

**DERECHOS HUMANOS, ESTADOS DE EMERGENCIA
Y DERECHO INTERNACIONAL**

por **JAIME ORAA ORAA**

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. PARTE PRIMERA: LAS NORMAS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS EN SITUACIONES DE EMERGENCIA EN EL CONTEXTO DE LOS TRATADOS MULTILATERALES
 1. El principio de la amenaza excepcional
 2. El principio de proclamación
 3. El principio de notificación
 4. El principio de inderogabilidad de los derechos fundamentales
 5. El principio de proporcionalidad
 6. El principio de no discriminación
 7. El principio de consistencia
- III. PARTE SEGUNDA: LOS DERECHOS HUMANOS EN ESTADOS DE EMERGENCIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL
 1. Derechos humanos y derecho internacional Consuetudinario
 2. Primera aproximación: Derechos humanos en situaciones de emergencia: la doctrina del Estado de necesidad
 3. Segunda aproximación: La emergencia de algunos de los principios de la cláusula derogatoria como «principios generales de derecho»
 - A) El principio de amenaza excepcional
 - B) El principio de proporcionalidad
 - C) El principio de no discriminación
 - D) El principio de inderogabilidad de los derechos fundamentales
- IV. CONCLUSIÓN

I. INTRODUCCION¹

Uno de los problemas más importantes en la protección internacional de los derechos humanos es el de identificación de las normas que regulan estos derechos en situaciones de emergencia. Las situaciones de emergencia pública presentan un grave problema para los Estados: éstos tienen que superar la emergencia y restaurar el orden público alterado en el país, respetando al mismo tiempo los derechos fundamentales de los individuos. La cláusula derogatoria de los tratados internacionales de derechos humanos establece el régimen jurídico regulador de este problema crucial. Dicha cláusula ha sido descrita como «la piedra angular» de todo el sistema de protección de los derechos humanos, y como la norma más importante de los mismos².

Existen además dos razones adicionales que hacen que el tema de este curso sea sumamente relevante. En primer lugar, porque en las últimas décadas las más graves violaciones de derechos humanos han ocurrido en el contexto de estados de emergencia o excepción. En estas situaciones, los Estados, frecuentemente usando la emergencia como excusa, ha denegado la aplicación de las normas fundamentales y han tomado medidas derogatorias a todas luces excesivas y en violación de los tratados internacionales sobre derechos humanos. Como botón de muestra de la amplitud del fenómeno, el Relator Especial de Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Emergencias, constataba en su último informe que en la década de 1985-95, noventa Estados de la comunidad internacional habían experimentado situaciones de emergencia; dichos Estados pertenecían a todo tipo de regiones y sistemas jurídicos, lo cual indica la universalidad del fenómeno. Si se contabiliza el número de estados de emergencia en el mismo período de tiempo, teniendo en cuenta que en un mismo Estado han podido proclamarse varias veces, el número de éstos se eleva a 200³.

En segundo lugar, porque casi un tercio de los Estados miembros de la comunidad internacional no son partes de estos tratados internacionales de derechos humanos que establecen un régimen jurídico especial para situaciones de emergencia⁴; como consecuencia de esta situación, los principios previstos en esos tratados no son aplicables como tales a los Estados que no son partes de los mismos. Este hecho, junto con la ausencia notable de estudios sobre esta cuestión, ha creado una incertidumbre peligrosa relativa a los principios fundamentales que regulan los derechos humanos en situa-

¹ En este curso expondremos sucintamente las conclusiones generales a las que hemos llegado después de un análisis exhaustivo del tema en nuestra obra *Human Rights in States of Emergency in International Law*, Oxford, 1992 (reimp. 1996). Por esta razón, incluimos en este curso un apartado bibliográfico y crítico mínimo. Para la comprobación detallada de todas nuestras afirmaciones remitimos al lector a nuestra obra mencionada.

² Véase el comentario de PRADO VALLEJO, miembro del Comité de Derechos Humanos, de Naciones Unidas en, CCPR/C/SR. 351 (1982), p. 8, párrafo 32. Véase también el comentario del Fiscal General de Irlanda en el «caso Lawless» (*Counter Memorial of the Government of Ireland*) Series B: *Pleadings...*, p. 224.

³ E/CN. 4/Sub. 2/1995/20, p. 5 (26 de junio de 1995). *Eight Annual Report. Question of Human Rights and States of Emergency*. Leandro Despouy.

⁴ A 1 de enero de 1996, 133 Estados eran partes en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

ciones de emergencia de acuerdo con el derecho internacional general. Esta incertidumbre puede verse en la práctica de los órganos de control de derechos humanos de las Naciones Unidas. Al mismo tiempo, algunos tratados internacionales sobre derechos humanos no contienen cláusula derogatoria alguna (p. ej., la Carta Africana y algunas convenciones de la OIT que se refieren a derechos humanos); en consecuencia, el régimen jurídico aplicable a estos casos permanece incierto. Por todas estas razones, un análisis minucioso de los principios generales reguladores de esta materia en derecho internacional general se revela de gran importancia.

En resumen, el objetivo fundamental del curso es doble: 1) Analizar los principios básicos que regulan los derechos humanos en situaciones de emergencia y que están contenidos en la cláusula derogatoria de los tratados internacionales y, 2) examinar los principios que regulan la misma cuestión en el Derecho internacional general. Respecto a este segundo punto, prestaremos una atención especial a la hipótesis que sostiene que algunos de los principios de la cláusula derogatoria se han convertido, o están en proceso de convertirse, en principios de derecho internacional general.

Tres observaciones metodológicas previas

1. Los tratados que van a ser especialmente examinados en este curso son: el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (1950), el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966), y la Convención Americana de Derechos Humanos (1969). Estos tres tratados contienen una cláusula derogatoria con normas específicas para situaciones de emergencia⁵. Estos tres tratados son considerados los más importantes en cuanto establecen un régimen general y exhaustivo relativo a los derechos civiles y políticos.

En este curso no trataremos la cuestión del impacto de los estados de emergencia sobre los derechos económicos, sociales y culturales, por dos motivos. Primero, porque la mayoría de los tratados relativos a estos derechos no contienen cláusula derogatoria alguna, sino solamente una cláusula de limitación general (p. ej., la del artículo 4 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966). En segundo lugar, porque estos derechos, al tener un carácter programático, y al ser muy débiles los mecanismos de aplicación establecidos en estos tratados, no han dado lugar a una rica jurisprudencia⁶.

2. Aunque los distintos derechos internos y la doctrina emplean una terminología muy variada al referirse a las situaciones de emergencia [se suelen utilizar términos como, «estado de sitio», «estado de excepción», «suspensión de garantías constitucionales», «poderes de emergencia» (*emergency powers*), «estado de urgencia» (*etat d'urgence*), «emergencia nacional», etc.], el término que usaremos en este curso será el de «estados de emergencia» debido a su empleo más extendido internacionalmente. En los tratados internacionales de derechos humanos arriba mencionados, sólo se contempla

⁵ Artículo 15 CEDH; artículo 4 PIDCP, y artículo 27 CADH.

⁶ Aunque la Carta Social Europea de 1961 sí tiene una cláusula derogatoria en su artículo 30, por las razones mencionadas tampoco ha dado lugar a una jurisprudencia relevante. Para un buen análisis de los efectos que las emergencias pueden tener en los derechos económicos y sociales véase: Comisión Internacional de Juristas, *States of Emergency: Their Impact on Human Rights*, Ginebra, 1983, pp. 417-424.

un único régimen jurídico para toda clase de situaciones de emergencia, en claro contraste con las legislaciones de muchos Estados que establecen diferentes situaciones de emergencia con sus respectivos regímenes jurídicos diversificados⁷; por tanto la expresión «estados de emergencia» será utilizada en este curso de acuerdo con el derecho internacional para referirse a todas las posibles situaciones de emergencia.

3. En el estudio de este tema analizaremos especialmente los *travaux préparatoires* de los tratados mencionados, así como la jurisprudencia de los órganos internacionales que tienen como misión la aplicación de las normas internacionales contenidas en los tratados. Tendremos en cuenta especialmente a los órganos de Estrasburgo, al Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, y a la Corte y Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

II. PARTE PRIMERA: LAS NORMAS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS EN SITUACIONES DE EMERGENCIA EN EL CONTEXTO DE LOS TRATADOS MULTILATERALES

En esta primera parte del curso analizaremos el régimen jurídico de la cláusula derogatoria de los tres tratados mencionados. El régimen jurídico de dicha cláusula podría sistematizarse en siete «principios» fundamentales⁸, que a continuación pasamos a desarrollar.

1. El principio de la amenaza excepcional

Uno de los primeros problemas en la regulación jurídica de los derechos humanos en emergencias es la definición precisa del tipo de emergencia que justifica la derogación de estos derechos. En los derechos internos de los Estados se encuentra una gran variedad de supuestos que justifican la declaración del estado de emergencia; muchos de estos supuestos no representan realmente una amenaza grave para el Estado⁹. Por tanto surge la pregunta de si estos supuestos de emergencias «menos graves» pueden ser aceptados por el derecho internacional como justificaciones legítimas para las derogaciones de derechos. No se puede asumir automáticamente que esas emergencias sean válidas de acuerdo con los tratados multilaterales. Por esta razón, la primera tarea será la de determinar el concepto preciso de emergencia previsto en los tres tratados.

El tipo de emergencia que justifica derogaciones de las normas de derechos humanos ha sido definido por los tres tratados como «un peligro público que amenace

⁷ Una caso típico es el de la Constitución Española de 1978 (arts. 55 y 116) que contempla tres situaciones de emergencia distintas con tres regímenes jurídicos diferenciados: estado de alarma, estado de excepción y estado de sitio.

⁸ La expresión «principios» es utilizada en un sentido amplio y abstracto, y no en el sentido técnico de «principios de Derecho internacional» o «principios generales de Derecho». Si todos o algunos de estos principios pueden ser considerados «principios generales» en sentido técnico es una cuestión que será analizada más adelante.

