso de que el tratado tenga sentido, no será necesario indagar más” (Novak, 2013, p. 75).

La importancia de esta primera regla de interpretación radica en que esta proporciona una coherencia terminológica jurídica que permite interpretar de forma unívoca un término utilizado en distintos tratados de diferentes ramas del derecho internacional; es por ello que, este criterio, permite dar un mismo contenido a un término jurídico en el Derecho Internacional. Asimismo, esta regla busca determinar que la interpretación sea conforme al objeto y propósito del tratado— el propósito que pretenden alcanzar los Estados partes cuando celebraron el acuerdo, es decir, la razón que tuvieron en mente cuando redactaron el texto (De La Guardia, 1997, p. 222).

Una segunda regla de interpretación consagrada en el artículo es la del contexto, al respecto Yassen (1976) señala que es en virtud del contexto que:

[...] las disposiciones de un tratado no deben ser interpretadas de forma aislada, sino más bien en armonía con su contexto inmediato y con las otras disposiciones del tratado, su preámbulo y anexos; así como, con otros acuerdos concertados entre las mismas partes que amplíen o modifiquen el tratado original o con las declaraciones interpretativas de carácter unilateral efectuadas por los países miembros que son aceptadas por el resto de países como instrumento conexo al tratado. (pp. 33-34)

Cabe señalar que el preámbulo no es una parte operativa del tratado y no impone obligaciones a las partes, a menos que las partes acuerden lo contrario, pero puede considerarse para interpretar las normas vinculantes del tratado en la medida que, generalmente, aclara la razón por la que el tratado ha sido concluido e indica tanto las intenciones de los redactores (Focarelli, 2019), como “el objeto y propósito o la fuente de inspiración” (CIJ, 18 de junio de 1966, párr. 50), del tratado en sí. Es pertinente mencionar que la función interpretativa del preámbulo a menudo se ha observado en la jurisprudencia internacional.⁸⁰

La tercera regla de interpretación contenida en la Convención de Viena establece que las “disposiciones de un tratado deben ser interpretadas de conformidad con la interpretación acordada por todas las partes de manera expresa (interpretación auténtica expresa) o con la aplicación práctica del tratado realizada en común por los Estados Partes (interpretación auténtica tácita)” (Novak, 2013, p.80).

Además, dispone que se tendrá en cuenta que:

⁸⁰ Por ejemplo, Organización Mundial del Comercio (12 de octubre de 1998). *Estados Unidos- prohibición de importación de ciertos camarones y productos de camarones*. WT/DS58/AB/R. 12 de octubre de 1998. párr. 129-130,153. CIJ. Asunto relativo al Laudo Arbitral del 31 de julio de 1989 (Guinea-Bissau/Senegal).

[...] “toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”; alude a toda costumbre bilateral, regional o universal, todo tratado bilateral o multilateral, a los principios generales del Derecho e incluso sentencias existentes sobre la materia, a los que las partes se encuentren obligados a la fecha de ser interpretado el acuerdo de dictarse sentencia. (Jiménez de Aréchaga, 1980, p. 62)

Con lo cual se busca que las partes de un tratado “no sean inconsistentes con las obligaciones asumidas por ellas” (Villiger, 2009, p. 433).

La última regla de interpretación del artículo dispone que, de acuerdo a Novak (2013) al momento de analizar las disposiciones de un tratado se debe escoger aquella interpretación que “brinde un sentido especial, efectos prácticos o utilidad a las mismas; por el contrario, se deben descartar aquellas interpretaciones que conviertan el acuerdo en inejecutable o inútil –por lo tanto– las disposiciones de un tratado deben cumplir una función práctica” (Novak, 2013, p. 82).

Además de las reglas principales de interpretación, el artículo 32 de la Convención de Viena de 1969, establece dos reglas de interpretación de carácter complementario, las mismas que son empleadas después de aplicar las reglas consagradas en el artículo 31. Estas son:

Artículo 32.-

Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

- a. Deje ambiguo u oscuro el sentido; o
- b. Conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

La primera regla complementaria que establece este artículo hace referencia a los trabajos preparatorios, se tiene en consideración la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en el Asunto de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua, donde acudió a los trabajos preparatorios para interpretar el artículo 57 de su Estatuto, en el cual se prevé el supuesto de que en caso una de las partes no comparezca mediante este uso de regla, la Corte aseguró que la parte que se negará a comparecer no se beneficiara de su incompetencia (CIJ, 23 de junio de 1986, párr. 31).

En la doctrina se ha hecho alusión a esta primera regla señalando que “para la interpretación de las disposiciones de un tratado, se debe indagar en la historia de la elaboración del texto; es decir, en el conjunto de instrumentos que constituyen sus antecedentes” (Briggs, 1971, p. 705). Estos antecedentes pueden ser, de acuerdo a Lauterpacht (1934), “actas, declaraciones, debates, correspondencia intercambiada, notas en las que constan o se hayan registrado los trabajos que dieron lugar al texto del acuerdo” (pp. 785-786). Sobre esto último, en particular, es pertinente precisar que, como trabajo preparatorio, solo es considerado todo lo concerniente a la fase anterior o concomitante a la firma del tratado o a la adopción de su texto. Teniendo en cuenta lo anterior, aquellos trabajos que tuvieran lugar luego de la firma o ratificación son trabajos ulteriores y no califican como trabajos preparatorios (Yasssen, 1976, p. 24).

La segunda regla hace referencia a las circunstancias de la celebración; al respecto, la Corte Permanente de Justicia Internacional (1927) en su Opinión Consultiva sobre la Jurisdicción de la Comisión Europea del Danubio, interpretó el artículo 6 en el Estatuto Definitivo de dicho río, a la luz de los hechos que se suscitaron antes de la guerra, así como los eventos históricos que originaron dicho estatuto (p. 28). También, la Corte Internacional de Justicia (20 de diciembre de 1988) ha aludido a tal regla, en el Asunto de las Acciones Armadas entre Nicaragua y Honduras,

donde acudió a las actas y algunos debates de la Comisión III de la Conferencia de Bogotá para indicar la concepción contemporánea de la relación entre el artículo XXXI (que indica que solo puede limitarse mediante reservas al propio Pacto) y el artículo 36 del Estatuto (párr. 36 y 37).

Respecto a esta segunda regla, Novak (2006) también señala que ésta es la regla de interpretación histórica, la cual

(...) consiste en indagar el conjunto de hechos que llevaron a las partes a celebrar un tratado, así como los factores políticos, sociales, económicos y culturales que rodearon el proceso de negociación o que determinaron su conclusión.

(...) Esta regla permite llegar a conocer la intención del legislador, es decir, por qué y para qué se elaboró la norma convencional. (p. 84).

De otro lado, en la Convención de Viena se establecen las reglas para los tratados autenticados en varios idiomas. El artículo 33 señala lo siguiente:

1. Cuando un tratado haya sido autenticado en dos o más idiomas, el texto hará igualmente fe en cada idioma, a menos que el tratado disponga o las partes convengan que en caso de discrepancia prevalecerá uno de los textos.
2. Una versión del tratado en idioma distinto de aquel en que haya sido autenticado el texto será considerada como texto auténtico únicamente si el tratado así lo dispone o las partes así lo convienen.
3. Se presumirá que los términos del tratado tienen en cada texto auténtico igual sentido.
4. Salvo en el caso en que prevalezca un texto determinado conforme a lo previsto en el primer párrafo cuando la comparación de los textos auténticos revele una diferencia de sentido que no pueda resolverse con la aplicación de los artículos 31 y 39, se adoptará el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y fin del tratado.

Un principio general que se desprende de la norma, señala Novak (2013), es la validez igualitaria que tiene un texto normativo de un tratado suscrito que se encuentre autenticado en diferentes idiomas, a menos que el propio tratado disponga lo contrario; de igual manera, en Villiger (2009) se hace mención a la presunción de que el tratado tiene igual sentido en todos los textos en sus diferentes idiomas; por lo tanto, no es necesario realizar una comparación de las versiones de los textos, puesto que todas gozan de la misma validez y autoridad.

De otra parte, nuevamente Novak (2013), nos hace notar que la Convención de Viena se aparta de algunas reglas de interpretación que habían sido consagradas por la doctrina, estas son: *in dubio mitius* y la regla contra *proferentem*⁸¹ la intertemporalidad⁸² y la contemporaneidad⁸³; no obstante, es posible acudir a estos principios a través del artículo 32 de forma complementaria con los principios y reglas establecidas previamente en el artículo 31 de la Convención de Viena.

Teniendo en cuenta lo anterior, se debe considerar que, a partir de las reglas o principios de interpretación de los tratados desarrollados, los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena fueron utilizados en la subsección anterior para comprender que el artículo 30 ha sostenido una interpretación que permite el empleo del régimen de reclusión del aislamiento solitario en prisioneros de guerra con enfermedades mentales; es decir, personas con discapacidad mental. Esta interpretación, como hemos mencionado, resulta cruel, inhumana y degradante; y, en consecuencia, debe ser reinterpretada conforme a los nuevos parámetros internacionales y

⁸¹ Señala Llanos (1979) “La regla contra *proferentem* es cuando un término de un tratado es ambiguo debe preferirse el significado menos oneroso para la parte que asume la obligación o que entrañe menos restricciones para los signatarios” (p. 204),

⁸² La intertemporalidad hace mención a que un tratado debe ser interpretado “a la luz del Derecho vigente en la época en que el mismo fue celebrado” (Novak, 2013, p. 86)

⁸³ “La contemporaneidad establece que los fallos deben ser interpretados conforme a los hechos o conocimientos que se tenían al momento de su elaboración” (Novak, 2013, p. 86)

principios que rigen a la comunidad internacional actual y el marco normativo internacional de las personas con discapacidad.

Por ello, consideramos que el uso o sentido común y ordinario de los términos o coherencia terminológica (criterio de interpretación general de normas del derecho internacional) es de utilidad para establecer los conceptos o términos en el Derecho Internacional que se desprenden de la disposición normativa de estudio (por ejemplo, el término de un trato cruel, inhumano o degradante). Ello, con la finalidad de poder reinterpretar la disposición normativa del artículo 30 del CG III de 1949; puesto que, como se ha mencionado en la anterior subsección, a partir del surgimiento del modelo social de discapacidad y de los estándares de la CDPD, dicha interpretación se encuentra desfasada. Esto no implica que el artículo 30 sea suprimido sino al contrario, como hemos precisado, la disposición seguirá siendo la misma, pero será necesario utilizar determinados criterios de interpretación para que la nueva interpretación sea conforme al nuevo *corpus juris* de las personas con discapacidad y los valores protegidos de la norma humanitaria.

2.4.1.2 La cláusula Martens como criterio de interpretación en el Derecho Internacional Humanitario

Además de los criterios de interpretación de los tratados contenidos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (que acentúa la idea de que los diversos elementos que la configuran forman un sistema de interpretación), el artículo 30 es por excelencia una norma de derecho humanitario; por lo tanto, resulta importante analizar la cláusula Martens como criterio de interpretación relativo al DIH.

La cláusula Martens aparece por primera vez en el año 1899 al ser parte del preámbulo del II Convenio de La Haya de 1899 relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre; y, que

más tarde —en 1907— sería nuevamente reproducida en el mismo Convenio. La adopción de esta cláusula se debe al delegado, Frederic de Martens, quien ante la posibilidad de que los Estados no llegasen a un acuerdo (Tocino, 2018, p. 178) y propuso lo siguiente:

Mientras que se forma un Código más completo de las leyes de la guerra, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las exigencias de la conciencia pública. (Convención II de la Haya, 31 de julio de 1899)

En un principio, la cláusula fue redactada para resolver la cuestión del estatuto de las personas civiles que portaban armas contra una fuerza ocupante⁸⁴ (Ticehurst, 1997); por lo que existe diversas interpretaciones: por un lado tenemos “la interpretación restrictiva, que se desprende del derecho consuetudinario internacional sigue siendo aplicable tras la aprobación de una norma convencional” (Greenwood, 1995, p. 78); de otro lado, una interpretación más amplia sostiene que, “habida cuenta de que son pocos los tratados internacionales relativos al derecho de los conflictos armados que son completos, en la cláusula se estipula que lo que no está explícitamente prohibido por un tratado no está permitido *ipso facto*” (Sandoz et al., 1987, p. 39).

Al respecto, el Comité de Derecho Internacional ha destacado la importancia de la interpretación más amplia; puesto que, ha estipulado lo siguiente:

[...] incluso en los casos no contemplados por acuerdos internacionales específicos, las personas civiles y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los

⁸⁴ En principio la cláusula fue redactada para resolver este problema; posteriormente, aparecieron distintas versiones en tratados posteriores, tales como: los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra (CG I: art. 63; CG II: art.62; CG III: art.142; CG IV: art.158); el art 1.2 del Protocolo Adicional I de 1977; el preámbulo del Protocolo Adicional II; y, en el Preámbulo del Convenio sobre armas.

principios del derecho internacional preconizados por los usos establecidos, los principios de humanidad y los dictados de la conciencia pública. (ONU, 1994, p. 317)

Por lo tanto, es posible afirmar que en “el DIH el que algo no esté prohibido no significa que esté permitido, esto es debido a que existen disposiciones generales que no sólo sustentan, sino que imponen límites a la actuación de los que se enfrentan” (Salmón, 2016, p. 160). En ese sentido, como señala Jean Pictet (1985), la cláusula contiene ciertas normas que “[...]funcionan, en cierto sentido, como la espina dorsal de un cuerpo viviente, pues proporcionan líneas directrices para casos imprevistos y constituyen un resumen completo del conjunto, que es fácil de entender e indispensable a los fines de la difusión” (p. 59).

Como hemos visto, desde la doctrina, la cláusula Martens no cuenta con una definición única; y, en consecuencia, hay diversas interpretaciones. Siguiendo con esta línea, podemos argumentar que la cláusula es la expresión del principio de humanidad o trato humano; por lo tanto, tiene por excelencia la protección de las personas (el trato humano, el respeto y protección a las personas fuera de combate, herido, enfermos, sin distinción alguna de índole desfavorable); a la vez, expresa el principio de necesidad militar mediante la prohibición de las armas que causen un sufrimiento innecesario.

La importancia de la Cláusula Martens se ve reflejada en los Convenios de Ginebra 1949⁸⁵, como sus Protocolos Adicionales⁸⁶ y en las Convenciones de la Haya de 1899 y 1907⁸⁷; así también, en la finalidad de la cláusula, la cual era “(...) cubrir jurídicamente aquellas situaciones

⁸⁵ Convenios de Ginebra de 1949 para la Protección de las Víctimas de la Guerra, artículos 63, 62,142 y 158, respectivamente.

⁸⁶Protocolo Adicional I de 1977 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales. Artículo 1.2; Protocolo Adicional II de 1977 relativo a la protección de las víctimas en conflictos armados no internacionales. Ver el preámbulo.

⁸⁷Convención II de la Haya de 1899 relativa a las Leyes y Usos de Guerra Terrestre y Reglamento. 31 de julio de 1899, preámbulo. Convención de la Haya de 1907, preámbulo.

que pudieron surgir en el curso de las hostilidades y no estuvieran contempladas por las normas convencionales” (Salmón, 2016, p. 34); además, el objeto que persigue es evitar el principio del Derecho Privado (por el cual todo lo que no está prohibido, está permitido) (Barberis, 1994, p. 271).

Ahora bien, la cláusula ha sido incluida en diversos casos jurisprudenciales a lo largo de los años, muchos de los cuales sirvieron para darle una validez significativa; tal como, para determinar el futuro de ciertos conflictos (Tocino, 2018, p.7). Así, en la conocida Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) del año 1996 sobre la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares, se hace mención al caso del Canal de Corfú indicando que “es indudable que el hecho de que un gran número de normas del derecho humanitario aplicable en caso de conflicto armado sean tan fundamentales para el respeto de la persona y constituyen principios elementales de humanidad” (CIJ, 1996, p. 79).

En este sentido, debemos resaltar la opinión disidente del juez Shahabuddeen (1996) a la opinión consultiva antes mencionada, en la que hace mención al Caso del Canal de Corfú, aduciendo que “las obligaciones de Albania se basaban (...) en (...) consideraciones elementales de la humanidad” (p. 177), de manera que los principios de la humanidad y los dictados de la conciencia pública pueden proveer un piso mínimo de tolerancia para la comunidad internacional respecto de los modos de hacer la guerra; y, de igual manera, estos principios pueden ser empleados como un justificativo respecto a la aceptación de los métodos y medios de guerra.

Sobre esto último, de acuerdo a Pérez (2012), el tribunal *ad hoc* para la Ex Yugoslavia estimó en el caso Martić que la prohibición de atacar a la población civil en cuanto tal y a las personas civiles y el principio general que limita los medios y métodos de hacer la guerra, emanan

de las consideraciones elementales de la humanidad; es decir, derivan de la Cláusula Martens (p. 116).

Por otra parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los casos *Las Palmeras vs. Colombia* y *Bámaca Velásquez vs. Guatemala* estableció que los Estados deben actuar en manera concordante con las obligaciones contraídas por el DIH; en ese sentido, en el caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala* se señaló que debido a:

[...] la equivalencia que existe entre el contenido del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 y el de las disposiciones de la Convención Americana y de otros instrumentos internacionales acerca de los derechos humanos inderogables (tales como el derecho a la vida y el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes), la Corte puede emplearlos como criterios interpretativos. (Corte IDH, 25 de noviembre de 2000, párr. 209)

En esa línea, Cançado Trindade en diversos votos razonados ha destacado la trascendencia y relevancia de la Cláusula Martens, en su voto concurrente en el caso *Barrios Altos vs. Perú*. En él señaló que, al considerar el hecho de encontrarse en diversos Convenios del Derecho Internacional Humanitario, es suficiente razón para que sea reconocida como fuente material del Derecho Internacional Humanitario; asimismo, la considera como una fuente del derecho internacional general, de manera que se la puede observar como expresión de la razón de la humanidad que impone límites a la razón de Estado (*raison d'État*) (Cançado Trindade, 14 de marzo de 2001, párr. 25).

A modo de cierre, desde la jurisprudencia y la doctrina, podemos señalar que existen diversas opiniones en cuanto a la Cláusula Martens como una fuente de obligaciones para los Estados; puesto que, de un lado tal como hemos visto en el voto razonado del juez Cançado

Trinidad en el caso Barrios Altos, la cláusula es una fuente material del Derecho Internacional; de otro lado, es un mecanismo de seguridad o un modo particular de formación de normas internacionales (Barberis, 1994, p. 272).

Siguiendo con esta línea, en lo que respecta a las fuentes del derecho internacional, la importancia de la cláusula está relacionada con la remisión a los dictados de la conciencia pública y el principio de humanidad, los cuales son factores moderadores lícitos (esto debido a que) no cabe duda que, en la práctica, han impedido que los Estados hayan empleado armas nucleares (Doswald-Beck, 1997, p. 49).

En tal sentido, los principios de la humanidad y los dictados de la conciencia pública que se enuncian de la Cláusula Martens son los mismos que tienen como función brindar una protección a las personas civiles y los combatientes en todo tiempo, en todo lugar y en toda circunstancia esto por un lado; y, de otro lado, como se ha enfatizado previamente, pueden ser empleados como principio general que limita los medios y métodos de hacer la guerra de acuerdo a las condiciones que sean necesarias o incluso prohibirlas si correspondiese. Cabe considerar que, la Cláusula Martens, establece los límites a los nuevos métodos que aún no han sido regulados de manera explícita y que generarían la obligación de los Estados de actuar conforme a ella (Tocino, 2018).

Teniendo en cuenta que los principios de la humanidad y los dictados de la conciencia pública “no pretenden reemplazar las normas convencionales, sino guiar su interpretación dándole el sentido más acorde con el objetivo del DIH, que no es otro que el de proteger a las víctimas de los conflictos armados para la presente investigación” (Salmón, 2016, p. 90), no se utilizará el presente criterio de interpretación puesto que no nos ayuda a interpretar de manera unívoca los conceptos comprendidos en el artículo 30 del III CG (como trato o pena cruel, inhumano o

degradante), los cuales son base para reinterpretar el mencionado artículo a luz de los nuevos estándares de la CDPD y de los derechos de las personas privadas de libertad en aislamiento solitario.

2.4.1.3 Los criterios de interpretación relativos al Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Para reinterpretar el artículo 30 del Tercer Convenio de Ginebra de manera contextual y sistemática, es indispensable utilizar los estándares de la CDPD. Por ello, recurrimos a explicar cuáles son los criterios de interpretación en el DIDH, y si éstos podrían ser útiles en la búsqueda de conceptos unívocos en el Derecho Internacional.

a. La interpretación pro persona

De acuerdo con Medina y Nash (2003), debemos considerar que “uno de los elementos para interpretar la norma internacional es la consideración del objeto y fin del tratado, y que éstos son la protección de los derechos humanos, puede concluirse que la interpretación debe ser siempre en favor del individuo” (p. 22). En tal sentido, el principio se define como:

[...]un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor de [la persona]. (Pinto, 2004, p. 163)

Esto significa que el principio *pro persona* aconseja interpretar la regla concerniente a un derecho humano del modo más favorable para la persona, es decir, para el destinatario de la

protección (Piza y Trejos, 1989, p. 23). Este principio tiene dos variantes: por un lado, actúa como una “directriz de preferencia” (escoger, en lo posible, dentro de las diferentes perspectivas interpretativas de una norma, la versión más protectora de la persona); de otro lado, es una “directriz de preferencia de normas”; esto quiere decir que, de acuerdo a cada caso en concreto y en consideración de sus particularidades, el juez tendrá que aplicar la norma más favorable a la persona, con independencia en su nivel jurídico (Sagués, 1998, pp. 6-8).