⁹ Una lista de supuestos puede encontrarse en E/CN. 4/826 (1962), p. 257. Otra lista en O'DONNELL, «States of Emergency», *Int. C.J. Review*, 21 (1978), p. 54.

la vida de la nación». El propósito principal de los redactores del Pacto, que sirvió de base posteriormente a las cláusulas derogatorias del Convenio Europeo y de la Convención Americana, fue calificar la emergencia de tal manera que no pudiera ser objeto de abusos por parte de los Estados. La calificación de la emergencia que se aprobó («que amenace la vida de la nación»), significa que la única emergencia que justifica derogaciones de derechos humanos es aquella emergencia de una gravedad excepcional y que afecta a la vida de la nación. Por tanto, emergencias menos graves, aunque sean válidas en derecho interno, no pueden servir de justificación para derogar normas de derechos humanos según los tratados. La jurisprudencia de los órganos internacionales encargados de aplicar los tratados ha clarificado este concepto de emergencia.

Así, en el «Caso Lawless», el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Comisión, interpretaron el concepto como «una situación de crisis o peligro excepcional e inminente que afecta al conjunto de la población, y que constituye una amenaza para la vida organizada de la comunidad que compone el Estado»¹⁰. Esta construcción del concepto constituye la jurisprudencia constante de los órganos europeos y ha sido aplicada en todos los casos relativos a emergencias. Cuando los Estados no han probado que en el país existía realmente una situación de excepcional gravedad, los órganos de Estrasburgo no han aceptado el derecho de estos Estados a derogar sus obligaciones en materia de derechos humanos contenidas en el Convenio (véase, por ejemplo, el caso Griego¹¹).

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha considerado igualmente que la emergencia que justifica derogaciones de derechos debe ser de excepcional gravedad y sólo puede durar mientras la vida de la nación está amenazada. Cuando el Comité ha analizado los informes periódicos de los Estados de acuerdo con el artículo 40 del Pacto, ha señalado su preocupación por el hecho de que los Estados hayan usado repetidas veces la cláusula derogatoria cuando las circunstancias no eran de excepcional gravedad, o cuando las derogaciones han continuado por un tiempo superior al de la duración de la emergencia. Incluso, actuando bajo el Protocolo Adicional I y en los casos de recursos individuales, el Comité no ha aceptado la mera alegación de los Estados de que existía en el país una situación de emergencia, cuando esta alegación no ha venido acompañada de pruebas concluyentes sobre la excepcionalidad de los hechos; así, en ausencia de prueba concluyente, el Comité ha negado al Estado la posibilidad de derogar los derechos humanos.

La Comisión Interamericana ha construido el concepto de emergencia de una manera muy similar a la de los otros órganos internacionales, a pesar de que el artículo 27 de la CADH, cuando se refiere al tipo de emergencia que justifica la derogación, contiene una formulación más amplia que la de los otros dos tratados; el artículo 27 se refiere a «un peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado». Esta formulación podría ser interpretada en principio como legitimadora de derogaciones en situaciones de menor gravedad. La interpretación

¹⁰ «Caso Lawless». European Court of Human Rights, Ser A: *Judgments* (1 de julio de 1961), p. 82, párrafo 90.

¹¹ Caso Griego, *Report of the Commission*, 12 YBECHR (1969), p. 76, párrafo 165; p. 100, párrafo 207.

de la Comisión Interamericana, que ha exigido para la legitimidad del derecho a derogar el que el Estado se encuentre en una situación de excepcional gravedad, ha sido muy positiva sobre todo teniendo en cuenta la frecuencia con que los Estados latinoamericanos han recurrido a la declaración de estados de emergencia y a la amplia derogación de los derechos humanos, alegando amenazas a la «seguridad del Estado»¹². Además, la Comisión Interamericana ha aplicado el principio de la amenaza excepcional no sólo a los Estados partes en la CADH, sino también a los Estados que no son partes de la Convención pero son miembros de la Organización de Estados Americanos. Sobre estos Estados la Comisión también tiene jurisdicción y las normas que aplica son las de la Declaración Americana de Derechos Humanos de 1948.

De un análisis pormenorizado de la jurisprudencia de estos órganos internacionales podemos concluir que las características principales del tipo de emergencia prevista en los tres Tratados serían las siguientes:

1. La emergencia tiene que ser real o al menos inminente. Por tanto, una emergencia de naturaleza «preventiva» no sería legítima.
2. La emergencia tiene que ser de tal magnitud que debe afectar a toda la nación y no sólo a una parte de ella.
3. La amenaza debe ser «a la vida de la nación», entendiéndose ésta como una amenaza a la integridad física de la población, a la integridad territorial, o al funcionamiento de los órganos del Estado.
4. La declaración de emergencia debe usarse solamente como último recurso una vez que las medidas normales para restaurar el orden público alterado han sido agotadas y no han dado resultado.
5. La declaración de emergencia, y la consiguiente derogación de los derechos humanos, es una medida temporal que no puede prolongarse una vez que la situación de emergencia ha terminado; de tal manera que los «estados de emergencia permanentes» son absolutamente ilegales¹³.

Finalmente, como ilustración del tipo de circunstancias concretas que pueden en principio legitimar una declaración de emergencia y derogaciones de derechos humanos, naturalmente siempre que revistan suficiente gravedad, se pueden mencionar las siguientes: (1) crisis políticas, como conflictos armados internacionales, guerras civiles, disturbios internos, graves amenazas al orden público, etc. (estos son los supuestos más comunes para el uso de la cláusula derogatoria); (2) desastres naturales; (3) crisis económicas.

¹² Un amplio análisis de la doctrina del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y de la Comisión Interamericana puede verse en J. ORAA, *Human Rights in States of Emergency in International Law*, Oxford, 1992, pp. 20-27.

¹³ La persistencia del fenómeno terrorista en algunos Estados modernos y las consiguientes legislaciones antiterroristas que autorizan la suspensión de algunos derechos fundamentales, plantean, al prolongarse en el tiempo, un problema importante a este carácter, en principio temporal, del derecho de derogación, ya que de esta manera las legislaciones excepcionales se convierten en legislaciones permanentes. La preocupación por este fenómeno ha sido también puesta de manifiesto por el Relator Especial de Naciones Unidas en su informe de 1995, E/CN. 4/Sub. 2/1995/20, pp. 5-6.

2. El principio de proclamación

El requisito de «proclamación oficial» de la emergencia aparece solamente en el Pacto. La razón para introducirlo en la cláusula derogatoria fue para reducir los estados de emergencia *de facto* (es decir, aquellos que no han sido proclamados y que, sin embargo, comportan de hecho amplias derogaciones de derechos humanos), obligando a los Estados a declarar la emergencia siguiendo sus procedimientos constitucionales y legales. Así, la mayoría de los derechos internos requieren la «proclamación oficial» de la emergencia siguiendo unos requisitos jurídicos muy estrictos. Estas garantías se hubieran perdido si este requisito no se hubiera incluido en la cláusula derogatoria. Sin embargo, este requisito no ha sido interpretado como si exigiera que los órganos internacionales analizaran detenidamente el cumplimiento por parte del Estado que reivindica el derecho de derogación, de todos los requisitos legales que su derecho interno le exige, y por tanto, que los órganos considerarán inválida toda declaración de emergencia realizada en violación de alguna disposición de derecho interno. Esto ciertamente hubiera puesto a los órganos internacionales en una difícil posición al tener que juzgar de la legalidad de los actos del Estado según su propio derecho interno.

El requisito de «proclamación oficial» no ha provocado mucha polémica en la jurisprudencia. Aunque el Convenio Europeo y la Convención Americana no mencionan explícitamente este requisito, sus respectivos órganos de aplicación han hecho referencia a él en algunos casos. Sin embargo, parece que la preocupación fundamental de estos órganos cuando han insistido en la necesidad de la proclamación oficial de la emergencia ha sido, no tanto el que los Estados observaran fielmente su derecho interno, sino sobre todo el que la emergencia se hiciera pública (requisito de publicidad). De todos modos, estos órganos internacionales en algunos casos han criticado la violación por parte de los Estados de sus propias legislaciones al proclamar la emergencia.

Aunque no hay ninguna indicación en los tratados sobre qué órgano del Estado debe ser competente para proclamar la emergencia, varios seminarios organizados por las Naciones Unidas han establecido unas directrices basadas en la práctica de los Estados. La proclamación es una cuestión que corresponde a los órganos políticos del Estado, es decir, al legislativo y al ejecutivo. Aunque en algunas ocasiones excepcionales el ejecutivo declare la emergencia, el legislativo debe jugar un papel fundamental no sólo en la aprobación de la declaración sino también en el control de la aplicación de las medidas excepcionales durante la crisis.

Ha habido una gran variedad de opiniones sobre la cuestión de la conveniencia del control judicial sobre la declaración de emergencia. Debido a la naturaleza política de la proclamación, la mayoría de la doctrina sostiene que el poder judicial debe limitarse a examinar si todos los procedimientos constitucionales han sido observados, absteniéndose de cualquier pronunciamiento sobre el fondo del asunto (p. ej., sobre la necesidad de la misma declaración de emergencia, etc.). Sin embargo, el poder judicial debe jugar un papel muy importante en el control de la legalidad de la aplicación concreta de las medidas de emergencia, y debe ser competente para anular aquellas medidas que sean ilegales; a este respecto los principios de proporcionalidad y de «lo que es razonable según las circunstancias», deben asistir al poder judicial en la determinación de la legalidad de las medidas.

Las dificultades teóricas y prácticas que los tribunales nacionales afrontan cuando tienen que controlar la declaración de emergencia y las medidas derogatorias¹⁴, han aumentado la importancia del control internacional. Aunque los estados de emergencia son indudablemente una materia muy compleja para controlar, precisamente porque está tan unida a la jurisdicción interna de los Estados y afecta a su propia existencia, y aunque la primera defensa de éstos ha sido negar la competencia de los órganos internacionales en su control, éstos han afirmado su competencia para examinar el cumplimiento por parte de los Estados de las normas de la cláusula derogatoria. Sin embargo, el hecho de que los órganos establecidos en los tres tratados sean diferentes en cuanto a su naturaleza y funciones es un factor a tener en cuenta a la hora de enjuiciar su capacidad para controlar eficazmente el cumplimiento por parte de los Estados de los principios de la cláusula derogatoria. Así, mientras que el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana son auténticos órganos judiciales, la Comisión Europea ha sido calificada de órgano cuasi-judicial, la Comisión Interamericana actúa fundamentalmente como un órgano de investigación de hechos (*fact-finding body*), y el Comité de Derechos Humanos tiene unos poderes muy limitados a la hora de juzgar los informes periódicos de los Estados y los recursos individuales.

Los órganos de Estrasburgo han interpretado constantemente su función de acuerdo con la teoría de que, si bien se reconoce el derecho de los Estados a declarar la emergencia y a tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el Convenio, este derecho viene supervisado y controlado por dichos órganos. A los Estados se les otorga, es verdad, un margen de apreciación (a veces excesivamente «amplio»), en la determinación tanto de la existencia de la emergencia como de la necesidad de tomar determinadas medidas derogatorias, pero ciertamente este margen de apreciación no es absoluto e ilimitado, y viene siempre acompañado de un control internacional.

La efectividad en el control de las emergencias por parte del Comité de Derechos Humanos viene obstaculizada seriamente por sus poderes limitados a la hora de examinar los informes periódicos obligatorios de los Estados (artículos 40 y siguientes del Pacto). Además, en el seno mismo del Comité se han producido acalorados debates y resistencias notables frente a algunas propuestas que sostenían la necesidad de tomar medidas para aumentar la efectividad en el control de los estados de emergencia¹⁵. Por algún tiempo se impusieron las interpretaciones más restrictivas sobre los poderes del Comité. Sin embargo, a pesar de todas las limitaciones del sistema de revisión de los informes periódicos, los miembros del Comité han expresado abiertamente en muchas ocasiones sus puntos de vista, y han ofrecido análisis jurídicos de gran calidad sobre la interpretación de la cláusula derogatoria y el cumplimiento por los Estados de las normas contenidas en la misma.

Aunque la Corte Interamericana ha emitido algunas opiniones consultivas importantes relativas a los estados de emergencia, el órgano más efectivo de la OEA en el control de las emergencias ha sido, sin duda alguna, la Comisión Interamericana. La

¹⁴ Véase, por ejemplo, el interesante, y muy crítico, artículo de G. ALEXANDER, «The Illusory Protection of Human Rights by National Courts during Periods of Emergency», *Human Rights Law Journal*, 5 (1984), pp. 1-64.

¹⁵ Un gran debate sobre los poderes del Comité se produjo en 1982 (véanse las posiciones de OPSAHL y ERMACORA en CCPR/C/SR 349, pp. 4-5. TARNOPOLSKY, GRAEFRATH y otros en CCPR/SR 463; 334, 349, 351, 404, 414, 575).

Comisión ha afirmado con una gran contundencia su competencia para enjuiciar el cumplimiento por parte de los Estados de los principios de la cláusula derogatoria. Así, en muchos de sus informes por países y en sus informes anuales ha condenado con fuerza la violación por parte de los Estados de la OEA de las normas fundamentales. Como gran novedad, la Comisión, cuando ha tenido que definir las obligaciones de los Estados que son miembros de la OEA pero que no son partes de la Convención Americana, ha aplicado los principios fundamentales de la cláusula derogatoria como principios generales del derecho.

3. El principio de notificación

Los tres tratados analizados contienen el requisito de la notificación. De acuerdo con este requisito, los Estados que ejercen el derecho de derogación deberán informar a los otros Estados partes (a través del Secretario General) de las medidas adoptadas y de los motivos que las han inspirado. La razón que inspiró la inclusión de este requisito fue el derecho del resto de los Estados a ser informados de las derogaciones adoptadas, para poder ejercer sus prerrogativas (p. ej., denunciar la violación de las obligaciones del tratado a través del recurso interestatal).

A la luz de la jurisprudencia de los órganos internacionales, las notificaciones tienen que cumplir una serie de requisitos formales. En primer lugar, deben enviarse en un tiempo razonable (12 días después de la proclamación del estado de emergencia ha sido considerado dentro del plazo razonable, mientras que, 4 meses no¹⁶). En segundo lugar, la notificación debe informar sobre las disposiciones del tratado que han sido derogadas; esto se puede hacer, o bien directamente indicando los artículos del tratado que han sido suspendidos, o indirectamente, mencionando las disposiciones constitucionales suspendidas y las medidas derogatorias adoptadas. La notificación normalmente incluye copia de la legislación de emergencia adoptada y que afecta al goce de los derechos humanos. En tercer lugar, en la notificación debe incluirse las razones que han llevado a las derogaciones con el fin de que el resto de los Estados comprendan la situación real por la que atraviesa el país y puedan valorar la necesidad de las derogaciones adoptadas. Finalmente, los Estados tienen que enviar una notificación en la fecha en la cual la emergencia termine y, por tanto, las disposiciones del tratado adquieran otra vez plena validez.

Una de las cuestiones interesantes que surgen respecto a este principio se refiere al efecto que el incumplimiento de este requisito tendría sobre el derecho de derogación y las medidas adoptadas. Por un lado, parece que al ser un requisito formal su incumplimiento no podría atraer la sanción de nulidad sobre el derecho de derogación; por otro lado, si se considera que los redactores de la cláusula derogatoria subrayaron su carácter esencial por el fin que persigue, podría invalidar en algunos casos el derecho de derogación. Quizá se podrían distinguir dos situaciones; una sería la que comporta el incumplimiento total de la obligación de notificar; y la otra, el incumplimiento par-

¹⁶ 1. «Caso Lawless», ECHR Serie A: *Judgment*, p. 61, párrafo 47 (Irlanda envió la notificación a los 12 días). 2. «Caso Griego», *Report of the Commission* (1969), pp. 42-43, párrafos 80-81 (Grecia envió la notificación completa con 4 meses de retraso).

cial, es decir, cuando la notificación contiene insuficiente información o cuando no es enviada a tiempo. En este segundo caso, parece lógico que los órganos internacionales no nieguen al Estado la aplicación del derecho de derogación, aunque pongan de manifiesto la violación de una norma de la cláusula derogatoria. Sin embargo, incluso en estos casos, los órganos internacionales se han negado a declarar, como cuestión de principio, que un incumplimiento de los requisitos formales en la notificación en ningún caso puede atraer la sanción de nulidad del derecho a derogar.

En el caso de un incumplimiento total (cuando no existe ninguna notificación) el problema se acrecienta, sobre todo cuando la ausencia de notificación viene acompañada por la negativa del Estado a ejercer el derecho de derogación en los procedimientos ante los órganos internacionales (p. ej., en el caso de Chipre en 1974 ante la Comisión Europea, Turquía adoptó esta posición¹⁷). En estos casos el problema que se les plantea a los órganos de control es el de aplicar los principios de la cláusula derogatoria *ex officio*. En estos casos, los órganos no se han pronunciado sobre la nulidad del derecho de derogación cuando no ha habido ninguna notificación, y se han negado a aplicar la cláusula derogatoria *ex officio*. Esta posición está en consonancia con la naturaleza de la cláusula que se concibe como un derecho del Estado; por tanto, si el Estado no lo utiliza ni lo alega en los procedimientos, los órganos internacionales no pueden aplicarlo *sua sponte*. Sin embargo, cuando algunos órganos de investigación, como, por ejemplo, la Comisión Interamericana, han tenido que enjuiciar la situación de los derechos humanos en un país determinado que se encuentra en estado de emergencia, han aplicado los principios de la cláusula derogatoria a pesar de la ausencia de notificación. Esta posición, que en principio es comprensible, puede debilitar el principio de notificación.

En la práctica, las notificaciones no sirven solamente para informar a los Estados partes de los tratados, sino también para informar a los órganos de control; esto es importante porque la situación de emergencia y las derogaciones pueden afectar a la jurisdicción de estos órganos. Algunos de estos órganos, especialmente el Comité de Derechos Humanos, no siempre han distinguido correctamente entre estas dos obligaciones que los Estados tienen: una, la de notificar a los otros Estados partes en el tratado, y la otra, la de suministrar información a los órganos de control de acuerdo con los distintos procedimientos (sistema de los informes periódicos del artículo 40 del Pacto, o de acuerdo con el Protocolo Adicional I). El Comité ha puesto mayor énfasis en la segunda, con el riesgo evidente de debilitar la obligación de notificar a los otros Estados, con lo cual éstos se quedan sin saber la situación exacta en el Estado que deroga, y por tanto no pueden ejercer sus derechos, como podrían ser, en el caso del Pacto, la interposición de un recurso interestatal de acuerdo con el artículo 41.

La práctica en cuanto a notificaciones ha sido muy diversa en los tres sistemas. En el *Sistema Europeo*, la práctica ha sido muy consistente en el sentido que los Estados que han hecho uso del derecho de derogación han cumplido con este requisito desde los comienzos del Convenio. Estas notificaciones han permitido a los Estados conocer exactamente las situaciones de emergencia y ha posibilitado el que pudieran ejercer sus derechos. Así, dado que el mecanismo de los recursos interestatales en el sistema europeo

¹⁷ «Cyprus case», «Report of the European Commission» (1976), en *European Human Rights Reports* (1982), pp. 482 ss. Para un análisis exhaustivo del caso, véase ORAA, *op. cit.*, pp. 66-70.

entra en juego en el momento de la ratificación del Convenio sin necesidad de una declaración unilateral de aceptación voluntaria de dicho recurso, los Estados partes han denunciado eficazmente aquellas derogaciones que no estaban justificadas *prima facie* por los acontecimientos, o que eran desproporcionadas. De hecho, los casos más importantes sobre derogaciones han sido llevados a los órganos de Estrasburgo a través de este procedimiento del artículo 24¹⁸. Estos órganos han afirmado siempre su competencia para controlar si las notificaciones cumplían con los requisitos exigidos en el artículo 15(3), y en algunas ocasiones han encontrado violaciones de los mismos debido a la falta de suficiente información o porque las notificaciones no se enviaron a tiempo.