Para ejemplificar lo expuesto, el criterio *pro persona* o *pro persona* está asentado en el propio texto de los tratados de derechos humanos.⁸⁸ Una de las expresiones de este principio en el derecho internacional se encuentra en el artículo 29 inciso b), de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), que señala:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados.

Del mismo modo, también está reflejado en el artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él. 2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos

⁸⁸ Para una mayor profundización sobre el criterio, ver el artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 23 de la Convención para la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; artículo 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño o el artículo 29 b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado. (Robledo, 2006, p. 259)

Desde el punto de vista jurisprudencial, también es posible encontrar ejemplos de aplicación de este principio de diferentes tribunales internacionales. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha referido al principio *pro persona* en su jurisprudencia consultiva, ha expresado en el primer asunto del que conoció que: "[S]i a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana" (Corte IDH, 1985, párr. 52); de esa manera, la Corte ha explicitado este principio en su jurisprudencia contenciosa, estableciendo lo siguiente:

No se pueden invocar circunstancias excepcionales en el menoscabo de los derechos humanos. Ninguna disposición de la Convención Americana ha de interpretarse en el sentido de permitir, sea a los Estados Partes, sea a cualquier grupo o persona, suprimir el goce o ejercicio de los derechos consagrados, o limitarlos, en mayor medida que la prevista en ella (artículo 29 inciso a). Dicho precepto tiene raíces en la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (artículo 30). (Corte IDH, 16 de septiembre de 1997, párr. 44)

En este mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos nos ha afirmado que: "el objeto y fin de los tratados es preservar la dignidad humana, cualquier aplicación de sus normas debe orientarse a favor de éste en desmedro de cualquier medida que pretenda restringir o limitar sin justificación válida, sus derechos" (ECHR, 18 de diciembre de 1996, párr. 72).

Los ejemplos mencionados nos permiten reforzar, por una parte, el concepto de que no será relevante el nivel jerárquico donde se encuentre la norma en cuestión (nivel legal constitucional o

internacional), sino que prevalecerá la que otorgue mayor protección a los derechos de la persona o la que sea menos gravosa y restrictiva de estos derechos, de ser el caso.

Por otra parte, según Nogueira (2008), nos explicitan que, en caso de duda, “debe optarse por la interpretación que proteja, asegure, garantice los derechos humanos en su conjunto, en una estructura coherente a la luz de los valores que los informan” (Nogueira, 2008, p. 233). Esto quiere decir que, de acuerdo a cada caso, el intérprete o encargado de realizar la interpretación (sea de jurisdicción nacional o supranacional), tendrá que aplicar la norma más favorable que proteja de forma más óptima el derecho que se busca tutelar.

Como hemos visto, el principio *pro persona* es una pauta que establece un orden de preferencia normativo e interpretativo, que resulta apriorístico, puesto que se debe acudir a la norma o la interpretación más amplia cuando se trata de establecer de manera permanente el ejercicio de los derechos. En tal sentido, la podemos resumir como una regla general del derecho de los derechos humanos (subyacente a todo el derecho de los derechos humanos) mediante la cual, la vía de interpretación o adecuación normativa, se busca asegurar que en toda decisión se alcance el resultado que mejor proteja a la persona humana. En tanto es una prescripción de carácter normativo que “constituye un principio general del derecho internacional de los derechos humanos, fuente principal en el sentido del art. 38.1.b) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que son máximas generales, abstractas nacidas en foro doméstico” (De Clément, 2015, p. 103), resulta importante la aplicación del presente criterio al interpretar el artículo 30 del CG III.

Si bien no será de una aplicación particular para interpretar de manera unívoca los conceptos comprendidos en el artículo 30 en el derecho internacional (por ejemplo, la tortura). Se hará uso del principio *pro persona*, en el sentido que se aplicará la interpretación más favorable, extensiva, amplia, a la hora de proteger a los derechos humanos que se encuentran de manera

implícita al interpretar el artículo 30 del CG III a la luz de los derechos de las personas privadas de libertad en aislamiento solitario, los nuevos estándares de la CDPD y otros instrumentos del DIDH.

b. La interpretación dinámica

En la interpretación dinámica, Medina y Nash (2003) señalan que el carácter dinámico se confiere de la mención del objeto y fin del tratado como elemento de interpretación, éste se refleja en la amplitud del concepto “el contexto del tratado”, debido a que “los instrumentos formulados “con motivo de la interpretación del tratado” son necesariamente posteriores a éste; y, si se han adoptado por las mismas partes, pueden entenderse como una interpretación que éstas han dado al acuerdo primero”⁸⁹ (Medina y Nash, 2003, p. 22). En este sentido, “la interpretación más adecuada de una norma humanitaria será aquella realizada al momento en el que la interpretación se lleva a cabo” (Salmón, 2016, p. 157).

El fundamento de este principio se encuentra en que:

[...]los valores protegidos por las normas humanitarias como el trato humano, la protección del prisionero de guerra frente a los insultos y la curiosidad pública, las condiciones de trato igualitario entre hombre y mujer, la protección de las mujeres contra todo atentado al pudor, la protección de las personas protegidas contra actos de coacción, la asistencia con humanidad a todos los heridos, enfermos y náufragos, entre otros, son conceptos vivos, abiertos y dinámicos que pueden variar de contenido de acuerdo a los avances de la sociedad. De allí que la interpretación deba realizarse a la luz de los valores vigentes al momento de realizarse la interpretación siempre que se preserve el objeto y fin del tratado. (Salmón, 2016, pp. 157-158)

⁸⁹ Esta es una de las razones que se dan para asignarle valor de norma a la Declaración Universal de Derechos Humanos y de la Declaración Americana de Deberes del Hombre.

Este principio ha sido asentado en la jurisprudencia internacional. Es así como la Corte Internacional de Justicia reconoce este dinamismo al expresar en su Opinión Consultiva sobre las Consecuencias Legales de la presencia de Sudáfrica en Namibia lo siguiente: “un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el cuadro del conjunto del sistema jurídico en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar” (CIJ, 1971, p. 16). De igual forma, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirmó que el Convenio Europeo debía:

Ser interpretado en función de su carácter específico de tratado de garantía colectiva de derechos humanos y libertades fundamentales, y que el objeto y fin de este instrumento de protección de seres humanos exigen comprender y aplicar sus disposiciones de manera que haga efectivas y concretas aquellas exigencias⁹⁰. (ECHR, 22 de octubre de 1981, párr. 87)

En vista de los casos mencionados, el presente principio ha sido de gran utilidad como criterio de interpretación en diversos tribunales, es así que en la Opinión Consultiva sobre la interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte IDH, señala que:

[...]considera necesario precisar que no es a la luz de lo que en 1948 se estimó que era el valor y la significación de la Declaración Americana como la cuestión del estatus jurídico debe ser analizada, sino que es preciso determinarlo en el momento actual, ante lo que es hoy el sistema interamericano, habida consideración de la evolución experimentada desde la adopción de la Declaración. (Corte IDH, 1989, p. 37)

De igual manera, en la Opinión Consultiva sobre las obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo se ve reflejado el criterio de interpretación dinámica para interpretar el alcance de

⁹⁰ El TEDH emite el estándar en el caso *Dudgeon vs. El Reino Unido* (ECHR, 22 de octubre de 1981, párr. 87) y lo reafirma en el caso *Soering Vs Reino Unido* (ECHR, 7 de julio de 1989, párr. 87)

algunos de los artículos en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la siguiente manera:

Este Tribunal estima que, en aplicación de estas normas, debe tomar en consideración la normativa internacional sobre personas LGTBI al momento de especificar el contenido y alcance de las obligaciones asumidas por los Estados bajo la Convención Americana, en particular al precisar las medidas que deben adoptar los estados. En virtud de la materia sometida a consulta, la Corte tendrá en consideración relevantes en que sean parte los Estados americanos a fin de efectuar una interpretación armónica de las obligaciones internacionales en los términos de la disposición citada. En adición, la Corte considerará las obligaciones aplicables y la jurisprudencia y decisiones al respecto, así como las resoluciones, pronunciamientos y declaraciones referentes al tema adoptados a nivel internacional. (Corte IDH, 2017, p. 59)

Como podemos apreciar, el presente criterio ha sido aplicado, en general, para situaciones de derechos humanos. No obstante, el criterio también será utilizado en cuestiones que involucran los derechos de las personas con discapacidad, como ejemplo tenemos los siguientes dos casos. Primero, fue en la tercera reunión del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (CEDDIS), el cual sostuvo que el artículo 12 b (figura de la interdicción) de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad tenía que ser discutido en conjunción el artículo 12 (igual reconocimiento ante la ley) de la CDPD⁹¹.

⁹¹ Véase: Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. *Presentación a la Asamblea General de las Observaciones y Recomendaciones Acordadas por el Comité a los Informes presentados por los Estados Partes de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad*. OEA/Ser.L/XXIV.2.3.CEDDIS/Res.1/10, 26 y 27 de abril de 2010. p.58

Luego, en el informe de Amnistía Internacional “Excluidos: viviendo con discapacidades en el conflicto armado de Yemen”, se refleja el uso del criterio de la interpretación dinámica en las normas humanitarias que regulan la conducta en las hostilidades, el acceso a suministros, servicios esenciales a la población civil, el derecho a la salud y de la educación en los conflictos armados, teniendo en cuenta la CDPD. Al respecto se menciona que:

La CDPD obliga a las partes de la Convención a tomar todas las medidas necesarias en línea con sus obligaciones bajo el DIH y el derecho internacional de los derechos humanos para garantizar la protección y seguridad de las personas con discapacidad en situaciones de riesgo, incluidas situaciones de conflicto armado. El DIH constituye *lex specialis* en la evaluación del uso de la fuerza durante la conducción de las hostilidades, la CDPD puede proporcionar más orientación sobre la interpretación de estas normas. (...) Sobre la prestación de asistencia humanitaria a la población civil, las normas del DIH se complementan con las disposiciones de la CDPD, que proporcionan detalles sobre cómo la asistencia humanitaria debe llevarse a cabo de manera accesible para garantizar que las personas con discapacidad no estén excluidas. (Amnesty International, 2019, p. 44)

En los dos últimos casos, es importante resaltar que el criterio de interpretación dinámica, por un lado, ha sido utilizado por una institución que vela por los derechos de las personas con discapacidad, como el CEDDIS. Por otro lado, es relevante quien hace la interpretación; en ese sentido el informe de Amnistía Internacional resulta importante y relevante porque el caso presentado se asemeja al caso de estudio de la investigación.

Finalmente, para poder actualizar el artículo 30 del III CG, se ha recurrido de manera preliminar, a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la cual recoge la regla general y complementarias de interpretación de los tratados internacionales, que como bien hemos

visto implica la aplicación simultánea y conjunta de la buena fe, el sentido corriente de los términos empleados en el tratado, el objetivo de estos; así como, el objeto y fin del mismo.

Luego de haber utilizado los métodos de interpretación estipulados en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena, estos nos permiten comprender que el artículo 30 desde su entrada en vigor, ha sostenido una interpretación que permite el empleo del régimen de reclusión del aislamiento solitario en prisioneros de guerra con enfermedades mentales; es decir, personas con discapacidad mental. Esta disposición normativa tiene dos características: por un lado, se encontraba basada en un modelo médico con una primera finalidad de rehabilitación; y, de otro lado, tenía como segunda finalidad el empleo del aislamiento como una medida de protección o seguridad hacia terceros y no hacia ellos mismos.

Sobre la base de lo expuesto, en el desarrollo del próximo capítulo serán empleados el criterio del uso o sentido común y ordinario de los términos o coherencia terminológica, la interpretación dinámica y el principio *pro persona* para actualizar la normativa del artículo 30. Por los motivos siguientes:

- El criterio del uso o sentido común y ordinario de los términos o coherencia terminológica (criterio de interpretación general de normas del derecho internacional) es útil para interpretar los valores protegidos de la norma humanitaria.
- La interpretación dinámica de la norma es apropiada para reinterpretar la norma conforme al nuevo *corpus juris* de las personas con discapacidad y de las personas privadas de libertad en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos teniendo en cuenta el nuevo modelo de discapacidad que rige el contexto actual del tratado.

- La aplicación del principio *pro persona* es apropiado en el sentido que se aplicará la interpretación más favorable, extensiva, amplia, a la hora de proteger a los derechos humanos que se encuentran de manera implícita al interpretar el artículo 30 del CG III conforme al *corpus juris* de las personas con discapacidad, de las personas privadas de libertad en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; y, de los valores protegidos por las normas humanitarias como el trato humano, la protección del prisionero de guerra, entre otros.

En conclusión, resulta importante identificar los criterios de interpretación, los cuales son de utilidad para un Tribunal Internacional al momento de buscar la protección del derecho que busca tutelar; además, nos deslumbran y ayudan en el ejercicio de reinterpretar los conceptos unívocos en el Derecho Internacional y pueden ser aplicado al Derecho Internacional Humanitario como busca ser manifestado en la disposición normativa de estudio. Es importante mencionar que el empleo de los criterios mencionados será desarrollados y aplicados al caso concreto en el siguiente capítulo.

Capítulo III. El nuevo entendimiento de la discapacidad en el derecho internacional y la reinterpretación (y actualización) del artículo 30 del III Convenio de Ginebra de 1949

Este último capítulo tiene como objetivo responder a nuestra pregunta de tesis: ¿La interpretación del primer párrafo del artículo 30 del Tercer Convenio de Ginebra de 1949, que permite el empleo del régimen del aislamiento solitario en los prisioneros de guerra con discapacidad mental, sigue siendo válida a la luz de los nuevos estándares de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad? Es así que se presentará el desarrollo del ejercicio de reinterpretación del contenido de la norma del artículo 30 del III Convenio de Ginebra para poder corroborar con nuestra hipótesis.

Para ello, es importante que, en el primer acápite del presente capítulo, se presente el desarrollo normativo y los enfoques de los derechos de las personas con discapacidad en el derecho internacional hasta llegar a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, con el objeto de establecer en qué momento del dicho desarrollo normativo se dieron los Convenios de Ginebra y para comprender el panorama internacional de la época.

Seguidamente, se realizará un análisis de la terminología empleada sobre la discapacidad y los respectivos enfoques de discapacidad en los diversos instrumentos del Derecho Internacional Humanitario, en particular en los Convenios de Ginebra de 1949. Lo cual resulta relevante para establecer cuál fue el entendimiento de la discapacidad al momento de la adopción del tratado y nos permitirá introducir un nuevo entendimiento de la discapacidad, lo que será esencial para reinterpretar el artículo 30.

La segunda parte del tercer capítulo versará sobre la nueva comprensión de las obligaciones fundamentales y los actos prohibidos del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949

que están conectados con la nueva reinterpretación del artículo 30 del III CG. Teniendo estos criterios presentes, se desarrollará la reinterpretación y actualización del artículo 30 a la luz de los criterios de interpretación dinámica, *pro persona*, sentido común de los términos o coherencia terminológica y el propio artículo 3 común de los Convenios de Ginebra.

Finalmente, al hacer uso de nuestra interpretación del artículo 30 del III CG no sería posible el empleo del aislamiento solitario en prisioneros de guerra con discapacidad mental —bajo ninguna circunstancia— debido a que genera dos finalidades que no se encuentran acorde a los nuevos estándares de la CDPD; en ese sentido, presentamos - de manera general - dos opciones que podrían darse a raíz de la lectura del mismo artículo 30: la repatriación o la retención, para garantizar el acceso a la salud y otros derechos mínimos de este grupo de personas, ambas opciones tienen que ser de acuerdo a ciertos parámetros de exigencia conforme a los estándares de la CDPD y del artículo 30 reinterpretado.

3.1 La evolución de la discapacidad en el derecho internacional y su entendimiento en el Derecho Internacional Humanitario

En la primera parte de esta sección, se presentará la evolución normativa y los enfoques de los derechos de las personas con discapacidad en el derecho internacional hasta llegar a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En la segunda parte, se establecerá cuál ha sido la terminología empleada y sus enfoques de la discapacidad a lo largo de los instrumentos del Derecho Internacional Humanitario. La relevancia de la terminología empleada conlleva a reconocer la importancia de la interpretación dinámica de las normas del DIH acorde al nuevo entendimiento contemporáneo de discapacidad.

3.1.1 La historia de tratamiento de las personas con discapacidad en el derecho internacional

La presente subsección se limita a presentar la historia del desarrollo de las personas con discapacidad en el marco de lo dispuesto por las Naciones Unidas. El primer documento de la ONU que reconoce el derecho de las personas con discapacidad en el marco de protección internacional de los derechos humanos es la Declaración sobre los derechos del Retrasado Mental.⁹² Esta declaración representa no solo un modelo médico de discapacidad, sino que además es el primer reconocimiento formal de la comunidad internacional de los derechos de un grupo de personas con discapacidad. Asimismo, se les reconoce los mismos derechos que a los demás seres humanos a aquellos referidos – en ese entonces – como “retrasados mentales”, debiendo gozarlos hasta el máximo grado de viabilidad.⁹³

Luego, en 1975 la Asamblea General (AG) de la ONU adoptó la Declaración sobre los Derechos de los Discapacitados⁹⁴ que reconoce a las personas con discapacidad como “los impedidos”. Esta declaración reconoce una serie de derechos para las personas con discapacidad, denominados en esta ocasión como impedidos, entre ellas el derecho a vivir con sus familias y a no ser sometidas a un trato diferenciado; sin embargo, relega a las personas con discapacidad a un estatus inferior ante la Ley.

La AG de la ONU en 1991 adoptó los principios para la Protección de las Personas con Enfermedades Mentales y la Mejora de la Atención de la Salud Mental, conocidos como principios

⁹² Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, A.G. res. 2856 (XXVI), 26 U.N. GAOR Supp. (No. 29) p. 93, ONU Doc. A/8429 (1971).

⁹³ Considerando 1 de la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental.

⁹⁴ Adopción: Asamblea General de la ONU Resolución 3447 (XXX), 09 de diciembre de 1975.

MI.⁹⁵ Estos principios proporcionan los estándares para el tratamiento, las condiciones de vida dentro de las instituciones psiquiátricas y protecciones contra la detención arbitraria en tales instalaciones; así como, la base para los informes sobre el tratamiento de las personas con discapacidad y las condiciones a las que son sometidas en las instituciones.

Tras la adopción de los Principios MI, la ONU convocó a la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en Viena, denominada posteriormente Declaración en Viena de 1993.⁹⁶ En esta conferencia, la ONU reiteró la igualdad de oportunidades a las personas con discapacidad mediante la supresión de todos los obstáculos determinados socialmente, ya sean físicos, económicos, sociales o psicológicos, que excluyan o restrinjan su plena participación en la sociedad.⁹⁷

En suma, la Declaración sobre los Derechos de las Personas con Retraso Mental, la Declaración sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, los Principios de MI y las Reglas Estándar de la Declaración de Viena, demuestran el compromiso de la ONU de proteger los derechos de las personas con discapacidad antes de la entrada en vigor de la CDPD. Aunque carecen de vinculatoriedad, estos documentos proporcionan un intento de protección legal a las personas con discapacidad. Además de adoptar dichos instrumentos específicos para la

⁹⁵ Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental. Adoptado por la Asamblea General en su resolución 46/119, el 17 de diciembre Doc. A/84z29 (1971). Considerando I de la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental.

Adopción: Asamblea General de la ONU Resolución 3447 (XXX), 09 de diciembre de 1975.

Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental. Adoptado por la Asamblea General en su resolución 46/119, el 17 de diciembre de 1991.

⁹⁶ ONU. Conferencia Mundial de Derechos Humanos en Viena o Declaración. Del 14 al 25 de junio de 1993.

⁹⁷ Norma estándar 64 de la Declaración de Viena. Ver también las normas 63 y 65 concerniente a los derechos de las personas con discapacidad.

discapacidad, la ONU emitió interpretaciones de los tratados generales de derechos humanos para explicar cómo se pueden aplicar a las personas con discapacidad.⁹⁸

En los siguientes años, la ONU adoptó una serie de tratados de derechos humanos que se consideran los tratados de derechos humanos fundamentales. Estos tratados básicos incluyen el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)⁹⁹ y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)¹⁰⁰, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (CIEDR)¹⁰¹, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)¹⁰², la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CAT)¹⁰³, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)¹⁰⁴, la Convención Internacional sobre la Protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares¹⁰⁵; y, finalmente,

⁹⁸ Ver, por ejemplo, la Observación General N°5: Las personas con discapacidad del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Aprobada en la 11 período de sesiones. Doc. E/C.12/1994/13. 25 de noviembre de 1994.

⁹⁹ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976.

¹⁰⁰ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 3 de enero de 1976. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Entró en vigor el 4 de enero de 1969.

¹⁰¹ Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Entró en vigor el 4 de enero de 1969.

¹⁰² Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. Entró en vigor el 3 de septiembre de 1981.

¹⁰³ La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984. Entró en vigor el 26 de junio de 1987.

¹⁰⁴ Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entró en vigor el 2 de septiembre de 1990.

¹⁰⁵ Convención Internacional sobre la Protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares. Adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990. Entró en vigor el 1 de julio de 2003.

la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.¹⁰⁶

Sin embargo, antes de la CDPD, ninguno de estos tratados de derechos humanos reconocía a las personas con discapacidad como un grupo de protección legal específica. Una excepción es la CDN que se refiere a los niños y padres con discapacidad en los artículos 2 y 23. No obstante, estos dos artículos, no reconocen taxativamente que los niños con discapacidad tienen derecho a ser tratados en igualdad de condiciones que los demás niños sin discapacidad. El resto de los tratados fundamentales de derechos humanos no mencionan la discapacidad en absoluto, aunque algunos proporcionan una frase general que protege a las personas en función del principio de no discriminación (Kanter, 2015, p. 24).