En el *Sistema del Pacto de Naciones Unidas* ha habido un incumplimiento general de este requisito. Así, muchos Estados no han notificado en absoluto; otros han enviado notificaciones muy generales, vagas, excesivamente breves, sin ninguna indicación sobre qué artículos del Pacto han sido derogados, ni tampoco han indicado las razones para la declaración de emergencia; otros Estados enviaron las notificaciones fuera de cualquier «tiempo razonable». Este incumplimiento general se ha producido a pesar de los términos tan claros del artículo 4(3), de la gran importancia concedida por los redactores del Pacto a este requisito, y de la insistencia del Comité para que los Estados cumplan con el artículo. Entre las razones que pueden explicar este incumplimiento general se pueden mencionar las siguientes: la experiencia relativamente breve en la aplicación del Pacto, prácticamente desde finales de los 70, si lo comparamos con el Convenio Europeo; la falta de claridad de las derogaciones según el Pacto; el miedo a la crítica y al control internacional; y, finalmente, el rechazo explícito de algunos Estados a declarar y notificar verdaderas emergencias. Además, existen dos razones adicionales que explicarían esta situación: los poderes limitados del Comité, sobre todo en el sistema de uniformes periódicos, y la falta de una mayor insistencia por parte del Comité en el cumplimiento de este requisito. Finalmente, el hecho de que pocos Estados hayan aceptado el procedimiento del recurso interestatal del artículo 41 (que es totalmente voluntario, a diferencia del sistema europeo), puede también explicar la falta de un mayor interés tanto de los Estados como del Comité en el principio de notificación.

En el *Sistema Americano* la situación no ha sido mejor. En primer lugar, porque las notificaciones (al contrario de lo que ocurre en los otros dos tratados) ni siquiera son publicadas por la Comisión Interamericana. Además, ésta en general no ha insistido suficientemente en la importancia de este requisito. Sin embargo, en algunos casos, la Comisión sí ha hecho referencia indirecta a estos principios, e incluso en dos casos ha puesto de manifiesto que las notificaciones no se enviaron a tiempo. Muchas de las razones expuestas anteriormente para explicar la poca eficacia del principio de notificación en el sistema de Pacto son igualmente aplicables al sistema americano, especialmente en lo que se refiere a la falta de operatividad del recurso interestatal.

¹⁸ El «primer caso de Chipre» (Chipre contra el Reino Unido 1956-57); el «caso Griego» (Dinamarca, Noruega, Suecia y Holanda contra Grecia, 1969); el «caso de Irlanda v. Reino Unido» (1978); el «segundo caso de Chipre» (Chipre contra Turquía, 1974); y el «caso Turco» (Francia, Noruega, Dinamarca, Suecia y Holanda contra Turquía, 1982).

4. El principio de inderogabilidad de los derechos fundamentales

El principio de inderogabilidad de ciertos derechos fundamentales ha sido considerado como uno de los principios básicos de la cláusula derogatoria. De acuerdo con este principio, incluso en situaciones de emergencia que amenacen la vida de la nación existen ciertos derechos que nunca pueden ser suspendidos; en consecuencia, este principio establece una clara limitación al derecho de los Estados a tomar medidas derogatorias que afecten a los derechos humanos cuando se enfrentan a una situación de emergencia.

En la redacción de los tres tratados, hubo una completa unanimidad sobre la necesidad de incluir este principio en la cláusula derogatoria. Sin embargo, la elaboración de una lista concreta de derechos no derogables presentó mayores dificultades. Analizando los *travaux préparatoires* de los tratados, se pueden extraer tres conclusiones. En primer lugar, se constata la falta de un examen profundo y detallado sobre la categoría de «derechos inderogables», y de las implicaciones que de la exclusión de dicha categoría de determinados derechos se pudieran derivar. En segundo lugar, no es nada claro cuáles fueron los criterios para incluir en la lista algunos derechos y excluir otros. De hecho, parece que se adoptaron dos criterios distintos, aunque no consistentemente; uno fue incluir aquellos derechos que eran absolutamente fundamentales e indispensables para la protección del ser humano. El otro criterio fue incluir aquellos derechos cuya derogación por el Estado nunca estaría justificada por no guardar relación con la emergencia.

En tercer lugar, en la elaboración de la lista, especialmente en la redacción del Pacto, el caso de guerra, que es indudablemente la más grave de todas las emergencias, estuvo muy presente en la mente de los redactores cuando rechazaron incluir en la lista algunos derechos muy importantes. Este hecho puede ser muy relevante cuando se juzgue, a la luz de los tratados, la necesidad de derogar en situaciones de menor gravedad (p. ej., disturbios internos).

El resultado de estos problemas en el proceso de redacción ha sido la existencia de tres listas diferentes de derechos inderogables. Estas listas pueden ser criticadas por dos razones. Primera, porque no incluyen algunas garantías fundamentales que necesitan ser protegidas (p. ej., algunas garantías mínimas para los detenidos, y otras en relación al derecho a un juicio justo). Segundo, porque la decisión de alargar la lista con la inclusión de algunos derechos que no están en peligro en emergencias puede tener un efecto psicológico adverso; esto es especialmente claro respecto al Pacto y a la Convención Americana. Es cierto que, en principio, no hay ninguna razón para no incluir en la lista esos derechos, pero sería preferible confeccionar una lista reducida de derechos, que contuviera solamente aquellos derechos que deben ser protegidos en emergencias porque son tan fundamentales y porque al mismo tiempo existe un alto riesgo de que sean violados. Una lista reducida tendría dos efectos: daría más fuerza a la categoría de derechos no derogables, y tendría más posibilidades de ser aceptada y puesta en práctica por los Estados.

Un análisis comparado de las tres listas muestra que existen cuatro derechos comunes no derogables, a saber, el derecho a la vida; el derecho a no ser sometido a torturas, ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; el derecho a no ser sometido a esclavitud o servidumbre; y, finalmente, el derecho a no ser sometido al principio de retroactividad de las leyes penales. Estos cuatro derechos son tan fundamentales que

no solamente se pueden considerar derecho internacional general, sino también normas de *ius cogens*, y ninguna derogación de los mismos se puede admitir en situaciones de emergencia. Sin embargo, los órganos internacionales de control han encontrado graves violaciones de estos derechos fundamentales en emergencias.

Un análisis detallado de los otros derechos inderogables en el PIDCP y en la CADH confirma la impresión de que la inclusión de estos derechos en la lista fue debida al hecho de que la mayoría de ellos no guardan relación directa con emergencias y, por tanto, no hay necesidad de derogarlos. Esto es especialmente así respecto a: el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 16 PIDCP, art. 3 CADH); el derecho a no ser encarcelado por no poder cumplir una obligación contractual (art. 11 PIDCP); el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia (art. 17 CADH) y los derechos del niño (art. 19 CADH).

En relación a los derechos inderogables que pueden tener un cierto impacto en emergencias, tales como el derecho a la nacionalidad, el derecho a la libertad de conciencia y religión, el derecho a un nombre, y los derechos políticos, la existencia de importantes cualificaciones dentro de estos derechos comporta que su protección frente a las derogaciones no sea tan fundamental. Además de los derechos expresamente protegidos en la cláusula derogatoria, otras disposiciones de los tres tratados se pueden considerar no derogables por implicación. Estas disposiciones son aquellas relacionadas con el ejercicio de los derechos inderogables (recursos y cláusula de no discriminación), aquellas que contienen excepciones generales, y, finalmente, aquellas relacionadas con los mecanismos de aplicación de los tratados.

No hay duda que el derecho a no ser sometido a detención o prisión arbitrariamente y el derecho a un juicio justo son dos de los derechos más fundamentales para la protección del ser humano en todo tiempo. Estos derechos, sin embargo, no han sido declarados inderogables en los tratados, aunque sí es cierto que hubo una larga discusión sobre la necesidad de incluir en la lista algunas de las garantías de estos derechos. Dos hechos han provocado que varias organizaciones internacionales, a la luz de la jurisprudencia de los órganos encargados de la aplicación de los derechos humanos, hayan propuesto que, al menos, algunas de las garantías fundamentales contenidas en estos derechos sean declaradas en principio inderogables. El primer hecho es que en las últimas décadas gravísimas violaciones de los derechos más fundamentales (el derecho a la vida y la protección frente a la tortura) han sido posibles en parte por la ausencia de algunas mínimas garantías. El segundo hecho es la relativa debilidad de los mecanismos internacionales de control de los derechos humanos (especialmente bajo el PIDCP y la CADH), cuando supervisan la correcta aplicación de las condiciones de derogación por los Estados partes en los tratados (p. ej., el principio de proporcionalidad). De ahí que, más que insistir en el escrupuloso cumplimiento de estas condiciones, los expertos han propuesto la protección de algunas de las garantías básicas relativas a detenciones administrativas y a un juicio justo en orden a hacer más difícil la violación de los derechos inderogables.

Entre las garantías principales contra detenciones arbitrarias, debemos mencionar, en primer lugar, los derechos mínimos de los detenidos; éstos incluirían: el derecho a ser informado de las razones de la detención; garantías contra la detención en régimen de incomunicado, y el derecho a ser tratado con humanidad. Además, el período de detención deberá ser limitado, excepto si es revisado por un tribunal competente; se respetarán algunas garantías judiciales o cuasi-judiciales para los detenidos, como la po-

sibilidad de contestar la legalidad de la detención ante tribunales ordinarios de acuerdo con el recuso de *habeas corpus* (o amparo), y se establecerán procedimientos de revisión de la detención ante comités especiales o tribunales de carácter cuasi-judicial. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en dos importantes opiniones consultivas¹⁹, ha dado una gran importancia al carácter inderogable de estas prerrogativas en emergencias. Otras garantías que deben ser mencionadas son aquellas contra los abusos en los interrogatorios mientras una persona está detenida, aquellas contra los cambios en la aplicación del derecho procesal, y finalmente la garantía de mantener un registro central de todos los detenidos.