A pesar de que los tratados de derechos humanos—antes de la CDPD—no protegían específicamente los derechos de las personas con discapacidad (el acceso a apoyos, por ejemplo), se realizaron esfuerzos para incluir a las personas con discapacidad en las protecciones de esos tratados como un grupo protegido separado sobre la base de su condición.

En 2002, la AG de la ONU establece un comité *ad hoc* para redactar la CDPD y el 13 de diciembre de 2006 la Asamblea General de la ONU adoptó la CDPD, la misma que sigue siendo el primer y principal instrumento que acoge miembros de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad; por lo tanto, tiene la característica de ser universal.

A lo largo del desarrollo de los derechos de las personas con discapacidad en el derecho internacional también se vio reflejado la evolución de los modelos de discapacidad (prescindencia, médico y el modelo social) nos demuestran que el entendimiento de la discapacidad en nuestra

¹⁰⁶ Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. Entró en vigor el 23 de diciembre de 2010. Además, la OIT también estableció su propio tratado referente a personas con discapacidad en cuanto al Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas). Núm. 159. Ginebra, 69ª reunión CIT 20 junio 1983. Entró en vigor el 20 de junio de 1985.

sociedad ha variado mucho con los años. El modelo de prescindencia y el médico han tenido sus repercusiones a lo largo de la mitad del siglo XX, muestra de ello, podemos encontrar la finalidad del artículo 30 del III CG de 1949 (proteger a los prisioneros de guerra con discapacidad mental mediante el aislamiento solitario) y el artículo 5. 1.e del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) de 1950, el cual permite la detención de una persona “enajenada o enajenado mental”. Ambos instrumentos, comparten la idea de que excluir a las personas con discapacidad mental eran parte de su protección.

Esta interpretación normativa ha variado con el tiempo, pues a finales de la década de 1980, los enfoques tradicionalmente deshumanizantes fueron cada vez más cuestionados y las medidas internacionales orientadas a la igualdad de trato de las personas con discapacidad produjeron la identificación y eliminación de las barreras externas que conducían a la exclusión social o legal de las personas con discapacidad (Denholm et al., 1996, p. 104). Los *travaux préparatoires* de la CDPD sugieren la necesidad de establecer un tratado sobre los derechos de las personas con discapacidad para mejorar la protección y el tratamiento (Byone et al., 1991, p. 104). Esa mejora consistió en revisar la base de los modelos de discapacidad médico y el de prescindencia cuyos enfoques constituyeron el alcance de la protección antes de la CDPD (ONU, 14 de octubre de 2005).

De este modo, la CDPD, trajo la consagración del modelo social de discapacidad que se basa en los valores intrínsecos que fundamentan a los derechos humanos, esto es:

[...] la dignidad, la libertad entendida como autonomía (en el sentido de desarrollo del sujeto moral, que exige entre otras cosas que la persona sea el centro de las decisiones que le afecten), la igualdad inherente de todo ser humano (incluida la diferenciación, la cual

exige la satisfacción de ciertas necesidades básicas) y la solidaridad. (De Asís Roig, 2004, p. 62).

En relación a los derechos de las personas privadas de libertad con discapacidad, como se ha mencionado en el primer capítulo, son los artículos 14 (libertad y seguridad de la persona) y 15 (protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes) de la CDPD los que forman los nuevos estándares de comprensión en las diversas figuras de privación de libertad en reclusos con discapacidad mental. Sumado al desarrollo de estos nuevos estándares de la CDPD, la evolución de los valores protegidos por las normas humanitarias (por ejemplo: las garantías contempladas en el artículo 3 común) de la interpretación del artículo 30 se encuentran desfasadas con los nuevos estándares de derechos humanos de la materia.

3.1.2 La terminología referente a discapacidad y su relevancia dentro del Derecho Internacional Humanitario

A lo largo de los instrumentos del DIH, se ha incluido a las personas con discapacidad bajo los términos de inválido, enfermo, ciego, mutilado o desfigurado. Como evidencia del uso de esta terminología se encuentran los siguientes artículos¹⁰⁷ (además del artículo 30 del III CG que ha sido analizado en el desarrollo del capítulo 2):

- El artículo 16 del IV CG de 1949, la cual establece lo siguiente: “(...) los heridos y los enfermos, así como los inválidos y las mujeres encintas, serán objeto de protección y de respeto particulares.”¹⁰⁸

¹⁰⁷ Ver también el artículo 110 del Tercer Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra a y los artículos 16, 27, 21, 22 y 127 del Cuarto Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, que reflejan la misma terminología de discapacidad como inválido, enfermo, ciego, mutilado, desfigurado.

¹⁰⁸ Artículo 16 del Cuarto Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.

- El artículo 17 del IV CG de 1949 señala que “las Partes en conflicto harán lo posible por concertar acuerdos locales para la evacuación, desde una zona cercada, de los *heridos*, de los *enfermos*, de los *inválidos*, de los ancianos, de los niños y de las parturientas (...).”¹⁰⁹
- El artículo 8.a. del PA I, menciona lo siguiente: “se entiende por *heridos* y *enfermos* las personas, sean militares o civiles, que debido a un traumatismo, una enfermedad u otros trastornos o incapacidades de orden físico o mental tengan necesidad de asistencia o cuidados médicos (...).”¹¹⁰
- La norma consuetudinaria 138 resalta que “los ancianos, *los inválidos* y *los enfermos mentales* afectados por los conflictos armados tienen derecho a un respeto y protecciones especiales.”¹¹¹ (el subrayado y la cursiva son nuestro)

Los términos utilizados reflejan el modelo médico y de prescindencia de discapacidad que enmarcaban a las personas con discapacidad como pasivas, débiles, defectuosas y vulnerables; y, como tales, necesitadas de una protección especial y paternalista. En esa línea podemos considerar que la perspectiva y las obligaciones de protección del DIH se estructuran en el paradigma de la necesidad física de tratar y cuidar los cuerpos de las personas con discapacidad (Mugabi, 2018, p. 8), propios de la época.

El enfoque médico de la discapacidad tiene como premisa que “la discapacidad es considerada exclusivamente un problema de la persona, producido por una enfermedad, accidente o condición de la salud que requiere de cuidados médicos prestados por profesionales en forma de

¹⁰⁹ Artículo 17 del Cuarto Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.

¹¹⁰ Artículo 8. A) del Protocolo Adicional I de 1977 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales.

¹¹¹ Norma consuetudinaria 138 del Derecho Internacional Humanitario.

tratamiento individual” (Palacios, 2008, p. 97). De acuerdo a Agustina Palacios, este enfoque data de los inicios del Mundo Moderno, y puede ser situado en los inicios del siglo XX, al finalizar la Primera Guerra Mundial y persiste hasta la actualidad, aunque no es recomendable su uso desde la aparición del modelo social en las últimas décadas del siglo XX (Palacios, 2008).

La falta de entendimiento que tienen los instrumentos del DIH de las personas con discapacidad en relación con los principios de igualdad y dignidad humana puede atribuirse al hecho de que el proceso de identificación de las personas con discapacidad como grupo en situación de vulnerabilidad y marginado comenzó a ganar una plataforma a principios de la década de 1990. Teniendo en consideración que una parte sustancial de los instrumentos actuales del DIH que consideran cuestiones de discapacidad como los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales se habían desarrollado en 1945-1977, ese período fue mucho antes de que las personas con discapacidad fueran reconocidas oficialmente por el derecho internacional (Mugabi, 2018).

Es más que probable que las normas humanitarias se hayan derivado del modelo médico (debido al año de adopción y desarrollo normativo), este enfoque es recogido en las disposiciones del DIH mencionadas, a principios de la sección, especialmente, en el artículo 30; sin embargo, este enfoque basado en el modelo médico de la discapacidad resulta desfasado si se compara con el entendimiento de la discapacidad actual a la luz de la CDPD.

No obstante, el modelo médico de la discapacidad sigue siendo útil para referirse a personas que, como resultado de un conflicto armado, adquieren una discapacidad; en consecuencia, no han sido considerados los desarrollos recientes que han moldeado una nueva comprensión de la discapacidad. Lo cual evidencia que el DIH carece de una definición adecuada de discapacidad que genera ambigüedades sobre si las personas con discapacidad física, mental, psicosocial y/o

intelectual deben ser protegidas – sin discriminación y en igualdad de condiciones – durante y después de que ocurran los conflictos armados (Mugabi, 2018).

En esa línea argumentativa, el modelo médico implica una distinción/diferenciación discriminatoria sobre la base de una discapacidad que tiene el propósito o efecto de perjudicar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con los demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales. Esto se encuentra definido, como bien lo hemos señalado en el primer capítulo, en los artículos 2, 5 (establece medidas contra la discriminación por motivos de discapacidad) y 9 (accesibilidad) de la CDPD.

De igual manera, la discriminación basada por discapacidad también se encuentra prohibida en el DIH bajo el equivalente de la prohibición de distinción adversa/ desfavorable o igualdad de trato en el artículo 3 común de los CG, el artículo 16 del III CG, el artículo 13 del IV CG, el artículo 75.1 del PA I, artículo 4.1 del PA II y de la norma consuetudinaria 87. En las disposiciones normativas del DIH mencionadas señalan la distinción adversa como cualquier distinción fundada en raza, color, religión o fe, sexo, nacimiento o riqueza o “cualquier otro criterio similar”; y, aunque la discapacidad no está explícitamente considerada como un motivo prohibido, bajo un enfoque del modelo social de discapacidad se puede incluir en “cualquier otro criterio similar”, sobre este punto se profundizará en la siguiente sección.

De ese modo, a la luz del modelo social de discapacidad, términos como “enfermo” debe ser entendido como personas con discapacidad; asimismo, el término de “enfermedad mental” debe ser leído como personas con discapacidad mental o psicosocial. Adicionalmente, reconocer que la terminología utilizada en los tratados del DIH está desactualizada a la luz del modelo social de discapacidad (enfoque de la discapacidad basado en los derechos humanos), resulta importante hacer énfasis en la relevancia de la terminología empleada puesto conlleva a reconocer la

importancia de la interpretación dinámica de las normas del DIH acorde a al nuevo entendimiento contemporáneo de discapacidad.

Este ejercicio de interpretación de las normas del DIH también ha sido empleado al momento de actualizarlas desde el enfoque de género¹¹²; de este modo, mediante las intervenciones feministas y el enfoque de género han asegurado que los delitos de género y por razón de sexo en los conflictos armados se hagan visibles y adquieran una mayor prioridad dentro del orden jurídico internacional desde principios de la década de 1990. El Consejo de Seguridad reconoce ahora explícitamente que esos crímenes constituyen una amenaza para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional y se han incluido efectivamente dentro de la jurisdicción de los Tribunales penales internacionales *ad hoc* y el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

De igual manera, el 16 de junio de 2020 el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) lanzó sus nuevos Comentarios sobre el Tercer Convenio de Ginebra de 1949, donde se ve plasmado la perspectiva de género. Por ejemplo, el comentario sobre el artículo 27 —que hace referencia a la ropa—específica que la ropa debe adaptarse al género del prisionero de guerra (CICR, 16 de junio de 2020).

Otro ejemplo es el artículo 26, que requiere que la Potencia detenedora proporcione alimentos que mantengan en buen estado de salud a los prisioneros de guerra. Para lograrlo es posible que las raciones de alimentos para ciertos prisioneros de guerra deben adaptarse a sus

¹¹² Para una crítica feminista del DIH y el creciente reconocimiento de la violencia de género en los conflictos armados ver GARDAM, J. “Women and Law of Armed Conflict: Why the Silence?”. *International & Comparative Law Quarterly*, volumen 46. 1997. pp 55-80; LINDSEY, Charlotte. “Women and War – An Overview”. *International Review of the Red Cross*. volumen 82, número 839. 2000; CHINKIN, Christine. “Gender and Armed Conflict”. En CLAPHAM, Andrew y Paola, GAETA (eds), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*. Oxford: Oxford University Press. 2014. pp 675-705. HIEMSTRA, Heleen y Vanessa, MURPHY. Comentario del 8 de diciembre de 2020. “GC III Commentary: I’m a woman and a POW in a pandemic. What does the Third Geneva Convention mean for me?”. *Humanitarian Law and policy*.

circunstancias individuales, por ejemplo, para mantener en buen estado de salud a las mujeres embarazadas o en período de lactancia (CICR, 16 de junio de 2020, párr. 2113).

Considerando el ejemplo de actualización mencionado y el impacto de la terminología usada en la normativa humanitaria, resulta factible la posibilidad de actualizar la normativa en cuanto a un enfoque de discapacidad actual basado en derechos humanos y se hace necesaria una nueva interpretación dinámica y evolucionada del DIH con respecto a la discapacidad. Este planteamiento también ha sido formulado en el informe de Discapacidad y Conflicto Armado de la Academia de Ginebra al señalar que “la CDPD es un nuevo panorama normativo frente al cual deben evaluarse las obligaciones del DIH, y en consecuencia actualizarse”, debemos tener cuidado de no pedir más al DIH de lo que posiblemente pueda lograr; igualmente, la autora Janet E. Lord, considera que la terminología de la discapacidad del DIH puede reinterpretarse, de la siguiente manera:

[...]a través del enfoque de los derechos de las personas con discapacidad se podrá dar sentido al término de discapacidad que cubre a los soldados heridos como a los civiles que necesitan atención médica; así como, las personas que, a causa de su discapacidad pueden requerir formas específicas de asistencia o protección, aunque no atención médica (por ejemplo, personas sordas que no pueden acceder a los mensajes de radio; o personas con discapacidad intelectual que no puedan leer o seguir instrucciones complejas). (Lord, 2014, p. 160)

Para terminar la presente sección debemos recordar que el DIH tiene como objetivo prevenir y aliviar el sufrimiento en la guerra sin distinciones adversas; de esta manera, su función no es provocar los cambios sociales exigidos por la CDPD, sino que se preste especial atención a las experiencias de las personas con discapacidades dentro de un conflicto armado y ofrece la

oportunidad de que las normas del DIH se interpreten a la luz de estas experiencias reconociendo al mismo tiempo las limitaciones del DIH (Priddy, 2019, p. 52).

En efecto, el reconocimiento de las personas con discapacidad en el DIH permite considerar las implicaciones del marco de protección de esta rama de manera integral, dentro de un modelo social de comprensión de la discapacidad basado en los derechos. Ahora, si bien es cierto que los tratados de derechos humanos dejan los marcos precisos de las obligaciones de los tratados para que evolucionen con el tiempo, la CDPD sugiere oportunidades para tender un puente sobre el DIH, los derechos humanos y la discapacidad. En ese sentido, la CDPD es un nuevo panorama normativo frente al cual se deben evaluar las obligaciones del DIH; y, en consecuencia, actualizarlas (Lord, 2014, p. 172).

Por lo tanto, es importante finalizar enfatizando que, desde la entrada en vigor del artículo 30 del III CG, este ha sostenido una interpretación que permite el empleo del régimen de reclusión del aislamiento solitario en prisioneros de guerra con enfermedades mentales; es decir, personas con discapacidad mental. Como hemos visto, a través del uso de los términos empleados en la normativa, el enfoque médico se ha impregnado en el DIH, lo cual requiere un cambio porque como hemos explicado el entendimiento de la discapacidad ha variado en la sociedad y en el derecho internacional.

Este cambio de entendimiento de la discapacidad va ser utilizada para actualizar la normativa del artículo 30 del III CG, de acuerdo a los criterios de interpretación previamente seleccionados en el capítulo anterior (criterio de interpretación dinámica, criterio del uso o sentido común y ordinario de los términos y el principio *pro persona*) de acuerdo al nuevo *corpus juris* de las personas con discapacidad y de los valores protegidos por las normas humanitarias. Si bien la presente tesis se encuentra principalmente enfocada en la actualización del art 30 del III CG, es

importante mencionar que otro artículo que también debería repensarse, es el artículo 3 común de los CG, ya que, si bien la discapacidad no se incluye expresamente como uno de los motivos prohibidos de distinción adversa en el DIH, podría aplicarse mediante “cualquier otro criterio”, como analizaremos en la siguiente sección que será relevante al momento de actualizar el artículo 30.

3.2 La nueva comprensión del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 y las nuevas reinterpretaciones del artículo 30 del Tercer Convenio de Ginebra de 1949

En esta segunda parte del tercer capítulo abordaremos, en primer lugar, la nueva comprensión de las obligaciones fundamentales y los actos prohibidos del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 que están conectados con la nueva reinterpretación del artículo 30 del III CG. En segundo lugar, se desarrollará la nueva reinterpretación del artículo 30 a la luz de los criterios a partir de los criterios de interpretación dinámica, *pro persona* y sentido común de los términos o coherencia terminológica. En tercer lugar, se presentará cuáles serían los escenarios posibles para los prisioneros de guerra con discapacidad mental que se encuentran en un campamento para prisioneros de guerra. En ese sentido, de acuerdo a nuestra reinterpretación y actualización del artículo 30, hay dos opciones que podría darse: la retención o la repatriación, pero no el aislamiento solitario.

3.2.1 Los nuevos entendimientos del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949

El artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 ofrece garantías básicas a los civiles que no participan o han dejado de participar directamente en las hostilidades; así como, a los miembros de las fuerzas armadas o grupos armados no estatales que han depuesto las armas o

están fuera de combate. Asimismo, es una norma consuetudinaria del derecho internacional humanitario, ello ha sido confirmado por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia:

El surgimiento de reglas internacionales que gobiernan los conflictos internos se ha producido en dos niveles diferentes: el del derecho consuetudinario y el del derecho de los tratados. Dos así han cristalizado cuerpos de reglas, que de ninguna manera son contradictorios o inconsistentes, sino que se apoyan y complementan mutuamente. Por supuesto, la interacción entre estos dos conjuntos de reglas es tal que algunas reglas de los tratados se han convertido gradualmente en parte del derecho consuetudinario. Esto es válido para el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949, como lo sostuvo autoritariamente la Corte Internacional de Justicia en el caso Nicaragua vs. Estados Unidos de América, pero también se aplica a El artículo 19 de la Convención de La Haya para la Protección de los Bienes Culturales en el Evento de Conflicto Armado del 14 de mayo de 1954, y, como mostraremos a continuación, en el núcleo del Protocolo Adicional II de 1977. (Tribunal Penal Internacional para Ex Yugoslavia [TPIY], 2 de octubre de 1995, párr. 98)

Tanto el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (2 de septiembre de 1998) ha afirmado el carácter de derecho consuetudinario del artículo 3 común (párr. 608-609), como en el estudio de derecho consuetudinario de la CICR que confirman las disposiciones sustantivas del artículo 3 común, las cuales son vinculantes como derecho consuetudinario a todas las partes en un conflicto armado, tanto estatales como no estatales (Henckaerts y Doswald-Beck, 2005).

Adicionalmente, el artículo 3 común se ha definido como un “mini convenio”¹¹³, la CIJ reiteró esta posición destacando lo siguiente:

Artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 define ciertas reglas a ser aplicadas en los conflictos armados de un país no internacional personaje. No cabe duda de que, en caso de conflictos armados internacionales, Estas reglas también constituyen un criterio mínimo, además de los más elaborar normas que también se apliquen a los conflictos internacionales; y están reglas que, en opinión de la Corte, reflejan lo que la Corte en 1949 llamó consideraciones elementales de la humanidad [...]. (CIJ, 27 de junio de 1986).

En ese sentido, el artículo 3 común es el núcleo de principios fundamentales indispensable para la salvaguarda de los intereses humanitarios, tiene como esencia el principio de humanidad y del estándar de derechos humanos que compartía junto a los demás los Convenios de Ginebra en 1949, plasmados en el Preámbulo (como: la prohibición de la tortura, la prohibición de tomar rehenes, las ejecuciones extrajudiciales, la protección de los individuos contra cualquier violencia a su vida y extremidades) (Pictet, 1958, p. 14). Estas reglas mínimas constituían la base de los derechos humanos universales, los cuales debían ser respetados en las estipulaciones en favor de aquellos grupos de personas que estaban protegidas.

Tal es la importancia del presente artículo que es relevante entender los nuevos entendimientos de las obligaciones que se desprenden del artículo 3 común para poder utilizarlas al momento de reinterpretar el artículo 30 del III CG. De acuerdo a los últimos comentarios de la

¹¹³ Acta final de la Conferencia Diplomática de Ginebra de 1949. Departamento Político Federal de Suiza 1950. artículo 2A.

CICR sobre el Convenio de Ginebra I ¹¹⁴ y el artículo 3 común las obligaciones fundamentales establecidas por el artículo en mención son entendidas de la siguiente manera:

a) La obligación de tratar con humanidad:

Esta obligación es inherente al ser humano y podemos encontrarla en múltiples disposiciones del derecho internacional, tanto del DIH como del DIDH; además, en el caso del primero, es el pilar de las protecciones conferidas por el artículo 3 común. El trato humano está establecido en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, en las normas consuetudinaria 88 y 87 del DIH; así como, en determinadas normas de los Convenios de Ginebra de 1949 y en los Protocolos Adicionales I y II. De conformidad con las disposiciones generales del DIH, los civiles y los *hors de combat* por enfermedad, lesiones, detención u otras causas deben recibir un trato humano.¹¹⁵

El significado preciso de “trato humano” no está definido ni en el artículo 3 común ni en ninguna otra disposición del derecho humanitario convencional, es por ello que en los comentarios de la CICR sobre el I CG y el artículo 3 lo presenta de la siguiente manera:

El significado de trato humano depende del contexto y ha de considerarse en las circunstancias concretas de cada caso, tomando en cuenta elementos tanto objetivos como

¹¹⁴ Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña.

1. ¹¹⁵ Primer párrafo del Artículo 12 del Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, primer párrafo del artículo 12 del Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, primer párrafo del artículo 13 del Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, artículos 5 y 27 del Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, artículo 75.1 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977 y el artículo 4.1 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 1977.

subjetivos, como el entorno, el estado mental y físico de la persona, su edad y sus antecedentes sociales, culturales, religiosos o políticos y sus experiencias pasadas. Por otro lado, se reconoce cada vez más que las mujeres, los hombres, las niñas y los niños son afectados de diferentes formas por los conflictos armados. La sensibilidad respecto de la condición, las capacidades y las necesidades inherentes de cada persona, teniendo en cuenta cómo difieren entre hombres y mujeres a raíz de las estructuras sociales, económicas, culturales y políticas de la sociedad, contribuye a entender la noción de trato humano que figura en el artículo 3 común. (CICR, 09 de septiembre de 2019, párr. 553)

Esta definición nos permite garantizar el trato humano en situaciones donde deben tomarse en consideración las condiciones particulares a cada caso, como condiciones climáticas, culturales o necesidades individuales. Por consiguiente, el artículo 3 común sirve para garantizar que todas las personas que no participan o que han dejado de participar en las hostilidades sean tratadas con humanidad tanto por las partes estatales como por las partes no estatales en conflictos armados no internacionales¹¹⁶, añadiendo “a este respecto” que “los atentados contra la vida y la integridad corporal, la toma de rehenes, los atentados contra la dignidad personal y las condenas dictadas sin previo juicio se prohíben en cualquier tiempo y lugar”.

Las personas protegidas por el artículo 3 común nunca deben ser tratadas como menos que un ser humano y su dignidad humana inherente debe ser respetada y protegida en todas las circunstancias. Es importante señalar que la frase “en todas las circunstancias” quiere decir que la

¹¹⁶ Reglamento de La Haya 1899 y 1907, artículo 4; Convenio de Ginebra sobre los heridos y los enfermos de 1929, artículo 1; y el artículo 2 del Convenio de Ginebra sobre los prisioneros de guerra de 1929. Hoy en día, ver en particular, CG I, artículo 12; CG II, artículo. 12, CG III, artículo 13; CG IV, artículo 27; y Protocolo I adicional artículos 10 y 75. Para los conflictos armados internacionales, el principio del trato humano fue codificado en los Reglamentos de La Haya de 1899 y 1907, los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 1977.

obligación de tratar con humanidad es absoluta y no permite excepciones. Ninguna circunstancia justifica la inaplicación de la obligación, ni siquiera el argumento de la necesidad militar puede justificar el incumplimiento de tratar con humanidad a las personas protegidas que establece en el artículo 3 común, puesto que las normas fundamentales establecidas en mencionado artículo se reconocen como el piso mínimo que rige en todos los conflictos armados como un reflejo de las “consideraciones elementales de humanidad” (CIJ, 27 de junio de 1986, párr. 218-219).

Por otro lado, los principios fundamentales que subyacen al trato humano son el respeto a la dignidad humana y a la integridad física y mental de una persona, su significado ha sido aclarado e influenciado por un cuerpo de estándares y jurisprudencia de derechos humanos a nivel global, regional y nacional. Es así que, en los instrumentos del DIDH, insisten en la obligación de dar un trato humano y de respetar la dignidad humana de las personas privadas de libertad.

Por ejemplo, la obligación de tratar con humanidad podemos encontrarlo en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en la Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre, en la Observación General N°20: artículo 7 (prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes) del Comité de Derechos Humanos y en la Observación General N°21: artículo 10 (trato humano a las personas privadas de libertad) del Comité de Derechos Humanos, entre otros.

Es así que, en el caso del DIDH, también se encuentra presente el trato humano tanto como en el ámbito del DIH. De acuerdo a ambas ramas, los prisioneros de guerra deben ser tratados humanamente en todo momento, ello en virtud del artículo 3 común y el artículo 10.1 del PIDCP

(respecto a las personas privadas de libertad). Asimismo, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que “(...) tratar a todas las personas privadas de libertad con humanidad y con respeto a su dignidad es una norma fundamental y de aplicación universal (...)” (ONU, 12 de mayo de 2004, p. 176-178).

b) La prohibición de las distinciones de índole desfavorable

Las personas protegidas por el artículo 3 común deben ser tratadas con humanidad en todas las circunstancias, “sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo.” La última frase refuerza la obligación de tratar con humanidad conforme al artículo 3 común y es reafirmada en los artículos 2.1 y 4.1 del Protocolo Adicional II.

Los criterios prohibidos para hacer una distinción de índole desfavorable mencionados en el artículo 3 común reflejan una lista no taxativa, ya que añade “o cualquier otro criterio análogo” lo que alude a otro tipo de distinción de índole desfavorable basada en otros criterios, como la salud, la edad, el estado de salud, el nivel de educación o las conexiones familiares de una persona protegida por el artículo 3 común (CICR, 2016, párr. 321). En esta línea, el artículo 2.1 del Protocolo adicional II menciona explícitamente otros criterios prohibidos para hacer distinciones de índole desfavorable: “idioma, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social; y, una vez más, la frase final o cualquier otro criterio análogo.”¹¹⁷ En ese sentido, podemos considerar que estos criterios también serían parte de los “otros criterios análogos” prohibidos por el artículo 3 común.

Aunque en la lista de los criterios prohibidos no se menciona explícitamente la discapacidad como un motivo prohibido, todas las protecciones del DIH otorgadas a civiles y

¹¹⁷ Artículo 2.1 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional de 1977.

personas sometidas fuera de combate se aplican igualmente a personas con o sin discapacidad en virtud de la prohibición de distinción de índole desfavorable. De acuerdo a un enfoque complementario a la interpretación del DIH exigiría que la discapacidad se considere incluida en "cualquier otro criterio análogo"; de igual manera, desde un enfoque del DIDH, en la CDPD se prohíbe la "distinción de índole desfavorable" bajo el principio equivalente de no discriminación. Es así que la CDPD también nos permite argumentar que prohíbe este tipo de distinción, resulta valiosa la invocación de este tratado puesto que más allá de ser específico en la materia de la discapacidad, cuenta con una ratificación bastante amplia, incluso mayor a otros tratado de derechos humanos,¹¹⁸ lo que demuestra un cierto nivel de consenso internacional sobre la prohibición de la distinción de ninguna índole desfavorable y de la norma *jus cogens* referente al principio de no discriminación; es decir, es un indicador donde los Estados han aceptado el tratamiento diferenciado hacia las personas con discapacidad.

En esa línea, la Observación General N° 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) realizó un ejercicio de interpretación del artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), donde se enumeran como motivos prohibidos “la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social.” La expresión de “cualquier otra condición social” indica que esta lista no es exhaustiva y que pueden incluirse otros motivos en esta categoría, por ejemplo, discapacidad, orientación sexual e identidad de género, entre otras. Respecto a ello, el Comité DESC menciona lo siguiente:

¹¹⁸ De acuerdo al Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas, hasta el día de hoy la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad cuenta con 153 estados partes, convirtiéndose en uno de los tratados de derechos humanos con mayor ratificación. Consulta: 1 de junio de 2021.

[...]la discriminación basada en otra condición social exige un planteamiento flexible que incluya otras formas de trato diferencial que no puedan justificarse de forma razonable y objetiva y tengan un carácter comparable a los motivos expresos reconocidos en el artículo 2.2. Estos motivos adicionales se reconocen generalmente cuando reflejan la experiencia de grupos sociales vulnerables que han sido marginados en el pasado o que lo son en la actualidad [...] (ONU, 2 de julio de 2009, párr. 27)

De igual modo, la Corte IDH realizó una interpretación sobre los motivos implícitos comprendidos en la expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1 de la Convención Americana para incluir la orientación sexual como categoría de discriminación prohibida por la Convención. En este sentido, para interpretar la expresión mencionada, la Corte IDH señaló que “debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano.” En consecuencia, utilizó el siguiente argumento para expandir la mencionada expresión:

[...]según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. Por el contrario, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término “otra condición social” para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas. La expresión cualquier otra condición social del artículo 1.1. de la Convención debe ser interpretada por la Corte, en consecuencia, en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo (Corte IDH, 24 de febrero de 2012, párr. 85).

Tomando como base los ejercicios de interpretación de extensión de la categoría “otra condición social” por el comité DESC y la Corte IDH demuestra que, desde un enfoque del DIDH,

se ha realizado una nueva comprensión de las nuevas categorías prohibidas de discriminación. Estos ejercicios son importantes, ya que forman parte del enfoque complementario para argumentar en el DIH la posibilidad de incluir a la discapacidad como parte de “cualquier otro criterio análogo”.

Respecto al ejercicio interpretativo de incluir otras categorías de discriminación prohibida en la expresión “cualquier otra condición social”, con la finalidad de prohibir tratos discriminatorios también han sido desarrollado por el TEDH (ECHR, 21 de diciembre de 1999).

Asimismo, distintos comités del sistema universal de protección de derechos humanos han expresado su preocupación frente a diversas situaciones de discriminación, lo cual ha llevado a realizar un ejercicio de interpretación de otros criterios prohibidos, entre ellos se encuentran el Comité de Derechos Humanos (ONU, 17 de abril de 2007), el Comité de los Derechos del Niño (ONU, 21 de julio de 2003), el Comité contra la Tortura (CAT, 24 de enero de 2008), el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW, 16 de diciembre de 2010), entre otros.

De otro lado, es importante señalar que el artículo 3 común no prohíbe las distinciones de índole no desfavorable; es decir, las distinciones justificadas por las situaciones y las necesidades sustancialmente diferentes de las personas protegidas. Esto permite un trato diferenciado que sirve para garantizar el trato humano mediante la adaptación a las necesidades específicas de la persona y/o grupo de personas en situación de vulnerabilidad.

Es importante mencionar que, el artículo 3 común, no prohíbe ni menciona los posibles criterios que justificaría un trato diferenciado entre las personas a las que protege. Sin embargo, como se menciona en los comentarios de la CICR “(...) esos criterios pueden hallarse en muchas otras disposiciones del derecho humanitario. En particular, el estado de salud, la edad y el sexo de

una persona suelen ser reconocidos para justificar, y de hecho requerir, un trato diferencial.” (CICR, 2016, párr. 577). Los criterios para una distinción no desfavorable también podrían hallarse en una evaluación de cómo el contexto social, económico, cultural o político de una sociedad forma roles o patrones con estatus, necesidades y capacidades específicas que difieren entre hombres y mujeres de diferentes edades y orígenes (CICR, 2016, párr. 578).

Por ejemplo, el III CG, permite dar un trato diferenciado a los prisioneros de guerra, debido a su estado de salud, sexo o edad¹¹⁹; así como, la repatriación de prisioneros de guerra gravemente heridos.¹²⁰ El Comentario de la CICR al III GC establece que esta lista no es exhaustiva, lo que confirma que otros motivos de trato diferenciado puede incluirse y afirma que “una igualdad absoluta podría convertirse fácilmente injusta si se aplica sin tener en cuenta tales consideraciones” (Pictet, 1960, p. 154). De acuerdo a este enfoque, el trato diferenciado para garantizar la igualdad de facto es un requisito explícito de la CDPD cuando sea necesario o apropiado un tratamiento diferente para permitir que una persona con discapacidad disfrute plenamente de sus derechos humanos.¹²¹

De conformidad con la prohibición de las distinciones de índole desfavorable del DIH y el derecho a la igualdad y prohibición de la discriminación de la CDPD, las personas con discapacidad tienen derecho a las mismas protecciones del DIH que se otorgan a todas las demás personas --incluidas las normas que se relacionan con el trato de civiles y personas fuera de combate—; así como, las reglas que se relacionan con la conducta de los hostiles, por ejemplo, las precauciones en el ataque (Priddy, 2019, p. 55). Además, es posible que se requiera un trato

¹¹⁹ Artículo 16 del Tercer Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra.

¹²⁰ Artículo 109 (3) del Tercer Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra.

¹²¹ Artículo 5.4 de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad.

diferenciado incluidos los ajustes razonables (que se analizarán con mayor detalle al final del capítulo) para garantizar que se apliquen las protecciones aplicables del DIH de manera no discriminatoria y accesibles a todas las personas prisioneros de guerra con discapacidad mental (Priddy, 2019).

Teniendo en consideración todo lo anterior, el artículo 3 común es de carácter estrictamente humanitario, se centra exclusivamente en garantizar que cada persona que no participe o que haya dejado de participar en las hostilidades sea tratada con humanidad (CICR, 2016) y que la protección a determinadas personas por una distinción no desfavorable (por ejemplo, las mujeres embarazadas o lactantes en lugares de detención), en ninguna circunstancia debe dar lugar un trato menos humano de las demás personas protegidas por el artículo en cuestión.

Por otra parte, el artículo 3 común contiene una serie de actos prohibidos que apuntan a garantizar el trato humano de todas las personas que caen en su ámbito de protección. Por ello, es de gran relevancia saber cuál es la nueva comprensión de dichos actos, ya que algunos de ellos son relevantes para reinterpretar el artículo 30 del III CG. Los actos prohibidos en virtud de la nueva comprensión del artículo 3 común son los siguientes:

- c) Atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura

El artículo 3 común establece la prohibición de los atentados contra la vida humana y la integridad corporal con una lista de actos prohibidos donde se enumeran especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios. De acuerdo, a los comentarios de la CICR, “esto significa que los actos omitidos de la lista de ejemplos específicos pueden caer dentro de la prohibición más general. Por ejemplo, un acto que no llegue

a ser tortura ni trato cruel puede estar prohibido de todos modos como atentado contra la vida”. (CICR, 2016, párr. 587)

Dicha prohibición también está reafirmada en el artículo 4. 2.a. del Protocolo Adicional II, el cual abarca los atentados contra la integridad no solo física o corporal, sino además la integridad mental de las personas. Una de las formas de atentar contra la vida y la integridad corporal que se menciona en el artículo 3 común es el homicidio en todas sus formas. Su prohibición está reafirmada en el artículo 4 2.a. del Protocolo Adicional II y en el derecho internacional consuetudinario.¹²²

Las mutilaciones físicas son consideradas por el artículo como otra de las formas que atentan contra la vida; y, también están prohibidas con la excepción de la mutilación por factores estrictamente médicos que puedan o contribuyan a mejorar el estado de salud de la persona (por ejemplo, la amputación de un miembro gangrenoso). Esta comprensión se ve reflejada en el artículo 13 .1 del III CG menciona que “(...) ningún prisionero de guerra será sometido a las mutilaciones físicas que no se justifiquen por el tratamiento médico y que no sean por su bien”. Y, de igual manera, en el artículo 11.1 del PA I que “[...]prohíbe someter a las personas a que se refiere el presente artículo a cualquier acto médico que no esté indicado por su estado de salud y que no esté de acuerdo con las normas médicas generalmente reconocidas [...].”

Otro ejemplo específico de atentado contra la vida y la integridad corporal y mental, es mediante los tratos crueles y los atentados contra la dignidad personal y se hace referencia a todos esos términos con la expresión de “malos tratos”. El artículo 3 común prohíbe absolutamente todas estas formas de malos tratos, la cual también se encuentra incluida en el III CG, IV CG y

¹²² Norma 89 del derecho internacional consuetudinario del derecho internacional humanitario.

reafirmada en el PA II.¹²³ De igual manera, la prohibición forma parte del derecho internacional consuetudinario¹²⁴ y de varios tratados de derechos humanos.¹²⁵ Cabe mencionar que los Convenios de Ginebra y los Protocolos Adicionales no definen los tratos crueles.

La última forma de atentado contra la vida y la integridad corporal es la tortura que se encuentra prohibida en el artículo 3 común, en los cuatro Convenios de Ginebra y en los Protocolos Adicionales de 1977. El artículo 17 del III CG y el artículo 75.2.a.ii del PA I establecen que la tortura tanto mental como física está prohibida. Además, esta prohibición forma parte del derecho internacional consuetudinario y de los tratados de derechos humanos regionales e internacionales. Como bien hemos explicado en el primer capítulo y se explicará con mayor detalle sobre esta figura en el DIH, la tortura puede ser cometida en un solo acto, pero también puede resultar de una combinación o de una acumulación de varios actos que, considerados individualmente, podrían no constituir tortura (TPIY, 15 de marzo de 2002, párr. 182).

d) La prohibición de toma de rehenes

Los Convenios de Ginebra y los Protocolos Adicionales establecen la prohibición de la toma de rehenes¹²⁶, dicha prohibición forma parte ahora del derecho internacional consuetudinario.¹²⁷ La Convención Internacional contra la toma de rehenes de 1979 la define como

¹²³ Ver, los artículos 16, 11 y 56 del Código Lieber. El artículo 87 del Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, el artículo 118 del Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra y el artículo 4.2.a del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional de 1977.

¹²⁴ Norma 90 del derecho consuetudinario del derecho internacional humanitario.

¹²⁵ Artículo 7 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de 1966; el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950; el artículo 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969; y el artículo 5 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981.

¹²⁶ Artículo 34 del Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, el artículo 75.2.c del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados de 1977 y el artículo 4.2.c del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional de 1977.

¹²⁷ Norma 96 del derecho consuetudinario del derecho internacional humanitario.

“la situación en que una persona se apodera de otra, la detiene y la amenaza con matarla, hierla o mantenerla explícita o implícita para la liberación del rehén.”¹²⁸ Esta definición ofrece la base para los elementos del crimen de guerra de toma de rehenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI), la misma que también es válida para la prohibición de la toma de rehenes contenida en el artículo 3 común y en el artículo 34 del IV CG.

En tal sentido, para los fines del artículo 3 común, la toma de rehenes puede definirse como:

El acto de capturar, detener o mantener retenida a una persona, acompañado de la amenaza de matar, herir o mantener detenida a esa persona para obligar a un tercero a un acto o a una omisión como condición explícita o implícita para la liberación, la seguridad o el bienestar del rehén (CICR, 2016, párr. 650)

Siempre que estén todas las condiciones mencionadas esas prácticas son tomas de rehenes, por tanto, están prohibidas por el artículo 3 común.

e) La prohibición de los tratos humillantes y degradantes

Los tratos humillantes y degradantes son parte de los atentados contra la dignidad personal se encuentran prohibidos en el artículo 3 común, en los Protocolos adicionales y en el derecho internacional consuetudinario.¹²⁹ También está prohibida por los tratados de derechos humanos internacionales y regionales. Al igual que en las anteriores formas de atentados tampoco existe una definición en los Convenios de Ginebra ni en los Protocolos Adicionales. Tampoco pasaremos a definirlo en el ámbito del DIH, pues no será desarrollado en la siguiente sección.

¹²⁸ Artículo 1 de la Convención Internacional contra la toma de rehenes de 1979.

¹²⁹ Artículo 75.2.b del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados de 1977, el artículo 4.2 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional de 1977 y la norma 90 consuetudinaria del derecho internacional humanitario.

No obstante, es importante señalar que al igual que los tratos crueles y la tortura, los tratos humillantes o inhumanos y degradantes puede cometerse en un solo acto, de una combinación o una acumulación de varios actos que, tomados individualmente, pueden no constituir un atentado contra la dignidad personal (TPIY, 24 de marzo de 2000, párr. 57).

- f) La prohibición de las condenas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales indispensables

Esta prohibición fue desarrollada en el artículo 6.2 del PA II, en el artículo 75 del PA I y la norma 100 del derecho internacional humanitario consuetudinario. El artículo 3 común impone que los tribunales sean legítimamente constituidos, es decir, como lo estipula el artículo 6.2 del PA II y el artículo 84 del III CG, se refieren a un tribunal que ofrezca las garantías esenciales de independencia e imparcialidad en el proceso.¹³⁰

Asimismo, dichos tribunales imparciales deben brindar garantías mínimas en un proceso equitativo. Estas garantías judiciales mínimas no se encuentran en el artículo 3 común, sino aparecen una lista de garantías judiciales en el artículo 6.2 del PA II y el requisito de un proceso equitativo establecido en el artículo 3 común debe interpretarse a la luz de estas disposiciones y de su equivalente en el derecho consuetudinario (Sandoz et al., 1987, párr. 4597).

Las garantías enumeradas en el artículo 6.2 del PA II son las siguientes:

- La obligación de informar al acusado sin demora de la naturaleza y la causa de la presunta infracción.
- El requisito de que el acusado tenga los necesarios derechos y medios de defensa.
- El derecho a no ser condenado por una infracción si no es sobre la base de la responsabilidad penal individual.

¹³⁰ El artículo 8.2.c.iv del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

- El principio de *nullum crimen, nulla poena sine lege* (no hay crimen ni castigo si no existe una ley previa que establezca ese crimen) y la prohibición de aplicar una pena mayor que la aplicable en el momento de cometerse la infracción.
- El derecho a la presunción de inocencia.
- El derecho a hallarse presente en el momento del juicio.
- El derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable.
- El derecho a ser informado del derecho a interponer recursos judiciales y de otro tipo, así como de los plazos para ejercerlos.

Sumado a las garantías mencionadas, es importante tener en consideración el artículo 75.4 del PA II que contiene tres garantías adicionales: el derecho a presentar e interrogar testigos, el derecho a que la sentencia sea pronunciada públicamente y el derecho a no ser enjuiciado ni castigado más de una vez por la misma parte, por el mismo actor o por el mismo cargo (*non bis in idem*). Ambas listas presentadas no son exhaustivas, pero describen las garantías indispensables de un proceso equitativo de conformidad con el derecho internacional actual, las mismas están complementadas con varios instrumentos de derecho de los derechos humanos.¹³¹

Por otra parte, es importante finalizar señalando que los tribunales constituidos por grupos armados no estatales están sujetos al requisito del proceso equitativo y a otros requisitos establecidos en el artículo 3 común. Esto se infiere del párrafo 1 del artículo 3 común, que señala “cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar”.