Respecto a las garantías relativas a un proceso justo, los derechos mínimos cuya derogación en principio no estaría justificada serían los siguientes: el derecho a ser informado de todos los cargos, el derecho a todos los medios de defensa, el derecho a estar presente en el juicio, la presunción de inocencia, el derecho a no ser obligado a declarar contra uno mismo ni a confesarse culpable, el derecho a un tribunal imparcial e independiente, el derecho de apelación, el derecho a examinar a los testigos de la defensa, el derecho a no ser juzgado por segunda vez después de una sentencia final, el derecho a designar a un abogado de su elección, y finalmente, el derecho a la asistencia letrada gratuita si fuera necesaria. La importancia de respetar estas garantías, que están basadas en el *standard* mínimo a un juicio justo tal y como está contenido en las Convenciones de Ginebra de 1949 y en sus dos protocolos de 1977, ha sido reafirmada por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y por la Comisión Interamericana.

5. El principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad, que ha encontrado aplicación en varias áreas de nuestra disciplina, puede considerarse un principio general de Derecho Internacional. En el tema que nos ocupa, el principio de proporcionalidad constituye una de las condiciones fundamentales para la derogación de los derechos en emergencias. El principio está contenido en los tres tratados. De acuerdo con este principio, las medidas derogatorias, para ser válidas, tienen que limitarse estrictamente a las exigencias de la situación; en otras palabras, deben ser necesarias y proporcionadas a la gravedad de la amenaza. El principio se refiere no sólo a la amplitud de la derogación misma, sino también al período de tiempo durante el cual estaría justificada, de tal manera que una vez que la emergencia ha terminado, o su gravedad ha disminuido, la medida derogatoria no tendría ninguna justificación.

En la aplicación del principio de proporcionalidad, los órganos de control de los tres tratados han formulado ciertos principios generales que constituyen importantes directrices para su aplicación. Aunque los órganos de los tres tratados son muy diferentes puesto que las funciones que les asignan sus tratados constitutivos son diversas, existe una amplia coincidencia en la interpretación general del principio de proporcionalidad.

¹⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Opinión Consultiva de 6 de octubre de 1986. Garantías judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 de la CADH). *Opinión Consultiva de 30 de enero de 1987. El Habeas Corpus bajo la Suspensión de Garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 de la CADH).

La apreciación de la proporcionalidad de las medidas derogatorias está considerada como una de las tareas más difíciles de los órganos de control en emergencias.

Los principios básicos que gobiernan la aplicación del principio de proporcionalidad y que han sido formulados por los órganos internacionales podrían resumirse en los siguientes:

1. Las medidas derogatorias en materia de derechos humanos sólo pueden ser tomadas cuando las medidas ordinarias previstas en la ley para el tiempo de paz no son suficientes para enfrentarse a la emergencia.

2. La mera existencia de una emergencia que amenace la vida de la nación, de acuerdo con el sentido de la cláusula derogatoria, no justifica *ipso facto* cualquier derogación de los derechos humanos. Cada medida derogatoria tomada en una emergencia legalmente declarada, debe ser necesaria y proporcionada a la amenaza.

3. Cada medida derogatoria tiene que tener relación con la amenaza; en otras palabras, debe haber una relación entre los hechos de la emergencia y las medidas tomadas.

4. Las medidas derogatorias tomadas por el gobierno deben ser capaces, al menos potencialmente, de superar la emergencia. Esto, sin embargo, no significa que el juicio sobre la estricta necesidad de las medidas dependa del hecho de que realmente superen o venzan la emergencia.

5. El hecho de que un gobierno no tome medidas preventivas antes de que la emergencia surja, no afecta a su derecho a tomar medidas derogatorias una vez la emergencia se ha producido. La necesidad y la proporcionalidad de las medidas debe juzgarse a la luz del estado de emergencia en vigor.

6. Respecto a los derechos reconocidos en los tratados, no todos los derechos tienen la misma relevancia. Por tanto, los derechos más importantes necesitan una fiscalización más estricta cuando se trata de juzgar la necesidad de la derogación y la proporcionalidad a la amenaza.

7. Cuando se analiza si un Estado ha cumplido con el principio de proporcionalidad, los órganos de control tienen que tener en cuenta no sólo la necesidad de aplicar esa medida derogatoria sino el modo como esa medida ha sido puesta en práctica.

8. Analizando el principio de proporcionalidad, los órganos de control tendrán que valorar no sólo la necesidad y proporcionalidad de una determinada medida (p. ej., la detención administrativa), sino también la necesidad y proporcionalidad de la suspensión de algunas de las garantías ligadas a ese derecho (p. ej., el *habeas corpus*).

9. Para valorar la proporcionalidad de las medidas derogatorias, los órganos deberán analizar si existen otras alternativas menos lesivas, y cuya aplicación sea factible para los gobiernos que tratan de superar la emergencia.

10. En la evaluación del cumplimiento con el principio de proporcionalidad, una importancia especial se otorga a las garantías necesarias que los gobiernos tienen que tomar para evitar abusos en la aplicación de las medidas derogatorias.

11. En el análisis de la proporcionalidad de las medidas y en la suficiencia de las garantías contra los posibles abusos, se debe tener en cuenta cada fase diferente de la emergencia.

12. Los estados de emergencia por su propia definición son esencialmente temporales; en otras palabras, están justificados solamente en cuanto dura la emergencia. Consecuentemente, todas las medidas derogatorias sólo se justifican mientras dura la

emergencia. Por tanto, una medida derogatoria no será estrictamente necesaria si continúa en vigor una vez que la emergencia ha finalizado.

6. El principio de no discriminación

El principio de no discriminación constituye la segunda condición para la derogación de los derechos según el régimen jurídico establecido por la cláusula derogatoria. Esta condición, contenida en el PIDCP y en la CADH, no aparece sin embargo en el Convenio Europeo. La ausencia de esta condición, que en principio parecería de importancia, no tiene mayores consecuencias en cuanto que la aplicación discriminatoria de las medidas derogatorias está prohibida en el CEDH por el artículo 14 que contiene, como es sabido, una disposición general que prohíbe toda discriminación. Esta posición ha sido confirmada por los órganos de Estrasburgo.

La extensión de la disposición no discriminatoria en la cláusula derogatoria viene limitada por dos factores: en primer lugar, porque lo que prohíbe es la discriminación en base a cinco factores (raza, color, sexo, lengua, religión y origen social), pero no en base a otros factores, como por ejemplo, los contenidos en las disposiciones generales que prohíben la discriminación en los tratados de derechos humanos. En segundo lugar, incluso en base a las cinco razones señaladas, lo que prohíbe son las medidas derogatorias fundadas *únicamente* en esas razones, pero autoriza medidas derogatorias, estableciendo ciertas diferencias de tratamiento, cuando estén razonablemente justificadas y sean necesarias para vencer la emergencia.

Aunque la operatividad de esta disposición sea limitada, su inclusión en la cláusula derogatoria es positiva porque el riesgo de tomar medidas discriminatorias fundadas únicamente en prejuicios raciales y odio contra las minorías es mayor en situaciones de emergencia. Por tanto, medidas derogatorias contra ciertos grupos étnicos, raciales o religiosos, deben ser cuidadosamente examinadas por los órganos internacionales para comprobar si tales medidas tienen una justificación objetiva (p. ej., razones de necesidad militar), o están fundadas únicamente en prejuicios contra esas minorías.

La aplicación del principio de no discriminación en estados de emergencia no ha jugado un papel relevante en la jurisprudencia internacional de los tratados considerados. Sin embargo, dos casos han tenido un cierto interés. En el caso de Irlanda contra el Reino Unido (1978), el gobierno demandante sostuvo que las medidas derogatorias (detención e internamiento sin juicio) habían sido aplicadas de un modo discriminatorio en base a las opiniones políticas. Sin embargo, el diferente tratamiento acordado a los terroristas miembros del IRA comparado con el que se les dio a los terroristas Unionistas se consideró por los órganos de Estrasburgo que tenía una justificación objetiva y razonable²⁰. En el caso de los Miskitos de Nicaragua, la Comisión Interamericana considero que el reasentamiento forzoso de los indios Miskitos no había sido discriminatorio porque fue debido a una necesidad militar. La Comisión examinó detenidamente la posibilidad de discriminación al tratarse de una medida dirigida contra un grupo étnico que era considerado desleal al gobierno. Al mismo tiempo, la Comisión dio una

²⁰ Caso «Irlanda contra Reino Unido» (TEDH, 1978, Ser A: p. 87, parág. 230).

gran importancia al hecho de que los Miskitos constituyan un pueblo indígena con unos lazos especialmente fuertes con sus tierras.²¹

7. El principio de consistencia

El principio de consistencia en la cláusula derogatoria prohíbe a los Estados tomar medidas derogatorias que sean «inconsistentes», es decir, incompatibles o contradictorias con otras obligaciones derivadas del Derecho internacional, incluso si, *prima facie*, esas medidas son legales de acuerdo con los tres tratados. La consecuencia de este principio de consistencia es en teoría muy importante, porque implicaría el dar efecto a través de los mecanismos de aplicación de estos tratados (que son más efectivos que cualquier otro), a otras obligaciones internacionales que tengan los Estados en el campo de los derechos humanos. Sin embargo, para aplicar este principio, tiene que tener lugar una derogación válida de una obligación contenida en esos tres tratados; esta condición limita su aplicación.

La historia legislativa de este principio y su aplicación por los órganos de control, ofrece pocas indicaciones sobre la implicación práctica del principio en emergencias. Sin embargo, debido al crecimiento de las obligaciones de los Estados en el campo de los derechos humanos, no sólo obligaciones convencionales sino también las derivadas del Derecho internacional general (a través del Derecho consuetudinario y los principios generales); una mayor aplicación de este principio puede ser previsible en el futuro. La rama del Derecho que en estos momentos parece más relevante para la aplicación de este principio es la del Derecho internacional humanitario, especialmente las Convenciones de Ginebra de 1949 y los Protocolos de 1977; las áreas en las que podría aplicarse serían las del derecho a un trato humano, el derecho a un juicio justo con todas las garantías procesales, y las garantías contra detenciones arbitrarias. Sin embargo, para la aplicación de este principio, se debe tener en cuenta el campo de aplicación del Derecho humanitario que no siempre coincide con el concepto de «emergencia pública que amenaza la vida de la nación» de la cláusula derogatoria.