¹³¹ Ver, en particular, el artículo 14 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de 1966; el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950; el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969; y el artículo 7 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981.

No obstante, el requisito de un "tribunal legítimamente constituido", es solo exclusivamente para los tribunales estatales constituidos conforme al derecho interno, por lo que los grupos armados estatales no podrían cumplir este requisito. En este caso, para cumplir el mencionado requisito, alternativamente los tribunales estarían constituidos de conformidad con las leyes del grupo armado (Bond, 1973).

g) La prohibición de la violencia sexual

La violencia sexual está prohibida por el artículo 3 común, implícitamente, dado que establece una obligación de trato humano y prohíbe los atentados contra la vida, la integridad corporal y la dignidad personal. La violencia sexual puede constituir tortura, tratos humillantes y degradantes, mutilación o puede equiparse a uno o varios de los actos prohibidos por el artículo 3 común. De acuerdo al caso Akayesu, el término violencia sexual "se emplea para describir todo acto de índole sexual cometido contra una persona en circunstancias de coacción" (Tribunal Penal Internacional para Ruanda, 2 de septiembre de 1988, párr. 688). La violencia sexual incluye actos como violación, prostitución forzada¹³², atentados al pudor¹³³, esclavitud sexual, embarazo forzado, esterilización forzada¹³⁴, entre otros.

También es importante observar que los artículos 27.2 del IV CG y 76.1 del PA I, establecen específicamente la protección de las mujeres contra la violación, la prostitución forzada y los atentados al pudor. No obstante, se reconoce que la prohibición de la violencia sexual abarca la violencia no solo contra las mujeres y las niñas, sino también contra toda persona, incluidos los hombres y los niños (CICR, 2020, párr. 700). Por último, tanto el artículo 4.2.e del PAII y el

¹³² Artículo 4.2.e del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.

¹³³ Artículo 4.2.e del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.

¹³⁴ Artículo 8.2.e.vi del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

artículo 75.2.b. del PA I prohíben los actos de violencia sexual independientemente del sexo de la víctima.

h) Prohíbe la devolución

El artículo 3 común prohíbe que las partes en conflicto realicen la devolución o transferencia de personas que estén en su poder a otra autoridad cuando esas personas corren el riesgo de sufrir una violación de algunos derechos fundamentales (prohibición de la tortura, los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, la privación arbitraria de la vida o la persecución por motivos vinculados a la raza, la religión, la nacionalidad, la pertenencia a determinado grupo social o político) al ser transferidas.

De esta prohibición se desprende la importancia de la autoridad que planifique la transferencia tener en cuenta si existen motivos razonables para creer que esa persona será sometida a tortura, malos tratos u otro motivo que atente con los derechos fundamentales contenidos en el artículo 3 común. Si existen motivos razonables para creerlo, la persona no debe ser transferida a menos que existan como se menciona en el artículo 5.4 del PA II “las medidas necesarias para garantizar la seguridad de esa persona” (CICR, abril de 2015, p. 12). Estas medidas reflejan la lógica de que cuando una parte en conflicto transfiere a un detenido a otra autoridad, sabiendo que el detenido correría algún riesgo de ser sometido a una violación de sus derechos fundamentales reconocidos en el artículo 3 común, esa parte en conflicto no habría hecho todo lo posible para respetar el artículo 1 común de los Convenios de Ginebra que dispone la obligación de “respetar y hacer respetar el presente Convenio en todas las circunstancias.”

La prohibición de la no devolución también es considerada como un principio expresado en varios instrumentos jurídicos internacionales y es un principio del derecho internacional

consuetudinario.¹³⁵ En el artículo 12 del III CG prohíbe la transferencia de prisioneros de guerra a Estados que no desean o no puedan aplicar III CG y establece que “ningún prisionero de guerra herido o enfermo candidato a la repatriación, de conformidad con el primer párrafo del presente artículo, podrá ser repatriado, durante las hostilidades, contra su voluntad.” Del mismo modo, el artículo 109.3 del IV CG prohíbe la transferencia de personas protegidas a Estados que no deseen o no puedan aplicar el mencionado convenio y establece que “en ningún caso se podrá transferir a una persona protegida a un país donde pueda temer persecuciones a causa de sus opiniones políticas o religiosas”.

Los criterios o garantías mencionados para la prohibición de la no devolución no solo se aplican en los contextos de conflictos armados internacionales, sino también se extienden a los conflictos armados no internacionales al momento de transferir una persona a otra parte en el conflicto u otro Estado u organización internacional. En los conflictos armados no internacionales recientes, algunos Estados y organizaciones internacionales implementaron mecanismos de seguimiento posterior a las transferencias, lo cual permitió el acceso de la autoridad que transfería a los detenidos transferidas de modo que pudiera efectuar el seguimiento de sus condiciones y basar futuras decisiones sobre las transferencias en las conclusiones de sus evaluaciones, lo que en algunos casos condujo a la suspensión de las transferencias (Horowitz, 2012, p. 57, 61-64).

Considerando todo lo anterior, los nuevos entendimientos de las obligaciones fundamentales del artículo 3 común, las cuales son tratar con humanidad y la prohibición de las

¹³⁵ Otros tratados que prohíben específicamente la devolución son: el artículo 33 de la Convención sobre los refugiados de 1951; OUA, el artículo 2.3 de la Convención de la OUA por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África de 1969; el artículo 3 de la Convención contra la tortura de 1984; el artículo 16.1 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 2006; el artículo 22.8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969; el artículo 13.4 de la Convención Interamericana contra la tortura de 1985; y el artículo 19.2 de la Carta de la UE de derechos fundamentales de 2000. Ver también, Bangkok Principles on Status and Treatment of Refugees (2001), art. III (1). Respecto al principio en la norma consuetudinaria (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados [ACNUR], 1994; ACNUR, 2007).

distinciones de índole desfavorable serán de gran utilidad al momento de actualizar el artículo 30 del III CG. En cierta medida, la obligación del trato humano permite en situaciones donde deben tomarse en consideración condiciones particulares, como los prisioneros de guerra con discapacidad mental, sean tratadas con humanidad en todas las circunstancias por la Parte Detenedora.

Respecto a la distinción de índole desfavorable, de acuerdo a un enfoque complementario a la interpretación del DIH junto con el DIDH exigiría que la discapacidad se considere incluida como un motivo prohibido en "cualquier otro criterio similar". Esta distinción será empleada al momento de realizar la reinterpretación del artículo 30. Y, sobre la distinción de índole no desfavorable, el artículo 3 común no prohíbe un trato diferenciado que sirve garantizar un trato humano mediante la adaptación a las necesidades específicas de la persona, esta distinción será empleada para presentar en la última parte del capítulo un ajuste razonable para los prisioneros de guerra con discapacidad mental.

De igual modo, es importante la nueva comprensión de los actos prohibidos del artículo 3 común, puesto que el empleo del aislamiento solitario en prisioneros con discapacidad mental configura como mínimo una configuración de malos tratos; y, en algunos casos, tortura; estos actos están prohibidos por el artículo 3 común, lo que nos permitirá en la siguiente sección vincularlos y realizar una interpretación de los términos de estos actos prohibidos para reinterpretar el artículo 30.

3.2.2 Las nuevas interpretaciones del artículo 30 del III Convenio de Ginebra de 1949 a partir de los criterios de interpretación dinámica, *pro persona*, sentido común de los términos o coherencia terminológica y el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra

Para poder reinterpretar y actualizar el artículo 30 del III CG al contexto actual, en el presente acápite, se emplearán los criterios de interpretación vistos en el segundo capítulo. De los criterios explicados se harán uso del principio *pro persona*, el cual se aplicará la interpretación más favorable, extensiva, amplia, a la hora de proteger a los derechos humanos que se encuentran de manera implícita al interpretar el artículo 30 del CG III, el criterio de interpretación dinámica de la norma conforme al nuevo *corpus juris* de las personas con discapacidad; y, el empleo del uso o sentido común de los términos o coherencia terminológica (criterio de interpretación general de normas del derecho internacional) para interpretar los valores protegidos de la norma humanitaria.

Los criterios mencionados, como bien han sido explicados en el segundo capítulo, nos permitirán argumentar que el uso del aislamiento solitario en los prisioneros de guerra con discapacidad mental en el contexto de su adopción en 1949, evidentemente, no consideraban a las personas con discapacidad, ni sus derechos y eso tenía relación con sus dos finalidades: la primera que se encuentra basada en un modelo médico de discapacidad cuyo objetivo es la rehabilitación; y, la segunda finalidad era el empleo del aislamiento, basado en el criterio de peligrosidad, como una medida de protección o seguridad hacia terceros y no hacia ellos mismos.

Ambas finalidades, van en contra del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 en los términos en los que ha sido repensado en el acápite anterior; y, como sostenemos en la presente tesis, el artículo 30 tiene que ser coherente con el artículo 3 común de los CG, ya que establece obligaciones fundamentales y actos prohibidos para cada una de las Partes en Conflicto,

explicados en la anterior sección. De ese modo, el artículo 3 común también será otro criterio que acompañará a los principios y criterios de interpretación mencionados para realizar el ejercicio de actualización del artículo 30 del III CG.

Esta interpretación, como bien ha sido desarrollada en el anterior capítulo, si bien no se mantiene del todo, por los cambios en los Comentarios sobre el Tercer Convenio de Ginebra de 1949 de la CICR publicados en 2020, tampoco ha sostenido un cambio totalmente favorable para las personas con discapacidad mental o psicosocial puesto que aún permite el aislamiento solitario que, en opinión de la autora, constituye como mínimo un acto cruel, inhumano o degradante. De ahí la importancia de lo desarrollado en nuestra investigación. A continuación, desarrollaremos dos posibles interpretaciones del artículo 30 del III CG de acuerdo a los principios mencionados y el artículo 3 común, con el objeto de actualizar su contenido.

a) Primera Reinterpretación:

Empezaremos el ejercicio interpretativo del artículo 30 a través de la interpretación dinámica, la cual implica que los elementos históricos y los conceptos que alberga la norma son vivos, abiertos y dinámicos que han variado en el tiempo desde la fecha de su adopción hasta la actualidad.

En esa línea, la norma aún posee vestigios de un tiempo donde no existía una valoración de las personas con discapacidad, ni su desarrollo normativo internacional de sus derechos, mucho menos considerados dentro de los grupos en situación de vulnerabilidad de forma expresa en los tratados; por tanto, se encuentra desfasada en relación a los estándares actuales desarrollados en el *corpus juris* de la CDPD y de los derechos de las personas privadas de libertad.

En ese sentido, a partir de la interpretación dinámica se puede reinterpretar los conceptos que alberga la norma conforme al nuevo *corpus juris* de las personas con discapacidad, de la siguiente manera:

1. El modelo social de discapacidad (plantea que la discapacidad es el resultado de la interacción entre las diversidades funcionales y las barreras sociales). El modelo social —consagrado en la CDPD— como hemos mencionado a principios de la investigación, es el presupuesto básico de nuestra tesis. En ese orden de ideas, los prisioneros de guerra con discapacidad deben tener un tratamiento acorde al enfoque del modelo social, el cual forma parte del marco normativo de la CDPD.
2. El principio de igualdad y no discriminación de la CDPD, de donde se desprende que la discapacidad es un motivo prohibido de discriminación - como ha sido desarrollado en el primer capítulo - el principio implica que todas las personas son iguales en lo que se refiere a su dignidad y derechos más allá de cualquier condición física, mental o intelectual; además, este derecho puede verse vulnerado en el empleo del aislamiento solitario en las personas con discapacidad, al ser excluidos del grupo de reclusos por sus diferencias; es decir, tener una condición de discapacidad no da derecho a restringir el derecho a la libertad de quien ya lo encuentra restringido. Asimismo, el artículo 3 común, de acuerdo a nuestro desarrollo de los nuevos entendimientos al principio de este capítulo, prohíbe toda distinción de índole desfavorable basada en los criterios “la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna” o “cualquier otro criterio análogo”; es decir, prohíbe la discriminación.

Por otra parte, el uso del aislamiento solitario en personas con discapacidad configura una discriminación directa; es decir, una exclusión, distinción o trato diferente respecto de una persona

o grupo poblacional que recibe un trato menos favorable que otro en situación similar por alguna causa relacionada con el motivo prohibido de discriminación. Asimismo, como hemos mencionado la práctica del aislamiento solitario constituye una discriminación indirecta, al estar basada en el criterio de peligrosidad, por lo tanto, influye de manera desproporcionada a las personas con discapacidad psicosocial o mental.

3. El derecho a la libertad y seguridad personal (artículo 14 de la CDPD) que establece el deber de los Estados en asegurar que las personas con discapacidad no se vean privadas de su libertad de forma ilegal o arbitraria; y, que la existencia de una discapacidad no justifique - en ningún caso - una privación de la libertad; es decir, prohíbe toda privación de libertad en base a la discapacidad. El ámbito de aplicación del artículo 14 contiene el derecho al respeto de la integridad física, mental y moral; la integridad puede considerarse como una expresión más general y positiva del derecho a estar libre de tortura y tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (Minkowitz, 2007, p. 412). Esto demuestra, en primer lugar, la interdependencia de los derechos humanos; y, en segundo, la protección contra una gama más amplia de posibles violaciones a los derechos humanos en el uso del aislamiento solitario en personas privadas de libertad con discapacidad mental.

Como hemos visto en el primer capítulo, el alcance de esta disposición hace referencia a que la sola presencia de la discapacidad no puede ser la única razón que justifique la detención; y, además, tampoco puede ser parte de los fundamentos de la misma (Bartlett, 2012). En ese sentido, no es posible justificar una reclusión adicional por la sola condición de su discapacidad o sobre la base del criterio de peligrosidad –desarrollado en el primer capítulo— las personas con discapacidad mental pueden ser consideradas altamente peligrosas para el compañero de celda o

para ellos mismos e incluso si por propia voluntad prefieran ser aislados; los últimos supuestos, como se ha señalado en el primer capítulo, se deberían optar por proporcionarles otra alternativa menos lesiva.

Es menester tener en cuenta que, aislar a un prisionero de guerra con discapacidad mental por razones de seguridad, resulta arbitrario debido a que el aislamiento solitario en su caso particular - como personas con discapacidad mental o psicosocial- sólo agrava su condición mental preexistente, al punto que puede vulnerar sus derechos a la integridad personal, la salud y la vida. Además, los efectos son "particularmente dañinos" en los casos de personas que tienen una discapacidad psicosocial o intelectual preexistente;¹³⁶ y, en algunos casos conducen a autolesiones y suicidio (ONU, 5 de agosto 2011, párr. 68). De modo que los criterios de licitud (medida punitiva, preventiva o se base en la situación real de una persona o deterioro percibido) en el empleo del aislamiento solitario en prisioneros de guerra con discapacidad no serían aplicables; de lo contrario, no sólo devendría en arbitrario sino además discriminatorio y lesivo.

Otro criterio que nos permite reinterpretar el artículo es el principio *pro persona*, el cual establece que se debe aplicar la interpretación menos lesiva o la más favorable, extensiva, amplia, a la hora de proteger a los derechos humanos (el derecho a la salud, a la vida, a la asistencia médica, trato humano, la integridad física y mental) que se encuentran de manera implícita al interpretar el artículo 30 del III CG conforme al *corpus juris* de la CDPD (el modelo social y el mandato de igualdad y no discriminación), y de las personas privadas de libertad en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Además, el artículo 14 de la CDPD, en el marco del principio *pro persona*, es la norma que brinda una mayor protección para los prisioneros de guerra

¹³⁶ Comité europeo de prevención de la tortura y tratos y penas inhumanos y degradantes.

con discapacidad mental, al presentar como parámetro de la norma que la discapacidad no puede ser la única justificación ni parte de la argumentación de una detención.

A partir de los criterios de interpretación dinámica, el principio *pro persona* y el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, la primera interpretación del artículo 30 es que, en el sentido que se entenderá respecto de las enfermedades mentales a personas con discapacidad mental preexistente o adquirida producto del conflicto armado; a los denominados inválidos, personas con discapacidad física y/o motora; a los ciegos, personas con discapacidad visual; conforme a ello, deberán recibir el tratamiento de acuerdo a los estándares de la CDPD y ser tratados de forma digna sin discriminación de ningún tipo conforme al artículo 3 común. Además, conforme al segundo párrafo del artículo 30 en relación con su primer párrafo, se tendrá en cuenta la interpretación *pro persona*; es decir, la alternativa menos lesiva para la persona con discapacidad, la cual según el art. 30 es la repatriación.

De acuerdo al artículo deberá considerarse la asistencia que necesiten las personas con discapacidad como el acceso a la salud, el régimen alimenticio necesario y la Potencia Detenedora deberá cubrir con todos los gastos de asistencia que sean necesarios. Es así que mediante la reinterpretación del artículo 30 las diversas formas de asistencia a los prisioneros de guerra con discapacidad mental deberán ser idóneas y adecuadas de acuerdo a cada caso en concreto.

En ese sentido, considerando las disposiciones de la CDPD relacionadas con el art. 30 del III CG, de acuerdo a la interpretación dinámica y *pro persona*, el aislamiento solitario en prisioneros de guerra con discapacidad mental resultaría discriminatorio y arbitrario; además, sería la medida más lesiva para la persona con discapacidad, pues genera una disposición de aislamiento de las personas con discapacidad mental por el solo hecho de serlo; por ende, se genera el supuesto de privación de libertad justificado únicamente en la propia discapacidad, lo cual deviene en

discriminatorio y arbitrario. Se resalta contexto de discriminación reflejado en el uso del aislamiento solitario en personas con discapacidad como una forma exclusión, distinción o trato diferente que genera desigualdad y un trato menos favorable que otro en situación similar.

b) Segunda Interpretación

Los mismos criterios seleccionados también nos brindan una segunda reinterpretación del artículo 30 del III CG. Para poder llegar a la segunda interpretación, se hará uso del criterio de interpretación del sentido ordinario y común de los términos (coherencia terminológica), el cual nos permite tener una sola definición del término de tortura en el Derecho Internacional. Si bien, el término está amparado en un tratado de DIH como en los Convenios de Ginebra de 1949 y en los Protocolos Adicionales de 1977, también lo está en el DIDH, tales como: la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes (UNCAT) y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CIPST), a través, de la coherencia terminológica, la definición de que es tortura tiene que significar lo mismo tanto en el ámbito de aplicación del DIH y DIDH.

En el ámbito del DIH, podemos encontrar distintas disposiciones normativas que prohíben la tortura.¹³⁷ El III CG y el PA I establecen explícitamente que están prohibidas tanto la tortura física como la mental,¹³⁸ los métodos psicológicos de tortura, así como los efectos psicológicos

¹³⁷ Además del artículo 3 común, la prohibición de la tortura está incluida en el artículo 12 de los Convenios Primero y Segundo, los artículos 17 y 87 del Tercer Convenio; el artículo 32 del IV Convenio; artículo 75 2. a. ii. del Protocolo I adicional; y el artículo 4.2.a del Protocolo II adicional. Véase Tercer Convenio, artículo 17.4, véase también el artículo 99.3 (coacción moral o física), y el Protocolo I adicional, artículo 75.2 a. ii. Ver, Corte IDH (27 de noviembre de 2003, párr. 93). In addition to common Article 3, the prohibition of torture is included in Article 12 of the First and Second Conventions; Articles 17 and 87 of the Third Convention; Article 32 of the Fourth Convention; Article 75(2)(a)(ii) of Additional Protocol I; and Article 4(2)(a) of Additional Protocol II.

¹³⁸ Véase el artículo 17.4 y el artículo 99.2 del Tercer Convenio de Ginebra y el artículo 75.2.a.ii del Protocolo I adicional. See Third Convention, Article 17(4), see also Article 99(2) ('moral or physical coercion'), and Additional Protocol I, Article 75(2)(a)(ii).

pueden causar sufrimientos tan graves como la tortura física (Corte IDH, 27 de noviembre 2003); no obstante, los Convenios de Ginebra ni en los Protocolos Adicionales definen el término tortura.

Es a partir en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) en el caso Fiscal Vs. Radoslav Brđanin que define la tortura como:

A los efectos del derecho humanitario, los elementos del delito de tortura, según el derecho consuetudinario internacional son los siguientes:

(i) La imposición intencional, por acción u omisión de dolor o sufrimiento severo, ya sea físico o mental.

(ii) El acto u omisión debe ser intencional.

(iii) El acto y omisión debe tener como objetivo información o una confesión, o castigar, intimidar o con el fin de obtener información o una confesión, sancionar, intimidar o coaccionar a la víctima o a una tercera persona, o discriminar, en cualquier tierra, contra la víctima o una tercera persona (TPIY, 1 de septiembre de 2004, párr. 487).

Respecto a la definición presentada, cabe aclarar que - el empleo del aislamiento solitario en prisioneros de guerra con discapacidad mental o psicosocial - para que constituya tortura es importante demostrar todos los presupuestos. Los primeros pueden cumplirse sin cuestión, pero el último podría ser cuestionable si se plantea que el objetivo del aislamiento a este grupo de prisioneros de guerra es por seguridad del resto o es parte de un tratamiento o si la eventual sanción tiene como único fundamento la discapacidad mental o psicosocial de la persona, lo cual es discriminatorio como se ha fundamentado en la presente tesis.

Ante estas posibles posturas, como hemos desarrollado en el primer capítulo, el aislamiento solitario en personas con discapacidad mental o psicosocial está basado por el criterio de peligrosidad (entendida cuando una persona está en crisis o cuando la persona constituye un riesgo

para su vida, integridad o la de terceros), el mismo que configura una discriminación indirecta. En consecuencia, el aislamiento solitario es un acto intencional que puede constituir tortura en los prisioneros de guerra con este tipo de discapacidad cuando la imposición intencional genere dolor o sufrimiento y su objetivo configure una discriminación indirecta.

A propósito de la jurisprudencia del TPIY (1 de septiembre de 2004), este tribunal reconoció que la lista exhaustiva de propósitos de elementos del delito de tortura mencionada no era exclusiva, ello no solo fue reflejado en el desarrollo de su jurisprudencia, sino que además la lista no exhaustiva establecida en la Convención contra la Tortura de la ONU también se refleja en el artículo 8.2.a.ii y c. i de los Elementos de los Crímenes de la Corte Penal Internacional¹³⁹.

El TPIY ha seguido aplicando un umbral diferenciado de dolor o sufrimiento para distinguir entre tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes.¹⁴⁰ Respecto al umbral diferencial, otros tribunales tal como la Corte Europea de Derechos Humanos también exigen un umbral de dolor más alto, en el que el propósito de su infligir es un factor relevante¹⁴¹ y en ocasiones determinante (ECHR, 31 de agosto de 2005, párr. 129-132). La CIDH y la Corte Interamericana como el TPIY, exigen una mayor intensidad de dolor por tortura que por tratos crueles, inhumanos o degradantes, así como, un propósito (Corte IDH, 11 de marzo de 2005). Por otra parte, el CICR también trabaja sobre la base de un umbral de dolor diferente (CICR, junio de 2011).

¹³⁹ Artículo 8.2.a.ii y c.i. del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional mencionan: “el perpetrador infligió dolor o sufrimiento con fines tales como: obtener información o una confesión, castigar, intimidar o coacción o por cualquier motivo basado en discriminación de cualquier tipo”.

¹⁴⁰ Véase: TPIY. (16 de noviembre de 1988). Fiscal v. Zejnil Delalic, párr. 468; (2 de noviembre de 2001). Fiscal v. Miroslav Kvočka, 142; (17 de septiembre de 2003). Fiscal v. Milorad Krnojelac; (1 de septiembre de 2004). Fiscal v. Radoslav Brđanin.; (28 de noviembre de 2006). Fiscal v. Milan Martić. párr. 75 y 80; (3 de abril de 2008). Fiscal v. Ramush Haradinaj. párr. 126–127. (29 de noviembre de 2012). Fiscal v. Ramush Haradinaj.

¹⁴¹ Véase: ECHR Caso Irlanda v.UK. N°5310/71. sentencia el 18 de enero de 1978. párr. 167; Caso Aksoy v. Turquía. N°100/1995/606/694.Sentencia 18 de diciembre de 1996, párr. 64; Caso Selmouni v. France. N° 25803/94. Sentencia el 28 de julio de 1999, párr. 96–105; Caso Salman v. Turkey. Caso N° 21986/93. Sentencia el 27 de junio del 2000.

En cambio, en el ámbito del DIDH, encontramos a nivel convencional la definición de tortura propuesta en el artículo 1.1 de la Convención contra la Tortura (UNCAT) de 1984. Esta definición como hemos explicado en el primer capítulo, incluye el requisito de que la tortura sea cometida “por o bajo la instigación de, o con el consentimiento o aquiescencia de un funcionario público u otra persona que actúe a título oficial”¹⁴², este requisito en el DIH no es necesario. Referente a ello, en las primeras decisiones del TPIY (16 de noviembre de 1998) determinó que esta definición formaba parte del derecho internacional consuetudinario aplicable en los conflictos armados (párr. 11), posteriormente, el mismo tribunal concluyó que la definición de tortura en el derecho humanitario no incluía los mismos elementos.

En particular no incluye “la presencia de un funcionario del Estado o de cualquier otra persona con autoridad en el proceso de tortura”, puesto que no se considera necesaria para que el delito sea considerada tortura en el derecho humanitario” (TPIY, 3 de abril de 2008, párr. 419). Este razonamiento también es compartido al ámbito de aplicación del artículo 3 común que, como se ha mencionado a principios de este capítulo, prohíbe la tortura no solo cuando sea cometida por fuerzas armadas estatales, sino también cuando sea cometida por grupos armados no estatales.

A pesar de ello, en el presente trabajo, al enfocarse en los contextos de los conflictos armados internacionales, se ha optado por seguir la definición de tortura propuesta por la UNCAT por dos razones: en primer lugar, el acto de tortura será cometido por las fuerzas armadas estatales y por tanto, no habría mayor dificultad en el elemento “presencia de un funcionario del Estado o de cualquier otra persona con autoridad”; en segundo lugar, al ser un tratado de Naciones Unidas tiene mayor alcance en diversos Estados que aquellos que forman parte de los sistemas regionales

¹⁴²Artículo 1 de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes de 1984.

de derechos humanos. De este modo, mediante el principio *pro persona* la disposición de la UNCAT provee un sentido más favorable al destinatario de protección internacional.

En ese sentido, como se ha desarrollado en el primer capítulo, el aislamiento solitario, aplicado por el criterio de peligrosidad en personas con discapacidad mental o psicosocial puede constituir un acto de tortura, ello debido al dolor y sufrimiento que puede experimentar, el cual podría o no ser severo y tener efectos que a largo plazo pueden ser irreversibles. Por consiguiente, el empleo del aislamiento solitario en los prisioneros de guerra con discapacidad mental – que también se aplica por el criterio de peligrosidad— genera graves efectos y habrá casos que dependerá de un análisis de las circunstancias para determinar si configura tortura.

El mismo razonamiento descrito se utilizará para analizar el término trato o pena cruel, inhumana o degradante que también tiene diversas definiciones, tanto en el ámbito de aplicación del DIH y DIDH. En el ámbito del DIH, los Convenios de Ginebra y los Protocolos Adicionales no definen el trato cruel, inhumano y degradante, sino es en el desarrollo jurisprudencial donde se establece su definición y características.

En tal sentido, en el caso *Fiscal v. Dusko Tadić* donde el TPIY (15 de julio de 1999) concluyó que la prohibición del trato cruel del artículo 3 común “es un medio para lograr un fin, cuyo objetivo es garantizar que las personas que no participan activamente en las hostilidades sean en todas las circunstancias tratadas con humanidad” (párr. 723). Como resultado, el TPIY (16 de noviembre de 1998) definió el trato cruel como: Trato que cause graves sufrimientos mentales o físicos o constituya un grave atentado a la dignidad humana, lo que equivale al delito de trato inhumano en el marco de las graves infracciones previstas en los Convenios de Ginebra (TPIY, 16 de noviembre de 1998, párr. 551).

En esa línea, el TPIY ha seguido aplicando un umbral diferenciado de dolor o sufrimiento para distinguir entre tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes,¹⁴³ de manera que la diferencia entre la tortura y el trato cruel es que para la tortura existe un umbral más alto de dolor o sufrimiento, que debe ser severo en lugar de grave y la imposición de dolor o sufrimiento debe ser el resultado de un propósito o motivación.

Por otra parte, en los comentarios del CICR sobre el Tercer Convenio de Ginebra de 1949, emplea los términos de trato cruel e inhumano indistintamente y refuerza la definición desarrollada por el TPIY, al señalar que:

Para calificar como trato cruel (o inhumano), un acto **debe causar sufrimiento físico o mental de naturaleza grave**. A diferencia de la tortura, **no se requiere un propósito específico para el trato cruel**. En cuanto a la gravedad del sufrimiento mental o físico, el Tribunal Penal para la ex Yugoslavia considera que “si una determinada conducta constituye un trato cruel es una cuestión de hecho que se determinará caso por caso.”¹⁴⁴ (el subrayado en negrita es nuestro)

El razonamiento descrito tiene similitudes con el análisis del término de un trato o pena cruel, inhumano o degradante dispuesto en el 16.1 de la UNCAT, empero no es una conceptualización tan acabada y detallada como sí lo tiene la tortura. Como se había mencionado previamente, en el primer capítulo, es en virtud del DIDH donde esta terminología tiene un mayor desarrollo. Al respecto, se reitera lo dicho por la APT respecto que se caracteriza como tratamiento

¹⁴³ Véase: TPIY (16 de noviembre de 1998) Fiscal v. Zejnil Delalić, párr. 468; (2 de noviembre de 2001) Fiscal v. Miroslav Kvočka, párr. 142; (17 de septiembre de 2004) Fiscal v. Milorad Krnojelac, párrs.180–181.

¹⁴⁴ Ver: TPIY (30 de noviembre de 2005) Fiscal v. Fatmir Limaj, Haradin Bala, Isak Musliu. Caso N° IT-03-66-T. párr. 232. Confirmado en TPIY (30 de junio de 2006) Fiscal v. Naser Orić. Caso N° IT-03-68-T. pár. 352; (27 de septiembre de 2007). Fiscal v. Mile Mrkšić, Miroslav Radic Veselin Sljivancanin. Caso N° IT-95-13/1-T. 27, pár. 517; (20 de julio de 2009) Fiscal v. Milan Lukić, Sredoje Lukic. Caso N° IT-98-32/1-T. pár. 957; y, (12 de diciembre de 2012) Fiscal v. Zdravko Tolimir. Caso N° IT-05-88/2-T.

cruel o inhumano a aquel que “cause un sufrimiento físico o mental de carácter grave, deliberadamente o por negligencia; y, un o una funcionaria pública debe estar implicado/a directa o indirectamente” (APT, s.f.). Dicho tratamiento puede ser el resultado de diversas acciones o una acción o inacción realizada de forma continuada; así como, se puede constituir a través de una sola acción u omisión en un determinado momento y lugar. Por otro lado, para la constitución del trato degradante se requiere la intencionalidad de humillar o degradar a la persona y no reside en la severidad del dolor (APT, s.f.).

Teniendo en cuenta el concepto desarrollado previamente, en el presente trabajo, mediante el principio *pro persona* opta por seguir la definición desarrollada en el DIDH, ya que permite que el término de trato o pena cruel, inhumano o degradante sea más amplia o extensiva, de aquellas disposiciones que establezcan protección a las personas dentro del DIH. Por eso, mediante el uso o sentido común y ordinario de los términos o coherencia terminológica podemos obtener una interpretación unívoca de dos conceptos del Derecho Internacional que nos sirve para reinterpretar el artículo 30.

Por tanto, siguiendo el concepto y las características desarrolladas en el Derecho Internacional, podemos concluir que - de acuerdo a lo desarrollado en el primer capítulo - el régimen de aislamiento solitario, dado sus graves efectos en la salud, puede causar un daño psicológico grave; y, a veces, fisiológico, con síntomas que incluyen ansiedad y depresión, insomnio, hipertensión, paranoia extrema, distorsiones de la percepción y psicosis (Amnistía Internacional, 2014); además, su utilización por sí misma equivalen como mínimo a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

Es así que, concluimos, como bien lo mencionamos en el primer capítulo, que en casos de empleo de aislamiento solitario en personas con discapacidad, en particular psicosocial y mental

en ningún caso puede aplicarse esta medida ya que resulta muy restrictiva y puede constituir una vulneración al artículo 15 (derecho a no ser sometidas a tortura o malos tratos), artículo 15.2 (los Estados Partes tienen la obligación de proteger a las personas con discapacidad contra la tortura o los malos tratos, en igualdad de condiciones con las demás), artículo 16 (prohíbe la violencia) y en el artículo 17 (derecho de todas las personas con discapacidad a que se respete su integridad física y mental) de la CDPD.

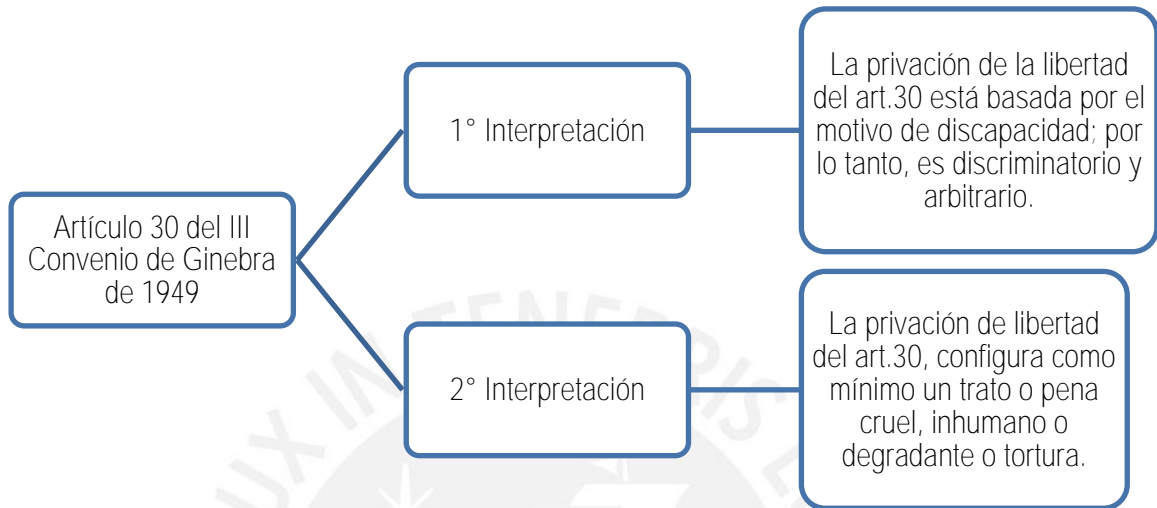
En vista de lo desarrollado por el criterio de coherencia terminológica de tortura y acto cruel, inhumano y degradante; el principio *pro persona* y el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra; el aislamiento solitario en personas con discapacidad mental configura como mínimo un trato o pena cruel, inhumano o degradante y en ciertas circunstancias puede constituirse un acto de tortura.

Como resultado a partir de los criterios de interpretación utilizados hay una nueva reinterpretación del artículo 30 del III CG de 1949; primero, califica como un acto de discriminación y en caso no fuera suficiente este argumento¹⁴⁵, en la segunda interpretación el artículo 30 califica como mínimo un trato inhumano; y, en algunos casos, tortura; ambos supuestos se encuentran prohibidos bajo el artículo 3 común de los CG; además, cuando se configura el supuesto de tortura nos encontramos frente a una norma *jus cogens*.

A continuación, se presenta el siguiente cuadro de manera de ejemplificar las nuevas reinterpretaciones del artículo 30, de acuerdo al principio *pro persona*, dinámico, coherencia terminológica y el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra:

¹⁴⁵ Es importante tener en consideración la sección 1.4.1 del primer capítulo, donde se explican las posturas sobre el entendimiento del artículo 14 de la CDPD (derecho a la libertad y seguridad personal), como la segunda postura que establece que no toda privación de libertad asociada a la discapacidad es necesariamente discriminatoria.

Figura 1. Reinterpretación del artículo 30 a partir del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949



De modo que, con las dos nuevas interpretaciones propuestas respecto de la disposición normativa previamente desarrolladas, el aislamiento solitario en prisioneros de guerra con discapacidad mental o psicosocial en conflictos armados internacionales, no podría emplearse bajo ninguna circunstancia. Hasta esta parte hemos cumplido con responder a nuestra pregunta de investigación del presente trabajo; no obstante, consideramos importante mencionar cuáles serían los escenarios posibles para los prisioneros de guerra con discapacidad mental que se encuentran en un campamento de dicha naturaleza.

En ese sentido, teniendo en cuenta que el aislamiento solitario es una medida no acorde a derechos humanos, tenemos el primer escenario donde la persona realmente puede llegar hacer un daño a terceros, en ese supuesto se deben considerar las sanciones regulares (si comete un delito, deberá afrontar un debido proceso y posteriormente ser sancionada de ser el caso) considerando que la privación de su libertad podría generarle mayores daños lo que correspondería sería una

retención únicamente de manera muy concreta, específica y determinada frente a ciertas conductas¹⁴⁶. Asimismo, en el escenario en que la persona no constituya un riesgo para sí misma o hacia terceros, no deberá considerarse bajo ninguna circunstancia el aislamiento solitario ni la retención como sanción. En ambos casos se recomienda la repatriación.

Cuando no sea posible realizar la repatriación a los prisioneros de guerra a su país de origen (ya sea por constituirse un riesgo para su vida o integridad y se encuentre protegida por el principio de no devolución o no pueda ser trasladada a un país neutral); es decir, cuando hay una situación de inminente riesgo de vulneración de los derechos humanos de los prisioneros de guerra con discapacidad mental o puedan ser vulnerados los derechos garantizados en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, será factible la retención en los campamentos de prisioneros de guerra de acuerdo a los parámetros mínimos de tratamiento de las personas privadas de libertad y conforme a las garantías mínimas contenidas del artículo 3 común.

No ahondaremos sobre los posibles escenarios, pues no es materia de la presente investigación. Para finalizar se ha comprobado en nuestra presente investigación que el aislamiento solitario en prisioneros de guerra con discapacidad mental en contextos de conflictos armados internacionales debe considerarse como prohibido y se ha actualizado el artículo 30 del III CG a los estándares internacionales contenidos en la CDPD.

¹⁴⁶ Cabe indicar que hasta la actualidad no hay un estándar internacional del empleo de la retención para restringir el derecho a la libertad de personas con discapacidad mental, en todo caso, cualquier retención debe ser muy específica y corta. Es así que compartimos con la idea de Renato Constantino “esta acción constaría únicamente de la limitación de la libertad locomotora en un espacio reducido” (Constantino, 2021, p. 160).

CONCLUSIONES

1. El aislamiento solitario es una práctica antigua que, a lo largo del tiempo, se ha ido extendiendo hasta formar parte de los sistemas penitenciarios del mundo. La rehabilitación a través del aislamiento solitario encuentra sus orígenes en el modelo penitenciario de Pennsylvania, el objetivo del modelo era rehabilitar a los delincuentes a través del aislamiento disciplinario con la finalidad de que recapacitaran sobre sus transgresiones y luego sean reinsertados en la sociedad. Esta medida es utilizada en distintos escenarios de reclusión, en particular, como una medida adicional de privación de libertad en los centros penitenciarios.
2. El aislamiento solitario tiene graves efectos psicológicos y fisiológicos en la salud mental e integridad de las personas recluidas, debido a los efectos perjudiciales, la sola aplicación equivale como mínimo a tratos crueles, inhumanos y degradantes; y, en determinados escenarios, constituye tortura. Además, los efectos del aislamiento solitario, cuando este es prolongado o indefinido, pueden ser peores, debido a la incertidumbre sobre la duración de la reclusión y las posibilidades que ofrece para constituir tortura o malos tratos son mayores.
3. El presente régimen debe utilizarse lo menos posible, en casos muy excepcionales, por un período de tiempo y en el plazo más breve posible, sin generar una discriminación y sólo como último recurso. Para la presente investigación, consideramos que solo sería factible el uso del aislamiento en el supuesto de una condena judicial si se reúnen los principios señalados del *test* del Comité Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes.
4. Este régimen privativo de libertad no puede ser empleado en las personas privadas de libertad con discapacidad, pues su aplicación aumenta el riesgo de producir graves efectos en su

condición mental, lo cual constituiría un trato cruel, inhumano o degradante y de acuerdo con las circunstancias puede constituir tortura. Lo cual vulneraría el principio de dignidad humana, el derecho a la integridad física y mental y el derecho de las personas con discapacidad a no ser sometidas a tortura u otros tratos o penas crueles que se encuentran protegidos por la CDPD.

5. El aislamiento solitario aplicado a las personas privadas de libertad en virtud del criterio de peligrosidad en el sentido de ser “propensas a violentar o hacer daño contra terceros o a sí mismas”, asociación que suele vincularse hacia las personas con discapacidad mental o psicosocial, no cuenta con evidencia que lo respalde y resulta discriminatorio, desproporcional y vulnera el derecho a la integridad personal. A pesar de ello, esta postura es utilizada para el empleo del aislamiento solitario en prisioneros de guerra con discapacidad mental o psicosocial.
6. Hasta la actualidad no hay un consenso de aplicación internacional de la privación de libertad en personas con discapacidad (artículo 14 de la CDPD). No obstante, para la presente investigación entendemos al artículo 14 de la siguiente manera: el artículo es una disposición directa de no discriminación que garantiza el derecho básico a la libertad y la seguridad de la persona; y, garantiza que las personas con discapacidades que estén privadas de su libertad tengan las mismas garantías que otras en virtud del derecho internacional de los derechos humanos.
7. El empleo del aislamiento solitario en personas con discapacidad mental o psicosocial se encuentra basado en el criterio de peligrosidad, pues suelen ser consideradas altamente peligrosas para terceros o para ellas mismas, por lo tanto, se le restringe el derecho a la libertad personal empleando el aislamiento solitario. De esta forma mediante el artículo 14 de la CDPD

no es posible justificar una reclusión adicional por la sola condición de su discapacidad o sobre la base del criterio de peligrosidad; y, además, resulta arbitrario debido a que el aislamiento solitario en su caso particular - como personas con discapacidad mental o psicosocial- sólo agrava su condición mental preexistente, al punto que puede vulnerar sus derechos a la integridad personal, la salud y la vida.

8. El artículo 30 del III Convenio de Ginebra de 1949; la cual, desde su entrada en vigor, ha tenido como base un modelo médico de la discapacidad y cuenta con dos finalidades: la primera finalidad la rehabilitación de los prisioneros de guerra con discapacidad; y, la segunda finalidad, ha sostenido una medida de protección o de seguridad hacia terceros y no hacia las personas con discapacidad como sujetos de derecho.
9. Después de la entrada en vigor del Tercer Convenio de Ginebra de 1949, la interpretación del artículo 30 no ha cambiado del todo hasta la actualidad, si bien ha habido avances en su comprensión reflejados en los últimos comentarios publicados en el 2020 del Tercer Convenio de Ginebra del CICR, no hubo una interpretación de acuerdo a los nuevos estándares de la CDPD y perpetúa la vigencia del empleo del aislamiento solitario en prisioneros con discapacidad mental bajo el criterio de peligrosidad.
10. La interpretación del artículo 30 del Tercer Convenio de Ginebra de 1949 ha variado con el tiempo conforme al desarrollo del modelo social de la discapacidad, los estándares de la CDPD contenidos en sus artículos 14 (libertad y seguridad de la persona) y 15 (protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes), los cuales conforman los nuevos parámetros de comprensión en las diversas figuras de privación de libertad en reclusos con discapacidad mental.