III. PARTE SEGUNDA: LOS DERECHOS HUMANOS EN ESTADOS DE EMERGENCIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL

1. Derechos humanos y derecho internacional consuetudinario

En la introducción a este curso, insistimos en la importancia de identificar los principios generales que regulan los derechos humanos en estados de emergencia en el derecho internacional general. Como señalamos anteriormente existen dos razones para ello; en primer lugar, porque algunos tratados internacionales de derechos humanos no contienen cláusula derogatoria (p. ej., la Carta Africana y algunas de las convenciones de la OIT que regulan esta materia), y por tanto no indican explícitamente el régimen

²¹ IACHR, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos de un Segmento de la Población de Nicaragua de Origen Miskito*, OEA/Ser. L/V/II. 62, doc. 10, rev. 3 (29 de noviembre de 1983).

jurídico aplicable en emergencias. La segunda razón estriba en el hecho de que casi un tercio de los Estados de la comunidad internacional no son partes de ninguno de los tratados examinados que contienen una cláusula derogatoria, y sin embargo son Estados que declaran emergencias y derogan los derechos humanos.

En este momento de la evolución del Derecho internacional, no hay ninguna duda de que los Estados tienen obligaciones de respetar los derechos humanos derivadas del Derecho internacional consuetudinario. Uno de los problemas es el ponerse de acuerdo sobre una lista de normas consuetudinarias que tengan un amplio consenso; esto hasta ahora no ha sido posible²². Sin embargo, el objeto de nuestro trabajo no es la elaboración de esta lista, sino la identificación de los principios que justifican el incumplimiento de estas obligaciones en un estado de emergencia de acuerdo con el derecho internacional general.

2. Primera aproximación: derechos humanos en situaciones de emergencia; la doctrina del estado de necesidad

Para identificar estos principios, se pueden seguir dos líneas principales de investigación. La primera se centraría en la doctrina tradicional del estado de necesidad, puesto que ha sido considerada como la doctrina que mejor se ajusta a las situaciones de emergencia. La doctrina del estado de necesidad es una de las causas que excluyen la ilicitud y que ha sido reconocida por la CDI en su Proyecto sobre el Derecho de la Responsabilidad Internacional de los Estados (art. 33). Esta doctrina está sometida en su aplicación a estrictas condiciones para evitar los abusos. Estas condiciones pueden expresarse en la terminología de la cláusula derogatoria en los siguientes términos: la doctrina del estado de necesidad debe respetar tres principios fundamentales, el principio de la amenaza excepcional, el principio de proporcionalidad, y el principio de inderogabilidad de normas imperativas. La aplicación de esta doctrina por los órganos de la OIT en varios casos relacionados con los derechos humanos en situaciones de emergencia la hemos examinado detenidamente en otra parte²³. En ausencia de una cláusula derogatoria en algunas de las convenciones de la OIT, los órganos competentes en los casos de Grecia y Polonia han identificado la excusa de emergencia con la doctrina del estado de necesidad en Derecho internacional general, y han aplicado los principios de amenaza excepcional y proporcionalidad como los principios de derecho internacional general reguladores de esta materia. En otros casos, los órganos de la OIT se han referido asimismo a los principios de no discriminación y al de temporalidad o duración limitada de la emergencia.

La segunda línea de investigación examina la hipótesis que sostiene que algunos de los principios de la cláusula derogatoria están emergiendo como principios de Derecho internacional general. Esta hipótesis está en parte basada en el hecho de que la cláusula derogatoria ha sido interpretada como una aplicación, o adaptación, particular de la doctrina de necesidad al área de los derechos humanos en emergencias cuando se re-

²² Una de las posibles listas de cuáles son estas normas puede encontrarse en *Rest. 3rd. Restatement of the Foreign Relations Law of the United States* (1988), § 702, p. 161.

²³ ORAÁ, *op. cit.*, pp. 223-226.

dactaron los tres tratados considerados. Sin embargo, un examen minucioso de la cláusula derogatoria muestra que ésta contiene tres tipos de principios. El primer tipo de principios es un claro reflejo de los principios de la doctrina de necesidad (los principios de amenaza excepcional, proporcionalidad, e inderogabilidad de los derechos fundamentales). El segundo tipo de principios estaría constituido exclusivamente por el principio de no discriminación; este es un principio importantísimo en el campo de los derechos humanos, aunque no está explícitamente mencionado entre los principios que rigen la doctrina de necesidad en derecho internacional general. Finalmente, el tercer tipo de principios estaría constituido por los principios de carácter «procesal», a saber, los principios de proclamación y notificación. Estos últimos principios, si bien es cierto que parecen más susceptibles de ser aplicados en el marco del derecho de los tratados, podrían convertirse también en normas consuetudinarias. Sin embargo, los principios que aparecen emergiendo como claros candidatos a convertirse en principios de Derecho internacional general serían los correspondientes a las dos primeras categorías, es decir, los principios de amenaza excepcional, de proporcionalidad, de inderogabilidad y el de no discriminación.

Un análisis minucioso de todas las pruebas existentes corrobora que estos principios están emergiendo como normas consuetudinarias. Entre los tipos de pruebas mencionados en el *US Restatement*²⁴, y que son relevantes para la existencia del derecho consuetudinario de los derechos humanos, los siguientes elementos tienen especial importancia para probar el carácter consuetudinario de algunos de los principios de la cláusula derogatoria: el valor probatorio de los *law-making treaties*; la repetición de la misma norma en otros tratados de derechos humanos; la práctica de los órganos judiciales y cuasijudiciales, o, incluso, de los órganos creados para controlar la aplicación de normas y principios de derechos humanos; y, finalmente, la aceptación (aquiescencia) de estas normas por los Estados que no son partes de los tratados.

Siguiendo esta enumeración, constatamos, en primer lugar, no sólo la importancia fundamental del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos como un tratado multilateral general de carácter casi universal (y en cuyo artículo 4 se encuentran los principios que regulan esta cuestión), sino también la repetición de estos mismos principios de la cláusula derogatoria del Pacto en los otros dos tratados regionales sobre derechos humanos. Así, el CEDU y la CADH, los dos tratados regionales más importantes sobre el tema, contienen similares principios en sus cláusulas derogatorias. En segundo lugar, las decisiones de los órganos internacionales en esta área han confirmado la aplicación de estos principios de la cláusula derogatoria como principios de Derecho internacional general. Así, la Comisión Interamericana ha aplicado estos principios fuera del contexto del Derecho de los tratados, en el sentido de aplicarlos a Estados que no eran partes de la CADH, aunque eran miembros de la OAS y por tanto obligados en materia de derechos humanos por la Declaración Americana de 1948. En su jurisprudencia constante²⁵, la Comisión ha declarado que estos principios de la cláusula

²⁴ *US Restatement, op. cit.*, vol. II, § 701, p. 154, n.º 2.

²⁵ La Comisión ha aplicado esta doctrina en los importantes Informes sobre Chile, 1974 (véase BUERGENTHAL, *Protecting Human Rights in the Americas*, pp. 362 y ss.) y 1985 (pp. 43-45); en los Informes sobre Paraguay, 1978 (p. 19), y 1987 (pp. 15 y ss.); en el Informe sobre Uruguay de 1978 (p. 19). Esta doctrina ha sido sistematizada en cierto sentido por la misma Comisión al incluirla en la publicación donde

sula derogatoria no sólo constituirían la «doctrina más aceptada» en el continente americano y, por tanto, lo que podríamos denominar costumbre regional²⁶, sino que ha declarado que constituirían también la «doctrina más aceptada internacionalmente», tal y como está expresada en la cláusula derogatoria de los tres tratados considerados en este curso. Esta posición apoyaría la teoría de que estos principios pueden considerarse principios de derecho internacional general.

La evolución reciente dentro de los órganos de Naciones Unidas apoya asimismo esta posición. Después de un período en el cual la Comisión y Subcomisión de Derechos Humanos estudiaron la cuestión de los derechos humanos en situaciones de emergencia en el contexto del derecho de los tratados, el Relator Especial de Estados de Emergencia, Leandro Despouy, tuvo que encontrar algunas normas internacionales aplicables a los Estados que no fueran partes del Pacto Internacional. Esta necesidad surgió también del hecho de que su mandato incluía el estudio y la evaluación de la legalidad de las situaciones de emergencia y de las suspensiones de derechos humanos de todos los Estados de la comunidad internacional y no sólo de aquellos Estados partes del Pacto y por tanto sujetos a la cláusula derogatoria. Siguiendo la misma línea de la Comisión Interamericana, el Relator Especial ha considerado algunos de los principios de la cláusula derogatoria como principios de derecho internacional general²⁷. Además se ha generado una práctica notable entre los Estados que consiste en el envío de la información requerida por el Relator Especial siguiendo precisamente los principios fundamentales de la cláusula derogatoria. Asimismo, la Comisión y sus órganos especiales, como los Grupos de Trabajo *Ad Hoc* y otros relatores especiales, han aplicado en algunos casos estos mismos principios a Estados que no eran partes del Pacto.

Otro desarrollo interesante y que merece especial atención es el que ha tenido lugar en el seno de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE), la cual también ha creado normas y procedimientos relativos a las derogaciones de derechos humanos en emergencias. En las reuniones de Copenhague y Moscú²⁸, los miembros de la OSCE reafirmaron su compromiso de respetar los derechos humanos en emergencias siguiendo fundamentalmente los mismos principios de la cláusula derogatoria de los tres tratados, en concreto, los principios de amenaza excepcional, proporcionalidad, no discriminación e inderogabilidad. Hay también en estos documentos una referencia al cumplimiento con los requisitos legales internos de cada país a la hora de declarar el estado de emergencia (principio de proclamación). Una característica interesante es también la referencia a la obligación de los Estados de mantener la libertad

recoge resumidamente sus posiciones oficiales sobre cada uno de los temas; OAS, *The IACHR: Ten Years of Activities* (Washington, 1981), pp. 315 ss.; pp. 336-338.

²⁶ Así lo ha considerado también T. MERON (*Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford, 1989, p. 219, n.º 262).

²⁷ Desde 1987 el Relator Especial sobre Estados de Emergencia ha producido ocho informes anuales con la inclusión de una lista de aquellos Estados que cada año proclaman, extienden o terminan una situación de emergencia, y con una serie de recomendaciones para el respeto de los derechos humanos en estas situaciones.

E/CN. 4/Sub. 2/1987/19 (18 de agosto de 1987). E/CN. 4/Sub. 2/1988/18. E/CN. 4/Sub. 2/1989/30. E/CN. 4/Sub. 2/1990/33. E/CN. 4/Sub. 2/1991/28. E/CN. 4/Sub. 2/1992/23. E/CN. 4/Sub. 2/1993/23. E/CN. 4/Sub. 2/1994/23. E/CN. 4/Sub. 2/1995/20.

²⁸ *Copenhagen Document* (1990), parág. 25 [29 ILM (1990) 1305]. *Moscow Document* (1991) parág. 28.1-28.10 [30 ILM (1991) 1683].

de expresión e información, en particular permitiendo la libre circulación de información e ideas sobre derechos humanos. Parece como si de esta manera la OSCE ampliara el catálogo de derechos inderogables. Al mismo tiempo existe un compromiso claro de suministrar información a los otros Estados miembros en relación con la emergencia declarada, así como sobre los derechos derogados. Esto supone una especie de reconocimiento del principio de notificación²⁹.

La aceptación por los Estados de este proceso de formación de normas consuetudinarias queda demostrado por el hecho de que ningún Estado ha puesto en tela de juicio o ha protestado por esta posición de principio tomada por los órganos internacionales de control del cumplimiento de las obligaciones que los Estados tienen en materia de derechos humanos. Esto ha ocurrido tanto en el contexto del sistema de la Organización de Estados Americanos como del Sistema de Naciones Unidas. Lo mismo podría decirse respecto a la aplicación por los órganos de la OIT de algunos de estos principios derivados de la doctrina de necesidad en casos similares, y de la práctica dentro de la OSCE.

3. Segunda aproximación: la emergencia de algunos de los principios de la cláusula derogatoria como «principios generales de derecho»

Otra evidencia complementaria que refuerza la posición de que estos principios básicos de la cláusula derogatoria constituyen Derecho internacional general sería aquella que los considera como principios generales de derecho reconocidos por la mayoría de los principales sistemas jurídicos de la comunidad internacional de acuerdo con el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Como ha señalado acertadamente Meron «es sorprendente que los “principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas”... no hayan recibido mayor atención como método para la obtención de un mayor reconocimiento jurídico de los principios de la Declaración Universal y de otros instrumentos de derechos humanos». Y añade: «en la medida en que las normas de derechos humanos contenidas en los instrumentos internacionales tengan reflejo en las legislaciones internas... el artículo 38(1)(c) se convertirá progresivamente en uno de los principales métodos para la maduración de estas normas en la corriente general del Derecho internacional... Así, la distinción entre derecho consuetudinario y principios generales quedaría eventualmente borrada»³⁰. También el *US Restatement* considera como una de las fuentes de las obligaciones internacionales de los

²⁹ Sin embargo, en la última década más de doce países de la OSCE han declarado estados de emergencia sin que muchos de ellos hayan cumplido oportunamente con el requisito de notificación. Como ha sido puesto de manifiesto acertadamente, el cumplimiento con el régimen establecido en Copenhague y Moscú ha sido «errático, parcial y claramente insuficiente»; debe prestarse una mayor atención: 1. Al cumplimiento del requisito de notificación a los demás Estados partes de todas las características de la emergencia y de las medidas adoptadas; 2. al envío de informes periódicos a los órganos de la OSCE y 3. a la autorización de visitas de los mismos a aquellas regiones donde se apliquen medidas derogatorias (GHEBALI, «The Human Dimension Regime on States of Public Emergency», *OSCE ODIHR Bulletin* (1995), vol. 4, n.º 1, pp. 32-38).

³⁰ MERON, *Human Rights and Humanitarian Norms...*, *op. cit.*, pp. 88-89 (la traducción es nuestra).

Estados en materia de derechos humanos «los principios generales de derecho comunes a los principales sistemas jurídicos del mundo»³¹.

No hay duda de que la institución de los «estados de emergencia», que permite derogaciones de derechos humanos, es una institución de derecho público presente en la mayoría de los sistemas jurídicos de la comunidad internacional; es más, los principios reguladores de esta institución en los tratados de derechos humanos están considerados como un reflejo del régimen jurídico de las legislaciones nacionales³².

4. Conclusión: los principios que constituyen principios emergentes de derecho internacional general y que regulan los derechos humanos en estados de emergencia

Como conclusión, podemos decir que, a la luz de todas las evidencias examinadas respecto a los principios de la cláusula derogatoria, habría algunos principios que constituirían principios emergentes de Derecho internacional general. Estos principios serían, en primer lugar, aquellos comunes a la doctrina de necesidad y a la cláusula derogatoria, es decir, los principios de amenaza excepcional, proporcionalidad y no derogabilidad. A estos principios habría que añadir el principio de no discriminación, el cual se encuentra también en un avanzado estado de cristalización. Incluso se podría decir que algunos de estos principios sustantivos son ya principios de derecho internacional general. Este sería el caso de los principios de proporcionalidad y no discriminación, y respecto al principio de inderogabilidad, al menos en cuanto a los cuatro derechos inderogables comunes a los tres tratados. Lo mismo podría decirse probablemente en relación al principio de amenaza excepcional.

Aunque algunos autores han mencionado el principio de proclamación entre los principios emergentes, parecería por las razones antes mencionadas que no está tan próximo a convertirse en Derecho internacional consuetudinario como los otros cuatro. Estos cuatro principios sustantivos son, sin duda, los más importantes y pueden suministrar a los Estados y a los tribunales y órganos internacionales los criterios fundamentales para juzgar la conducta de los Estados respecto a la observancia de los derechos humanos en emergencias de acuerdo con el derecho internacional general. Examinemos brevemente estos principios.

A) *El principio de amenaza excepcional*

Como hemos señalado anteriormente, de acuerdo con los tres tratados analizados, la derogación de los derechos humanos en emergencias es legítima solamente en el caso de «guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación». Por otra parte, de acuerdo con el Derecho internacional general, la excusa de emergencia (o necesi-

³¹ *US Restatement, op. cit.*, vol. II, p. 152 (la traducción es nuestra).

³² Como botón de muestra de esta posición, véase QUESTIAUX, «Study of the Implications for Human Rights of Recent Developments concerning Situations known as States of Siege or Emergency», E/CN.4/Sub.2/1982/15 (27 de julio de 1982), p. 20, parág. 73.

dad) se acepta como causa de justificación para el incumplimiento de obligaciones internacionales solamente en «situaciones excepcionales» y cuando no existe otra alternativa para el Estado. Evidentemente es teóricamente posible que estos dos estándares —el que surge del derecho de los tratados y el que nace del derecho internacional general— puedan ser diferentes; por ejemplo, cabría la posibilidad de que un grupo de Estados decida en un tratado declarar la emergencia y suspender los derechos humanos en condiciones más estrictas que las requeridas por el Derecho internacional general³³. Sin embargo, si uno analiza cómo ha sido construido en la práctica este estándar en el Derecho internacional general, llega a la conclusión de que éste no ha sido el caso. Así, Ago se refiere a la existencia de un «peligro inminente y extremadamente grave», la Comisión Especial de la OIT en el caso de Polonia se refiere a «circunstancias de extrema gravedad», y el Relator Especial de Naciones Unidas, cuando intenta establecer un estándar general para emergencias, habla de «circunstancias excepcionales... que implican una amenaza seria e inminente para el país»³⁴. Por tanto, no parece que estos dos *standards* sean *prima facie* diferentes.

Es cierto que conceptos como «circunstancias excepcionales» y «amenaza grave» son difíciles de definir en teoría y de aplicar a situaciones concretas. Sin embargo, existe otra razón importante para aplicar en el derecho internacional general el mismo estándar que el que cuidadosamente han formulado los órganos internacionales encargados de la aplicación de los tratados de derechos humanos. Estos órganos han elaborado una importante jurisprudencia en la interpretación del concepto de «emergencia pública». Esta jurisprudencia, que ha sido muy parecida en los órganos de Estrasburgo, en el Comité de Naciones Unidas, y en la Corte y Comisión Interamericanas, ha logrado un equilibrio notable entre la necesidad del Estado de derogar algunas libertades para proteger a la nación, y el disfrute de los derechos individuales en esas situaciones de emergencia. Visto a la luz de esta jurisprudencia, el concepto de «emergencia pública que amenaza la vida de la nación» es un concepto muy útil y realista, y puede ayudar a otros órganos internacionales cuando tengan que aplicar «circunstancias excepcionales» de acuerdo con el Derecho internacional general. Algunos de estos órganos ya han hecho referencia a esa jurisprudencia, y en particular a la elaborada por el Tribunal y la Comisión Europea de Derechos Humanos en sus casi cuarenta años de actividad³⁵.

B) *El principio de proporcionalidad*

Consideraciones parecidas pueden hacerse respecto a este principio. Como ha sido reiterado en este curso, este principio aparece en casi todas las sentencias e informes emitidos por los órganos judiciales o cuasijudiciales como uno de los principios bási-

³³ Véase, por ejemplo, la posición de GRAEFRATH en el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas: CCPR/C/SR. 349, p. 10, parág. 37.

³⁴ CDI «Informe AGO», YBILC 2.1 (1980), p. 20, parág. 19. «ILO Report of the Commission Instituted under art. 26 of the Constitution of the ILO to Examine the Complaint on the Observance by Poland of the Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention» 1948 (n.º 96), *ILO Official Bulletin*, 57 (1984), Special Supplement, Ser. B, pp. 126-127. E/CN. 4/Sub. 2/1985/19, p. 3.