11. Sumado al desarrollo de los nuevos estándares de la CDPD, se debe considerar la evolución de los valores protegidos por las normas humanitarias, como las garantías mínimas contempladas en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, tales como: el trato humano, la prohibición de índole desfavorable y la prohibición de la tortura; así como, todo acto cruel, inhumano y degradante. Estos parámetros fundamentales son importantes para la adecuada interpretación del artículo 30 que se encuentra desfasado si tenemos en cuenta los nuevos estándares de derechos humanos en la materia.
12. Para la actualización de la normativa contenida en el artículo 30, es necesario utilizar determinados métodos de interpretación del derecho internacional. Los métodos usados para reinterpretación de la norma son los siguientes: la interpretación dinámica, el principio *pro persona*, el criterio del uso o sentido común de los términos o coherencia terminológica y el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949.
13. Los criterios de interpretación utilizados nos permiten actualizar el artículo 30 conforme al nuevo *corpus juris* de las personas con discapacidad y construir los términos o nociones unívocas del DI que emanan de tal disposición normativa, como la tortura o un trato o pena cruel, inhumano o degradante, debido a que son la base para reinterpretar el artículo 30 conforme a los nuevos estándares, dándole un sentido humanitario conforme a la dignidad de la persona con discapacidad. De ese modo, hay dos nuevas reinterpretaciones del contenido de la norma.
14. La primera nueva reinterpretación es que el aislamiento solitario en prisioneros de guerra con discapacidad mental resultaría discriminatorio y arbitrario, pues genera una disposición de aislamiento de las personas con discapacidad mental por el solo hecho de serlo, por ende, se

genera el supuesto de privación de libertad justificado únicamente en la propia discapacidad, lo cual se encuentra prohibido tanto por el DIH, a través del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, como en el DIDH mediante los nuevos estándares de la CDPD.

15. La segunda reinterpretación es que el artículo 30 califica como mínimo un trato inhumano y en algunos casos, se configura el supuesto de tortura; ambos escenarios se encuentran prohibidos bajo el artículo 3 común de los CG. Además, en el supuesto de que se configure tortura, contravendría a una norma *jus cogens*.
16. Las dos reinterpretaciones llegan a la conclusión que, el aislamiento solitario en prisioneros de guerra con discapacidad mental o psicosocial en conflictos armados internacionales, no podría emplearse bajo ninguna circunstancia. En ese sentido, hay establezco dos supuestos que podrían generarse en lugar de la aplicación del aislamiento solitario, los cuales son: la repatriación o la retención. La repatriación se emplea como un ajuste razonable para los prisioneros de guerra con discapacidad mental, mientras que, la retención tiene que ser de acuerdo a los parámetros mínimos del tratamiento de las personas privadas de libertad.
17. Quienes trabajen y administren un campamento de prisioneros de guerra deben recibir capacitación sobre los derechos de las personas con discapacidad. En particular, los profesionales de la salud deben estar capacitados derechos de las personas con discapacidad y ética al momento de brindar atención médica sobre la base del consentimiento libre e informado de conformidad con los derechos humanos, la dignidad, la autonomía y las necesidades de la persona.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. (1994). *The Principle of Non-Refoulement as a Norm of Customary International Law. Response to the Questions Posed to UNHCR by the Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany in Cases 2 BvR 1938/93, 2 BvR 1953/93, 2 BvR 1954/93.*

<https://www.refworld.org/docid/437b6db64.html>

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. (2007). *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol.*

<https://www.refworld.org/docid/45f17a1a4.html>

American Civil Liberties Union. (2011). *Abuse of the Human Rights of Prisoners in the United States: Solitary confinement.* American Civil Liberties Union.

American Civil Liberties Union. (2014). *The dangerous over use of solitary confinement in the United States.* American Civil Liberties Union.

American Psychological Association. (2012). *Positions statements: segregation of prisoners with mental illness.*

http://www.dhcs.ca.gov/services/MH/Documents/2013_04_AC_06c_APA_ps2012_PrizSeg.pdf

Amnesty International. (2019). *Excluded: Living with Disabilities in Yemen's armed conflict.* Amnesty International.

Amnistía Internacional. (2014). *Entombed: Isolation in the US Federal Prison System.* Amnistía Internacional.

Asociación para la Prevención de la Tortura y Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL). (2009) *La tortura en el derecho internacional- Guía de jurisprudencia*.

Asociación para la Prevención de la Tortura. (s.f). *Tortura y malos tratos*.

<https://www.ap.t.ch/es/centro-de-conocimiento/detention-focus-database/trato/tortura-y-malos-tratos>

Barberis, J. (1994). *Formación del Derecho Internacional*. Ábaco.

Bartlett, P. (2012). A mental disorder of a kind or degree warranting confinement: examining justifications for psychiatric detention. *The International Journal of Human Rights*, 16, 831-844. DOI: <https://doi.org/10.1080/13642987.2012.706008>.

Beccaria, C. (2015). *Tratados de los delitos y de las penas*. Universidad Carlos III de Madrid.

Bentham, J. (2000). *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Batoche Books.

Bond, J. (1973). Application of the Law of War to Internal Conflict. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 3(2), 372.

Bregaglio, R., & Salmón, E. (2015). *Nueve Conceptos claves para entender la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. IDEHPUCP.

Briggs, H. (1971). The travaux préparatoires of the Vienna Convention on the Law of Treaties. *American Journal of International Law*, 65, 705.

Byone, I., Oliver, M., & Barnes, C. (1991). *Equal Rights for Disabled People*. Institute of Public Policy Research.

Cançado Trindade, A. (14 de marzo del 2001) Voto concurrente en el caso Barrios Altos vs. Perú, Corte IDH.

- Charlesworth, H., Chinkin, C., & Wright, S. (1991). Feminist approaches to International Law. *The American Journal of International Law*, 85(4), 613-645. DOI: <https://doi.org/10.2307/2203269>.
- Clapham, A., Gaeta, P., & Sassòli, M. (2015). *The 1949 Geneva Conventions: a commentary*. Oxford University Press.
- Código Penal [CP] Ley XLV. 6 de octubre de 1960 (Pakistán).
- Colvin, M. (1997). *Penitentiaries, Reformatories, and Chain Gangs. Social Theory and the History of Punishment in Nineteenth Century America*. St. Marwin Press.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (3-14 de marzo de 2008). *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*. <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (8 de octubre de 2013). *Proceso de revisión de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos*. UNODC/CCPCJ/EG.6/2014/INF/2. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/EGM-Uploads/IEGM_Brazil_Jan_2014/IEGM_Vienna_25-28-March-2014/IACHR-S-VMTG.pdf
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2011). *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*. Inter-American Commission on Human Rights.
- Comisión Internacional de Derechos Humanos. (2018). *Case of Draci V. The Republic of Moldova and Russia Application N°5349/02 sentence 05 March 2018*. <https://international.vlex.com/vid/draci-v-the-republic-705707469>

Comité contra la tortura. (23 de noviembre de 2007). *Advance Unedited version*. General Comment No. 2. Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. Organización de las Naciones Unidas. AT/C/GC/2/CRP.1/Rev.4. Disponible en:

https://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/docs/CAT.C.GC.2.CRP.1.Rev.4_en.pdf

Comité contra la tortura. (24 de enero de 2008). *Observación General N° 2 Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes*. Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Organización de las Naciones Unidas. CAT/C/GC/2. Disponible en:

<https://undocs.org/es/CAT/C/GC/2>

Comité contra la tortura. (18 de diciembre de 2014). *Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Croacia*. Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Organización de las Naciones Unidas. CAT/C/HRV/CO/4-5. Disponible en:

<https://undocs.org/es/CAT/C/HRV/CO/4-5>

Comité contra la tortura. (3 de febrero de 2016). *Observaciones finales sobre el quinto informe periódico de China en relación con Hong Kong (China)*. Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Organización de las Naciones Unidas. CAT/C/CHN-HKG/CO/5. Disponible en:

<https://undocs.org/es/CAT/C/CHN-HKG/CO/5>

Comité contra la tortura. (10 de junio de 2016). *Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de Túnez*. Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles,

Inhumanos o Degradantes. Organización de las Naciones Unidas. CAT/C/TUN/CO/3.

Disponible en:

<https://undocs.org/es/CAT/C/TUN/CO/3>

Comité contra la tortura. (29 de mayo de 2017). *Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero de Bahrein*. Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Organización de las Naciones Unidas.

CAT/C/BHR/CO/2-3. Disponible en:

<https://undocs.org/es/CAT/C/BHR/CO/2-3>

Comité Internacional de la Cruz Roja. (14 al 26 de abril de 1947). Reporte de Trabajo en la Conferencia de Expertos para el estudio de la Convención para la protección de las víctimas de la guerra.

Comité Internacional de la Cruz Roja. (12 de febrero de 2005) *What is the definition of torture and ill treatment?* Material de enseñanza.

<https://www.icrc.org/en/doc/resources/documents/faq/69mjxc.htm>

Comité Internacional de la Cruz Roja. (abril de 2015). Meeting of all States on Strengthening Humanitarian Law Protecting Persons Deprived of their Liberty: Chair's Conclusion. World Meteorological Organization, 27-29 April 2015, Geneva.

Comité Internacional de la Cruz Roja. (junio de 2011). La política del CICR sobre la tortura. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 93, 882.

Comité Internacional de la Cruz Roja. (octubre de 2011). El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos. XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. Ginebra, Suiza 28 de noviembre – 1 de diciembre de 2011. 31IC/11/5.1.2. Disponible en:

<https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/red-cross-crescent-movement/31st-international-conference/31-int-conference-ihl-challenges-report-11-5-1-2-es.pdf>

Comité Internacional de la Cruz Roja. (2016). *Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field. Geneva, 12 August 1949. Commentary of 2016*. Disponible en:

<https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Treaty.xsp?action=openDocument&documentId=4825657B0C7E6BF0C12563CD002D6B0B>

Comité Internacional de la Cruz Roja. (5 de abril de 2016). *Curso sobre privación de libertad*. CICR.

<https://www.icrc.org/es/document/understanding-detention-e-learning-course>

Comité Internacional de la Cruz Roja. (2020). *Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War. Geneva, 12 August 1949. Commentary of 2020*. Disponible en:

<https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Treaty.xsp?action=openDocument&documentId=77CB9983BE01D004C12563CD002D6B3E>

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. (16 de diciembre de 2010).

Recomendación general N° 27 sobre las mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Organización de las Naciones Unidas. CEDAW/C/GC/27. Disponible en:

<https://undocs.org/es/CEDAW/C/GC/27>

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. (24 de julio de 2014).

Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de la

India. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Organización de las Naciones Unidas. CEDAW/C/IND/CO/4-5. Disponible en: <https://undocs.org/es/CEDAW/C/IND/CO/4-5>

Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. (30 de septiembre de 2013).

Observaciones finales sobre el informe inicial de Austria, aprobadas por el Comité en su décimo período de sesiones (2 a 13 de septiembre de 2013). Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Organización de las Naciones Unidas. CRPD/C/AUT/CO/1. Disponible en: <https://undocs.org/es/CRPD/C/AUT/CO/1>

Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. (8 de octubre de 2013).

Observaciones finales sobre el informe inicial de El Salvador, aprobadas por el Comité en su décimo período de sesiones (2 a 13 de septiembre de 2013). Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Organización de las Naciones Unidas. CRPD/C/SLV/CO/1. Disponible en: <https://undocs.org/es/CRPD/C/SLV/CO/1>

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (19 de mayo de 2014).

Observación General No. 1 (2014). Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Organización de las Naciones Unidas. U.N. Doc. CRPD/C/GC/1. Disponible en: <https://undocs.org/es/CRPD/C/GC/1>

Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. (2015). *Guidelines on article 14 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Organización de las Naciones Unidas.

Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. (26 de abril de 2018). *Observación general núm 6 (2018) sobre igualdad y no discriminación*. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Organización de las Naciones Unidas. CRPD/C/GC/6.

Disponible en:

<https://undocs.org/es/CRPD/C/GC/6>

Consejo de Europa (11 de enero de 2006) Reglas penitenciarias europeas. *Recomendaciones Rec(2006)2 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las reglas penitenciarias europeas*. Disponible en:

<https://rm.coe.int/16804cc2f1>

Consejo de Europa. (2011). *21st General Report of the CPT*. European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. Disponible en:

<https://rm.coe.int/1680696a88>

Consejo de Europa. (2016). *26th General Report of the CPT*. European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. Disponible en:

<https://rm.coe.int/168070af7a>

Constantino, R. (2021). *¿Hogar, dulce hogar? La privación de libertad de personas con discapacidad en casas particulares a partir de la sentencia Guillén Domínguez del tribunal constitucional peruano*.

https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/176300/18749_Maestría_derecho_FIN%20%281%29-147-175.pdf?sequence=1&isAllowed=y

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1982). *OC 6/82. Opinión Consultiva sobre “Otros Tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana Sobre Derechos Humanos)*. Serie A No. 01. 24 de septiembre de 1982. Disponible en:
https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_01_esp1.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1985). *OC-5/85, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29 Convención americana sobre Derechos Humanos)*. Serie A No. 05. 13 de noviembre de 1985. Disponible en:
https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1986). *OC 6/86. Opinión Consultiva sobre la expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Serie A No. 06. 9 de mayo de 1988. Disponible en:
https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (29 de julio de 1988). *Caso Velázquez-Rodríguez Vs. Honduras*. Serie C No. 04. Sentencia de 29 de julio de 1988. Disponible en:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1989). *OC-10/89, La interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Serie A No. 10. 14 de julio de 1989. Disponible en:
https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_10_esp1.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (16 de septiembre de 1997). *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Fondos*. Serie C No. 33. Sentencia del 17 de septiembre de 1997.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (18 de agosto de 2000). *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Serie C No. 69*. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Disponible en:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_69_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (25 de noviembre de 2000). *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Fondo. Serie C No. 70*. Sentencia de 25 de noviembre de 2000
Disponible en:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_70_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (27 de noviembre de 2003) *Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala. Serie C No. 103*. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Disponible en:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_103_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (5 de julio de 2006). *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Serie C No. 150*. Sentencia de 5 de julio de 2006.

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_150_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (11 de mayo de 2007). *Caso Bueno Alves. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 164*. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Disponible en:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_164_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (16 de noviembre de 2009). *Caso Gonzáles y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas.*

Serie C Ne. 205. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Disponible en:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (24 de octubre de 2012). *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, reparaciones y costas. Serie C No. 251.*

Sentencia del 24 de octubre de 2012. Disponible en:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_251_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (20 de noviembre de 2014). *Caso Gladys Espinoza Gonzáles y otros vs. Perú. Serie C No. 289.* Sentencia 20 de noviembre del 2014.

Disponible en:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_289_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2017). *OC 24/17, Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Serie A No. 24.* 24 de noviembre de 2017.

Disponible en:

https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (26 de marzo de 2021) *Caso Guachalá Chimbo y otros Vs. Ecuador. Fondo, reparaciones y costas. Serie C No. 423.* Sentencia del 26 de marzo de 2021. Disponible en:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_423_esp.pdf

Corte Internacional de Justicia. (1971). *Opinión Consultiva sobre las Consecuencias legales de la presencia de continuidad de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental), no obstante, lo dispuesto en la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad. 21 de junio de 1971.* CIJ.

Corte Internacional de Justicia. (18 de junio de 1966). *África del Sudoeste (Liberia v. Sudáfrica).*

Corte Internacional de Justicia. (23 de junio 1986). *Asunto de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua. Jurisdicción y Admisibilidad. Fondo. Sentencia 23 de junio de 1986.* CIJ.

- Corte Internacional de Justicia. (20 de diciembre de 1988). *Asunto de las acciones armadas entre Nicaragua y Honduras*.
- Corte Internacional de Justicia. (3 de febrero de 1994). *Asunto sobre la diferencia territorial entre Libia y Chad. Sentencia el 3 de febrero de 1994. s/e.*
- Corte Internacional de Justicia. (23 de junio de 1996). *Asunto Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua. Jurisdicción y Admisibilidad.*
- Corte Internacional de Justicia. (1996). *Opinión consultiva sobre justicia sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares.*
- Craig, H. (2003). Mental Health Issues in Long-Term solitary and Supermax confinement. *Crime & Delinquency*, 49(1), DOI: <https://doi.org/10.1177/0011128702239239>.
- Crawford, E. (2010). *The Treatment of Combatants and Insurgents under the Law of Armed Conflict*. Oxford University Press.
- De Asís Roig, R. (2004). *La incursión de la discapacidad en la teoría de los derechos: posibilidad, educación, Derecho y Poder. s/e.*
- De Clément, Z. (2015). La complejidad del principio pro homine. *Revista Doctrina*, 12, 103.
- De La Guardia, E. (1997). *Derecho de los Tratados Internacionales*. Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma.
- Deeks, A. (2009). Administrative Detention in Armed Conflict. *Case Western Reserve Journal of International Law*, 40(3), 406.
- Deeks, A. (2009). Administrative Detention in Armed Conflict. *Journal of International Law*, 42, DOI: <https://scholarlycommons.law.case.edu/jil/vol40/iss3/4>.

- Denholm, C., McGowan, P., & Tatham, P. (1996). Emerging from the shadows: Fijian children and youth with disabilities. En D. Blaine, & A. Neufeldt, *Beyond Basic Care: Special Education and Community Rehabilitation in Low Income Countries*. Captus Pres.
- Devandas, C. (2019). *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad. A/HRC/440/54. 40º período de sesiones. s/e.*
- Dickens, C. (1842). *Philadelphia and its solitary prison*.
<http://victorianweb.org/authors/dickens/pva/pva344.html>
- Doswald-Beck, L. (1997). El derecho internacional humanitario y la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la licitud de la amenaza o el empleo de armas nucleares”. *Revista Internacional de la Cruz Roja N°139*.
- Enggist, S., Moller, L., Gales, G., & Udsen, C. (2007). *Prisons and Health: a World Health Organization guide to the essentials in prison health (2nd edition)*. WHO Regional Office Europe.
- European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (2011). 21st General Report (1 August 2010 – 31 July 2011).
- European Court of Human Rights. (18 de enero de 1978) *Irlanda c. Reino Unido, Application N° 5310/71*.
- European Court of Human Rights. (22 de octubre de 1981) *Dudgeon Vs. Reino Unido. Application N°. 7525/76*.
- European Court of Human Rights. (7 de julio de 1989). *Soering Vs. Reino Unido. Application N°. 14038/88*.
- European Court of Human Rights. (18 de diciembre de 1996). *Loizidou Vs. Turquía. Application N° 15318/89*.

European Court of Human Rights. (21 de diciembre de 1999). *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*. Application N° 33290/96.

European Court of Human Rights. (27 de junio de 2000) *Salman Vs. Turkey*. Application 21986/93.

European Court of Human Rights. (24 de julio de 2001). *Valasinas Vs. Lituania*. Application N°44558/98.

European Court of Human Rights. (3 de marzo de 2003). *Ezeh and Connors Vs. Reino Unido*. Application N°44558/98.

European Court of Human Rights. (29 de abril 2003). *Poltoratski Vs. Ucrania*. Application N° 1439/06.

European Court of Human Rights. (4 de julio de 2004). *Ilascu and Others Vs. Moldava and Russia*. Application N° 39665/98 y 40086/98.

European Court of Human Rights. (12 de mayo de 2005). *Öcalan Vs. Turquía*. Application N°. 46221/99.

European Court of Human Rights. (21 de julio de 2005). *Rohde Vs. Dinamarca*. Application N° 69332/01.

European Court of Human Rights. (31 de Agosto de 2005). *Kismir Vs. Turkey*. Application N°. 27306/95.

European Court of Human Rights. (4 de julio de 2006). *Ramirez Sanchez V. France*. Application N° 59450/00

European Court of Human Rights. (14 de enero de 2011). *A. B. Vs. Rusia*. Application N° 1439/06.

- European Court of Human Rights. (14 de septiembre de 2014) *Hassan Vs. Reino Unido*.
Application N° 29750/09.
- European Court of Human Rights. (20 de octubre de 2016). *Muršić v. Croatia*. *Application N° 7334/13*.
- Fernandes, L. (24 de abril de 2018). Brasil. El confinamiento impuesto a Lula es “explícitamente ilegal». *Resumen Latinoamericano*.
<https://www.resumenlatinoamericano.org/2018/04/24/brasil-el-confinamiento-impuesto-a-lula-es-explicitamente-ilegal/>
- Fernández, O., & Esbec, E. (2003). Valoración de la peligrosidad criminal (Riesgo-Violencia) en Psicología forense. *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, 3(2), 65-90.
- Fitzalan, F. (2018). The effect of segregation. *Prison Service Journal*, 236, 4.
- Flynn, E., & Arstein, K. (2017). State intervention in the lives of people with disabilities: The case for a disability neutral framework. *International Journal of Law in Context*.
Cambridge University Press, 13, 25.
- Focarelli, C. (2019). *International Law. Chapter 2: Inter-state creation and intra-state application of international law*. Edward Elgar.
- Foucault, M. (1978). *Historia de la locura en la Edad Clásica*. Perspectiva.
- Foucault, M. (1995). *Discipline and Punish*. Vintage Books.
- Gardam, J. (1997). Women and Law of Armed Conflict: Why the Silence? *International & Comparative Law Quarterly*, 46, 55-80.
- Grassian, S. (1993). *Psychiatric Effects of Solitary Confinement*.
https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1362&context=law_journal_law_policy

- Grassian, S. (2006) Psychiatric effects of solitary confinement. *Journal of Law and Policy*.
Volume 22 (2006) Access to Justice: The Social Responsibility of Lawyers | Prison Reform: Commission on Safety and Abuse in America's Prisons.
- Greenwood, G. (1995). Historical Development and Legal Basis. En F. Dieter, *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts* (pág. 28). Oxford University Press.
- Gurbai, S., & Martin, S. (2018). *Is involuntary placement and non-consensual treatment ever compliant with UN Human rights standards? A survey of UN Reports (2006-2017)*.
https://www.researchgate.net/publication/322357584_Is_Involuntary_Placement_and_Non-Consensual_Treatment_Ever_Compliant_with_UN_Human_Rights_Standards_A_Survey_of_UN_Reports_2006-2017
- Hashemian, F. (2008). *Medical Evidence of Torture by US Personnel and Its Impact*.
<https://phr.org/our-work/resources/broken-laws-broken-lives/>
- Heisel, A., Montanía, C., & Rolón, J. (2005). *Legislación penitenciaria y de ejecución penal en el derecho comparado*. Cooperación Técnica Alemana GTZ.
- Henckaerts, J., & Doswald-Beck, L. (2005). *Customary International Humanitarian Law*. Cambridge University Press.
- Henckaerts, J., & Doswald-Beck, L. (2005). *Customary International Humanitarian Law*. International Committee of the Red Cross.
- Hinkle Le, J., & Wolff, H. (1956). Communist interrogation and indoctrination of "enemies of the states": analysis of methods used by the Communist state police (a special report). *AMA ArchNeurolPsychiatry*, 115–174.

- Horowitz, J. (2012). Transferring Wartime Detainees and a State's Responsibility to Prevent Torture. *American University National Security Law Brief*, 2(2), 61-64.
- Human Rights Watch. (2018). *I needed help, instead I was punished*. Human Rights Watch.
- Imprisonment Act. (2005) *Imprisonment Act (767/2005)*. Recuperado de:
https://www.rikosseuraamus.fi/material/attachments/rise/saannokset-osanliitteet/6IOn6IKW7/Vankeuslaki_-_Imprisonment_Act.pdf
- Kanter, A. (2015). *The Development of Disability Rights under International Law: From charity to Human Rights*. Routledge.
- Kupers, T. (2018). Waiting alone to die. In Toch, H., Acker, J. & Bonventre, V. (Eds.), *Living on death row: The psychology of waiting to die* (pp. 52-56). Washington, DC: American Psychological Association.
- Lauterpacht, H. (1934). Les travaux préparatoires et l'interprétation des traités. En *L 'académie de droit international de la haya. Recueil des cours de l 'Académie de droit international de la Haya* (págs. 785-786). Springe.
- Llanos, H. (1979). *Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público*. Editorial Jurídica de Chile.
- Lord, J. (2010). Shared Understanding or Consensus-Masked Disagreement? The Anti-Torture Framework in the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. *The Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, 33, 44.
- Lord, J. (2014). Persons with Disabilities in International Humanitarian Law- Paternalism, Protectionism or Rights? En M. Gill, & C. Schlund-Vials, *Disability, Human Rights and the Limits of Humanitarianism* (pág. 160). ASGHAGTE.

- Martinez, L. (2014). La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad. *Revista para el análisis del Derecho*, 2, DOI: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4705356>.
- Medina, C., & Nash, C. (2003). *Manual de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Centro de Documentación, Defensoría Penal Pública.
- Metzner, J., & Fellner, J. (2010). Solitary confinement and Mental Illness in U.S. Prisons: A Challenge for Medical Ethics. *The journal of the american academy of Psychiatry and the Law*, 38(1), 104-108.
- Miné, M. (31 de marzo – 1 de abril de 2003) Los conceptos de discriminación directa e indirecta. Conferencia «Lucha contra la discriminación: Las nuevas directivas de 2000 sobre la igualdad de trato».
- Minkowitz, T. (2007). The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the Right to Be Free from Nonconsensual Psychiatric Interventions. *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 24(2), DOI: <https://ssrn.com/abstract=1481512>.
- Minkowitz, T. (2011). *When mental health laws contravene the CRPD- An application of article 14 with implications for the obligations of states parties*. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1928600
- Morris, N., & Rotham, D. (1998). *The Oxford history of the prison: the practice of punishment in Western Society*. Oxford University press.
- Mugabi, I. (2018). An Analysis of the Adequacy of Protection afforded by the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) in Situations of Armed Conflict. *Societies*, 8, 28.

- Nilsson, A. (2014). Objective and Reasonable? Scrutinising Compulsory Mental Health Interventions from a Non-discrimination Perspective. *Human Rights Law Review* , 29, 482-483.
- Nogueira, H. (2008). *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*. Librotecnia.
- Novak, F. (2013). Los criterios para la interpretación de los Tratados. *THEMIS-Revista de Derecho*, 63, 74.
- Nowak, M. (2008). *Interim report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*. A/63/175.
https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/SPECIAL_RAPPORTEUR_EN.pdf
- Organización de las Naciones Unidas. (13 de mayo de 1977). *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos*. Reglas Nelson Mandela.
<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/treatmentofprisoners.aspx>
- Organización de las Naciones Unidas. (14 de diciembre de 1990). Principios básicos para el tratamiento de los reclusos. *Resolución de la Asamblea General*. 45/111. Disponible en:
<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/basicprinciplestreatmentofprisoners.aspx>
- Organización de las Naciones Unidas. (10 de marzo de 1992). *CCPR Observación General 20 (General Comments)*. Reemplaza a la observación general 7, prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles (art. 7). Office of the High Commissioner for Human Rights.
<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1399.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas. (1994). Informe de la Comisión de Derecho Internacional. Asamblea General. A/49/10. Disponible en:

[https://www.undocs.org/es/A/49/10\(SUPP\)](https://www.undocs.org/es/A/49/10(SUPP))

Organización de las Naciones Unidas. (12 de octubre de 2001). *Report of the Committee against Torture*. Asamblea General. A/56/44.

<https://undocs.org/en/A/56/44>

Organización de las Naciones Unidas. (21 de julio de 2003). *Observación General N° 4 (2003)*.

La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño. Comité de los derechos del niño. CRC/GC/2003/4. Disponible en:

<https://undocs.org/es/CRC/GC/2003/4>

Organización de las Naciones Unidas. (12 de mayo de 2004). Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos. Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos.

HRI/GEN/1/Rev.7. Disponible en internet:

<https://undocs.org/es/HRI/GEN/1/Rev.7>

Organización de las Naciones Unidas. (14 de octubre de 2005). *Carta de fecha 7 de octubre de 2005 del Presidente del Comité Especial dirigida a todos los miembros del Comité*.

Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad.

Asamblea General. A/AC.265/2006/1. Disponible en:

<https://undocs.org/es/A/AC.265/2006/1>

Organización de las Naciones Unidas. (16 de diciembre de 2005). *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con la tortura y la detención tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. Informe del Relator Especial sobre la*

cuestión de la tortura, Manfred Nowak. Comisión de Derechos Humanos. Consejo Económico y Social. E/CN.4/2006/6. Disponible en:

<https://undocs.org/pdf?symbol=es/E/CN.4/2006/6>

Organización de las Naciones Unidas. (13 de abril de 2006). *Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional. Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional Elaborado por Martti Koskenniemi.* Comisión de Derecho Internacional. Asamblea General. A/CN.4/L.682. Disponible en:

<https://undocs.org/es/A/CN.4/L.682>

Organización de las Naciones Unidas. (17 de abril de 2007). *Examen de los informes presentados por los Estados Partes con arreglo al artículo 40 del Pacto. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos.* Comité de Derechos Humanos. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. CCPR/C/CHL/CO/5. Disponible en:

<https://undocs.org/es/CCPR/C/CHL/CO/5>

Organización de las Naciones Unidas. (28 de julio de 2008). *La tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.* Informe provisional del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Asamblea General. A/63/175.

<https://undocs.org/sp/A/63/175>

Organización de las Naciones Unidas. (26 de enero de 2009). *Estudio temático preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para mejorar el conocimiento y la comprensión de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.* Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas

para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General. Consejo de Derechos Humanos. Asamblea General. A/HRC/10/48.

Disponible en:

<https://undocs.org/es/A/HRC/10/48>

Organización de las Naciones Unidas. (2 de julio de 2009). *Observación General N° 20 La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. Comité de Derechos Económicos, sociales y culturales. Consejo Económico y Social.

E/C.12/GC/20. Disponible en:

<https://undocs.org/es/E/C.12/GC/20>

Organización de las Naciones Unidas. (3 de agosto de 2009). *La tortura y otros tratos o penas o penas crueles, inhumanos o degradantes*. Informe provisional del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Asamblea General. A/64/215.

<https://undocs.org/sp/A/64/215>

Organización de las Naciones Unidas. (5 de agosto de 2011). *La tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*. Informe provisional del Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Asamblea General. A/66/268.

<https://undocs.org/es/A/66/268>

Organización de las Naciones Unidas. (1 de febrero de 2013) *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez*. Consejo de Derechos Humanos. Asamblea General. A/HRC/22/53. Disponible en:

<https://undocs.org/es/A/HRC/22/53>

Organización de las Naciones Unidas. (16 de diciembre de 2014) *Observación General N° 35.*

Artículo 9 (libertad y seguridad personales). Comité de Derechos Humanos. Pacto

Internacional de Derechos Civiles y Políticos. CCPR/C/GC/35. Disponible en:

<https://undocs.org/sp/CCPR/C/GC/35>

Organización de las Naciones Unidas. (29 de diciembre de 2014). *Informe del Relator Especial*

sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E.

Méndez. Consejo de Derechos Humanos. Asamblea General. A/HRC/28/68/Add.3.

Disponible en:

<https://undocs.org/en/A/HRC/28/68/Add.3>

Organización de las Naciones Unidas. (27 de febrero de 2015). *Report of the Special Rapporteur*

on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Juan E.

Méndez - Addendum - Follow up report: Missions to the Republic of Tajikistan and

Tunisia. Asamblea General. A/HRC/28/68/Add.2.

<https://undocs.org/en/A/HRC/28/68/Add.2>

Organización de las Naciones Unidas. (5 de marzo de 2015). *Observations on communications*

transmitted to Governments and replies received. Report of the Special Rapporteur on

torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Juan E. Méndez.

Asamblea General. A/HRC/28/68/Add.1. Disponible en:

<https://undocs.org/en/A/HRC/28/68/Add.1>

Organización de las Naciones Unidas. (1 de mayo de 2015). *Visita a Malasia.* Informe del

Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de

salud física y mental, Dainius Pūras. A/HR/2929/33/Add.1.

<https://undocs.org/en/A/HRC/29/33/Add.1>

Organización de las Naciones Unidas. (5 de enero de 2016). *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*. Consejo de Derechos Humanos. Asamblea General. A/HRC/31/57. Disponible en:

<https://undocs.org/es/A/HRC/31/57>

Organización de las Naciones Unidas. (13 de diciembre de 2016). *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes sobre su misión a Mauritania*. Consejo de Derechos Humanos. Asamblea General. A/HRC/34/54/Add.1.

Disponible en:

<https://undocs.org/es/A/HRC/34/54/Add.1>

Organización de las Naciones Unidas (11 de enero de 2019). A/HRC/40/54.

Organización Mundial de la Salud. Constitución de la Organización Mundial de la Salud. OMS. 22 de julio de 1946.

Palacios, A. (2008). *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Ediciones Cinca.

Palacios, A. (2008). *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Ediciones Cinca.

Palacios, A. (2014) El modelo social de la discapacidad. En Bregaglio, R y Salmón, E (Eds) Nueve conceptos para entender la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, pp. 9-34. IDEHPUCP.

- Pérez, M. (2012). La cláusula en su concepción prístina. En J. Rodríguez, & J. López, *La protección de la persona y el principio de la humanidad en el siglo XXI* (pág. 116). Cruz Roja Española.
- Pictet, J. (1958). *The Geneva Convention of 12 August 1949: Commentary Fourth Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*. CICR.
- Pictet, J. (1960). *Comentarios al Tercer Convenio de Ginebra de 1949*. CICR.
- Pictet, J. (1960). *Third Geneva Convention Relevant to the Treatment of Prisoners of War*. ICRC.
- Pictet, J. (1985). *Development and Principles of International Humanitarian Law*. Martinus Nijhoff Publishers.
- Pinto, M. (2004). El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. En M. Abregú, & C. Courtis, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales* (pág. 163). Editores del Puerto.
- Piza, R., & Trejos, G. (1989). *Derecho internacional de los derechos humanos: la Convención Americana*. Juricentro.
- Priddy, A. (2019). *Disability and armed conflict*. Geneva Academy. Academy Briefing.
- Priddy, A. (2021). *Military Briefing: Persons with Disabilities and Armed Conflict*. Geneva Academy.
- Pueyo, A. (2013). Peligrosidad criminal: análisis crítico de un concepto polisémico. *Neurociencias y Derecho Penal*. Edisofer S. L.
- Quinn, G. (2006). *The UN Human Rights of Person with Disabilities treaty. A Blueprint for Disability Law and Policy Research and Reform*. Conferencia pronunciada en Dublín el 16 de noviembre de 2006. National Disability Authority.

- Ramirez, G. (2013). *El ejercicio y limitación de los derechos fundamentales de los reclusos: análisis normativo y de la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional*. Pontificia Universidad Católica del Perú:
https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/4775/RAMIREZ_PA_RCO_GABRIELA_DERECHOS_RECLUSOS.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Ramlagan, N. (15 de febrero de 2014). Solitary Confinement Fundamentally Alters the Brain, Scientists Say. American Association for the Advancement of Science.
<https://www.aaas.org/news/solitary-confinement-fundamentally-alters-brain-scientists-say>
- Robledo, F. (2006). Jerarquía de los tratados sobre derechos humanos en la Constitución argentina. Nuevas pautas de hermenéutica, aplicación y armonización con el derecho interno y control de constitucionalidad de los derechos humanos. *Corpus Iuris Regioni. Revista Jurídica Regional y Subregional Andina: Iquique*, 259-284.
- Rodenhäuser, T. (2016). Strengthening IHL protecting persons deprived of their Liberty: Main aspects of the consultations and discussions since 2011. *International Review of the Red Cross. Detention: Addressing the human cost*, 98, 948.
- Rodríguez, J. (2016). *Peligrosidad e internación en el derecho penal: reflexiones desde el modelo social de discapacidad*. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Sagués, N. (1998). *La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.
- Salmón, E. (2016). *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*. IDEHPUCP. CICR.

- Sandoz, Y., Swinarski, C., & Zimmermann, B. (1987). *Comentarios a los Protocolos adicionales del 8 de junio de 1977 a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*. Martinus Nijhoff.
- Scharff, P. (1996). *An Introduction to the Istanbul Statement on the Use and effects of solitary confinement*. s/e.
- Scharff, P. (2006). The effects of solitary confinement on prison inmates: a brief history and Review of the literature. *Crime and Justice*, 34, 441.
- Scharff, P. (2008). Solitary confinement: An introduction to the Istanbul Statement on the Use and Effects of Solitary Confinement. *Torture: Quarterly Journal on Rehabilitation of Torture Victims and Prevention of Torture* 18(1), 56-62.
- Scharff, P. (2009). Solitary confinement: history, practice, and human rights standards. *Prison service journal*, 181, 3.
- Shalev, S. (2008). *A sourcebook on Solitary Confinement*. Mannheim Centre for Criminology.
- Shalev, S. (2015). Solitary confinement: The view from Europe. *Canadian Journal of Human Rights*, 4, 159.
- Shalev, S. (2017). *Thinking outside the box? A review of seclusion and restraint practices in New Zealand*. Human Rights Commission.
- Shahabuddeen. (1996). *Opinión Disidente en la Opinión consultiva sobre justicia sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares. Sentencia el 19 de julio de 1996*.
- Subcomité para la prevención de la tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes. (2014). *Visita al Perú del 10 al 20 de septiembre de 2013: observaciones y recomendaciones dirigidas al Perú*. Publicado en 2017. Disponible en:

<https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CAT->

[OP/Shared%20Documents/PER/CAT_OP_PER_R-1_7243_S.pdf](https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CAT-OP/Shared%20Documents/PER/CAT_OP_PER_R-1_7243_S.pdf)

Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o

Degradantes. (2016). *Enfoque del Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles*. s/e.

Tenet, G. (6 de octubre de 2016) [Memo aprobado por el Director de la Central de Inteligencia –

George Tenet – en fecha 28 de junio de 2003] *Guidelines on Interrogations Conducted Pursuant to the Presidential Memorandum of Notification of 17 September 2001*.

[https://www.thetorturedatabase.org/document/cia-director-memo-guidelines-](https://www.thetorturedatabase.org/document/cia-director-memo-guidelines-interrogations-conducted-pursuant-presidential-memorandum-noti?search_url=search/apachesolr_search/FUIDELINES%20ON%20INTERROGATIONS%20CONDUCTED%20PURSUANT%20TO%20THE%20CIA)

[interrogations-conducted-pursuant-presidential-memorandum-](https://www.thetorturedatabase.org/document/cia-director-memo-guidelines-interrogations-conducted-pursuant-presidential-memorandum-noti?search_url=search/apachesolr_search/FUIDELINES%20ON%20INTERROGATIONS%20CONDUCTED%20PURSUANT%20TO%20THE%20CIA)

[noti?search_url=search/apachesolr_search/FUIDELINES%20ON%20INTERROGATIO](https://www.thetorturedatabase.org/document/cia-director-memo-guidelines-interrogations-conducted-pursuant-presidential-memorandum-noti?search_url=search/apachesolr_search/FUIDELINES%20ON%20INTERROGATIONS%20CONDUCTED%20PURSUANT%20TO%20THE%20CIA)

[NS%20CONDUCTED%20PURSUANT%20TO%20THE%20CIA](https://www.thetorturedatabase.org/document/cia-director-memo-guidelines-interrogations-conducted-pursuant-presidential-memorandum-noti?search_url=search/apachesolr_search/FUIDELINES%20ON%20INTERROGATIONS%20CONDUCTED%20PURSUANT%20TO%20THE%20CIA)

Ticehurst, R. (1997). La cláusula de Martens y el derecho de los conflictos armados. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 22(140), 1.

Tocino, I. (2018). *La importancia de la cláusula Martens en la regulación del uso de drones durante conflictos armados*. Lecciones y Ensayos.

Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia. (16 de noviembre de 1988). *Fiscal v. Zejnil Delalic*. Caso N° IT-96-21-T.

Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia. (2 de octubre de 1995). *Fiscal v. Dusko Tadic*. Caso N° IT-94-1-A

Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia. (10 de diciembre de 1998). *Caso Fiscal v. Furundzija*. Caso N° IT-95-17/1-T.

Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia. (1 de septiembre de 2004). *Fiscal v.*

Radoslav Brđanin. Caso N° IT-99-36-T.

Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia. (24 de marzo de 2000). *Fiscal v. Zlatko*

Aleksovski. Caso N° IT-95-14/1-A

Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia. (2 de noviembre de 2001). *Fiscal v.*

Miroslav Kvočka. Caso N° IT-98-30/1-T

Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia. (15 de marzo de 2002). *Fiscal v. Milorad*

Krnojelac. Caso N° IT-97-25-T.

Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia. (17 de septiembre de 2003). *Fiscal v.*

Milorad Krnojelac. Caso N° IT-97-25-A.

Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia. (1 de septiembre de 2004). *Fiscal v.*

Radoslav Brđanin. Caso N° IT-99-36-T.

Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia. (28 de noviembre de 2006). *Fiscal v. Milan*

Martić. Caso N° IT-95-11-T.

Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia. (3 de abril de 2008). *Fiscal v. Ramush*

Haradinaj. Caso N° IT-04-84-T.

Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia. (29 de noviembre de 2012). *Fiscal v.*

Ramush Haradinaj. Caso N° IT-04-84 bis-T.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda. (2 de septiembre de 1998). *Fiscal v. Akayesu. Caso N°*

ICTR-96-4-T.

U.S. District Court for The Southern District of Texas. (1999). *US District Court for the*

Southern District of Texas - 37 F. Supp. 2d 855 (S.D. Tex. 1999).

<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/37/855/2415783/>

- United Nations Human Rights Office of the High Commissioner. (18 de octubre de 2016). *Set universal standards for interviewing detainees without coercion, UN anti-torture expert urges States*.
<https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=20722&LangID=E>
- United States District Court, N.D. California. No. C90-3094-TEH889 F. Supp. 1146 (1995), 10 de enero de 1995.
- United States District Court, S.D. Texas. No. CIV.A. H-78-987. 37 F. Supp. 2d 855 (1999), 1 de marzo de 1999.
- United States District Court, W.D. Wisconsin. No. 00-C-421-C. 172 F. Supp. 2d 1128 (2001), 18 de septiembre de 2001.
- Villiger, M. (2009). *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Martinus Nijhoff.
- Villiger, M. (2009). *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Brill.
- Walmsley, R. (2016). *World Prison Population List*. Institute for Criminal Policy Research.
- Weil, Gotshal, & Manges. (2016). *Seeing into solitary: A review of the laws and policies of certain nations regarding solitary confinement of detainees*. Weil.
- Yassen, M. (1976). L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienna sur le droit des traités. En *Académie de droit international de La Haye. Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye* (págs. 33-34). Brill.
- Ziffer, P. (2008). *Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en derecho penal*. Hammurabi.