³⁵ A título de ejemplo, véase la aplicación de esta jurisprudencia por el Grupo de Trabajo *ad hoc* sobre Chile, creado por Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, A/10285 (1975), p. 47, parág. 122.

cos para juzgar sobre la legalidad de las medidas derogatorias. La doctrina ha insistido también en la importancia de este principio en las derogaciones según el Derecho internacional general. Así, R. Higgins ha señalado que «derogaciones de las obligaciones de derechos humanos son aceptables solamente si los acontecimientos las hacen necesarias y si son proporcionadas a la amenaza que esos acontecimientos representan»³⁶. Además, no podemos olvidar que este principio ha sido considerado como un principio general de Derecho internacional cuya relación especial con el tema de las limitaciones de los derechos humanos ha sido subrayada reiteradamente. El principio de proporcionalidad hace relación no sólo a la naturaleza de las medidas tomadas, en el sentido que tienen que ser proporcionadas a la amenaza, sino que incluye también lo que la Comisión Interamericana ha llamado el principio de temporalidad (es decir, que las medidas no pueden durar más tiempo que la emergencia misma), y la limitación por la cual las medidas derogatorias sólo pueden extenderse al área geográfica afectada por la emergencia. En la interpretación del principio de proporcionalidad, la rica jurisprudencia del Tribunal y de la Comisión Europea puede ser de gran utilidad para los órganos internacionales cuando tengan que aplicar este principio en derecho internacional general.

C) *El principio de no discriminación*

No hay duda de que el principio de no discriminación ocupa una posición importante en el campo de los derechos humanos; es más, la Carta de las Naciones Unidas contiene varias alusiones al disfrute de los derechos humanos sin ninguna discriminación³⁷. La prohibición de discriminación por motivos de raza, sexo o religión es considerada como una norma de derecho consuetudinario³⁸. Debido a la importancia crucial de este principio en Derecho internacional y al hecho de que es mencionado como condición para la legítima derogación de los derechos en el Pacto y en la Convención Americana, parece que debería también considerarse como un principio aplicable en Derecho internacional general cuando se trate de derogaciones en emergencias. En cualquier caso, si un Estado quisiera tomar medidas que establecieran diferencias entre varios grupos étnicos o religiosos, tendría que probar que esas medidas son estrictamente necesarias para superar la emergencia, o, en otras palabras, que las medidas tienen una justificación legítima y objetiva, y que son proporcionadas a la amenaza. Este estándar establecido por los órganos internacionales cuando aplican el Derecho de los tratados debe ser extendido al Derecho internacional general³⁹.

³⁶ R. HIGGINS, «Derogations under Human Rights Treaties», 48 *BYBIL* (1976-7), pp. 282-283. También McDUGAL *et. al.*, «Human Rights and World Public Order», 63 *AJIL* (1969), p. 267.

³⁷ Para comprobar la importancia del principio en el campo de los derechos humanos, véase JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, «International Law in the Past Third of a Century», *Recueil*, 159, vol. I (1978), pp. 174-177. También, McKEAN, *Equality and Discrimination under International Law*, Oxford, 1983, pp. 277-287.

³⁸ BROWNLIE, *Principles...*, pp. 598-601. *US Restatement*, pp. 165/166. LILLICH, «Civil Rights», MERON (ed.), *Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues*, Oxford, 1984, pp. 132-133.

³⁹ El Relator Especial de Naciones Unidas ha sugerido que todos los Estados incluyan en sus legislaciones internas el principio de no discriminación como un principio inderogable en emergencias. E/CN.4/Sub.2/1990/33, p. 5.

D) *El principio de inderogabilidad de los derechos fundamentales*

Este es otro principio de crucial importancia en el régimen jurídico de emergencias. El principio en sí ha emergido ya como un principio de Derecho internacional consuetudinario; esto significa que incluso en situaciones de emergencia existen algunos derechos fundamentales que no pueden ser derogados. Este principio ha sido considerado como un principio general de derecho reconocido por las naciones civilizadas, de acuerdo al artículo 38 del Estatuto del TIJ.⁴⁰ El problema estriba, naturalmente, en determinar cuáles son los derechos que deben ser considerados inderogables. Los tres tratados, como hemos tenido ocasión de examinar, establecen tres listas distintas. Sin embargo, los cuatro derechos comunes inderogables constituyen normas de *ius cogens* y, por tanto, no pueden ser derogados ni siquiera por los Estados que no sean partes en los tratados. Incluso la Asociación de Derecho Internacional (ILA) en su Informe de Montreal, considera la lista de los derechos inderogables de los tres tratados como «indicativa de normas consuetudinarias emergentes en el área de los derechos humanos que no pueden ser suspendidos en emergencias»⁴¹.

Aunque esta lista es un indicador útil de los derechos inderogables, no es claro que todos estos derechos sean inderogables en el Derecho internacional general. Dos objeciones pueden ponerse a esta lista. La primera es que no contiene algunos derechos fundamentales que son indispensables para la protección de los seres humanos, y que corren un gran peligro de ser vulnerados en emergencias (p. ej., las garantías mínimas contra detenciones arbitrarias y las garantías relativas al derecho a un juicio justo). Y, en segundo lugar, las listas de derechos inderogables del PIDCP y CADH contienen algunos derechos cuya protección, como hemos visto anteriormente, no es tan indispensable ni corre tanto peligro en situaciones de emergencia.

Aunque la comunidad internacional en su conjunto no ha establecido todavía una lista uniforme de derechos inderogables⁴², y parece que no hay perspectivas a corto plazo de que se alcance un consenso más allá de los cuatro derechos inderogables comunes a los tres tratados, podríamos mencionar algunos criterios que debieran utilizarse para la confección de tal lista.

En primer lugar, la lista de los derechos inderogables debe ser corta y debe incluir solamente aquellos derechos que deben ser protegidos porque son tan fundamentales y están en peligro de ser violados en emergencias. De acuerdo con este criterio los cua-

⁴⁰ QUESTIAUX, *op. cit.*, p. 19. KAUFMAN y MOSHER, «General Principles of Law and the UN Covenant on Civil and Political Rights», 27 *ILCQ* (1978), p. 612.

⁴¹ *ILA Montreal Report*, 1982, Londres, 1984, p. 20. Por otra parte, el Informe de París de 1984 (Londres, 1986) contiene una lista de 16 derechos inderogables que son considerados principios generales de derecho (p. 70).

⁴² El Relator Especial en su informe anual de 1995 incluyó el resultado de la investigación sobre una posible lista de derechos inderogables realizada por un grupo prestigioso de expertos internacionalistas. Los resultados de la investigación confirman la tendencia creciente hacia el reforzamiento y la expansión del «núcleo duro» de los derechos inderogables. Sin embargo, algunos de los derechos mencionados son, como mínimo, controvertidos (p. ej., «el derecho a conocer» o el «derecho a la verdad», es decir, a saber exactamente lo que ocurrió en situaciones de emergencias donde graves violaciones de derechos humanos han tenido lugar y donde se han aprobado leyes de «punto final»; los derechos de los pueblos y de las minorías, incluido el derecho de autodeterminación, etc...). E/CN. 4/Sub. 2/1995/20, pp. 44-63. Otra lista interesante de derechos inderogables es la contenida en la llamada «Declaración de TURKU», E/CN. 4/Sub. 2/1991/55.

tro derechos comunes ya mencionados deben ser incluidos. En segundo lugar, también deben incluirse las garantías mínimas contra detenciones arbitrarias y otras garantías que protejan el derecho a un juicio justo. Y esto por dos razones: primero, porque son tan fundamentales que la derogación de estas garantías pondría en riesgo el derecho a la vida y la prohibición de la tortura y tratos crueles o inhumanos; y, segundo, porque ninguna emergencia pública podría justificar la derogación de esas garantías mínimas⁴³. No hay ninguna razón para permitir que estos derechos tan fundamentales y estas garantías mínimas puedan ser derogadas de acuerdo al Derecho internacional general por Estados que no sean partes en los tres tratados. La doctrina de los órganos internacionales que tienen como misión la aplicación de las normas de derechos humanos de acuerdo con el Derecho internacional general confirma esta posición⁴⁴.

En cualquier caso, el principio de proporcionalidad, que es el criterio fundamental para las derogaciones según el derecho internacional general, supone una garantía importante contra posibles vacilaciones en casos concretos respecto al carácter inderogable de ciertos derechos. Así, un Estado que quisiera derogar algunos derechos fundamentales en una situación de emergencia de acuerdo con la doctrina del estado de necesidad, deberá probar que la derogación controvertida es necesaria y proporcional a la amenaza.

IV. CONCLUSIÓN

En conclusión, en este curso hemos querido mostrar cómo el Derecho internacional establece límites muy precisos al derecho de los Estados a derogar sus obligaciones en materia de derechos humanos en situaciones de emergencia; límites que derivan tanto del Derecho de los tratados como del Derecho internacional general. La cláusula derogatoria de los tres tratados principales aquí analizados establece el régimen jurídico basado en siete principios fundamentales. La interpretación que de estos siete principios han realizado los órganos internacionales encargados de la aplicación de los tratados supone una riquísima doctrina la cual impone obligaciones severas para los Estados en la defensa de los derechos básicos de los seres humanos, precisamente en aquellas situaciones en que esta defensa se convierte en más problemática al estar amenazada la vida de la nación. Por otra parte, la identificación de estos estándares en Derecho internacional general es extraordinariamente importante puesto que bastantes Estados de la comunidad internacional no son partes todavía de ninguno de los tres tratados. Además, los órganos internacionales no han sido conscientes en muchas ocasiones de la existencia de estas obligaciones de los Estados de respetar los derechos humanos en emergencias de acuerdo con el Derecho internacional general, por lo cual no han podido ejercer sus funciones de control con plena efectividad. La identificación de estos principios (el principio de amenaza excepcional, proporcionalidad, no discriminación e inderogabilidad), como principios emergentes de Derecho internacional general, suministra a los órganos internacionales criterios claros y precisos para juzgar la conducta de los Estados respecto a la observancia de los derechos humanos en situaciones de emergencia.

⁴³ Una justificación más extensa de esta posición puede verse en ORAA, *op. cit.*, capítulo 4.

⁴⁴ Como hemos visto anteriormente, ésta ha sido la posición de la Comisión Interamericana, de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas y de diversos órganos *ad hoc*, que han sido creados en el seno de las organizaciones internacionales para evaluar el cumplimiento de los Estados en esta materia.