

# Los derechos humanos y los estados de excepción

LEANDRO DESPOUY

Prólogo a la segunda edición  
E. RAÚL ZAFFARONI

Prólogo a la primera edición  
HÉCTOR FIX ZAMUDIO



Proyecto "Independencia y acceso a la justicia en América Latina- Parte 2" 08 CAP3-1898  
Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH)  
Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID)  
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México





# Los derechos humanos y los estados de excepción

LEANDRO DESPOUY

Prólogo a la segunda edición  
E. RAÚL ZAFFARONI

Prólogo a la primera edición  
HÉCTOR FIX ZAMUDIO

Proyecto "Independencia y acceso a la justicia en América Latina  
Parte 2" 08 CAP3-1898  
Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH)  
Agencia Española de Cooperación Internacional  
para el Desarrollo (AECID)



Colección serie: Abordajes

Ediciones El Mono Armado

Página Web: [www.elmonoarmado.com.ar](http://www.elmonoarmado.com.ar)

Edición: Florencia Teruzzi

Foto de tapa: Victoria Sayago

Foto de solapa: Humberto Salgado

Producción gráfica y diseño de tapa: Rubén E. Iglesias

Primera edición: Instituto de Investigaciones Jurídicas  
de la Universidad Nacional Autónoma de México.

México 7 de mayo de 1999. I.S.B.N.: 968-36-7078-4

©2010 - Leandro Despouy

Queda hecho el depósito que marca la Ley N° 11.723

Impreso en Argentina

Despouy, Leandro

Los derechos humanos y los estados de excepción.

1ª ed. - Buenos Aires: El Mono Armado, 2010.

212 p.; 13 x 21 cm. (Abordajes)

I.S.B.N.: 978-987-1321-73-5

1. Derechos Humanos. 2. Ensayo Social. I. Título  
CDD 323

Fecha de catalogación: 24/02/2010

*A la memoria de Sergio Vieira de Mello,  
mi estimado e inolvidable amigo,  
por su lucha, su alegría y su sentido  
romántico de la vida.*



## Leandro Despouy

Leandro Despouy es jurista, experto en derechos humanos y derecho internacional. Fue Relator Especial sobre la Independencia de Magistrados y Abogados del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas desde agosto de 2003 hasta agosto de 2009. Presidió la Comisión de Derechos Humanos de la ONU (2001) y también la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, hoy Subcomisión de Promoción y Protección de Derechos Humanos (1987). Se desempeñó como Relator Especial sobre Extrema Pobreza y los Derechos Humanos (1996); Relator Especial sobre Personas con Discapacidad y los Derechos Humanos (1991) y Relator Especial sobre países bajo estado de sitio o de excepción (1985-1997). Presidió la Primera Conferencia Internacional de Estados Partes en la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes (1987) y fue miembro del Grupo de Expertos y Asesores del Comité Internacional de la Cruz Roja (1986-2002).

Como experto de Naciones Unidas, ha llevado a cabo tareas de fortalecimiento institucional en varios países y participó activamente en las negociaciones tendientes a la resolución de la crisis haitiana (1993-1994). Como diplomático (embajador extraordinario y plenipotenciario), ha ejercido la Dirección General de Derechos Humanos (1986-1989) y la Representación Especial de este sector en la Cancillería argentina (2000-2001), entre otros cargos.

Es autor de numerosos libros y publicaciones sobre derechos humanos. En junio de 2008, la Fundación de la Unión Internacional de Magistrados entregó a Leandro Despouy el Premio Internacional Justicia en el Mundo, en mérito a su trayectoria y a la constante defensa por la independencia de jueces y abogados. En agosto de 2009 recibió la distinción "Ciudadano Ilustre" de Montevideo en reconocimiento a su compromiso

con los derechos humanos, en particular por su actuación en los años 70 en la defensa de refugiados políticos latinoamericanos -muchos de ellos uruguayos-, y por la denuncia internacional de los inicios del Plan Cóndor en Sud América realizada en el Tribunal Russell en 1975. En 2009 el Estado armenio le otorgó la condecoración “Mejitar Gosh”, “por su significativo aporte al reconocimiento internacional del Genocidio de los armenios”.

Desde 2002 es presidente de la Auditoría General de la Nación de la República Argentina.

## ÍNDICE

Equipo del Proyecto “Independencia y acceso a la justicia en América Latina” .....	15
Autoridades de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH) .....	15
Autoridades de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID) .....	16
Prólogo a la primera edición <i>Héctor Fix Zamudio</i> .....	17
Prólogo a la segunda edición <i>E. Raúl Zaffaroni</i> .....	29
Introducción a la segunda edición <i>Leandro Despouy</i> .....	41
Informe final sobre la protección de los derechos humanos bajo los estados de excepción <i>Leandro Despouy</i> .....	67
Introducción. Visión general .....	69
I Antecedentes del estudio .....	75
1. Inclusión del tema en la agenda de las Naciones Unidas y designación de un relator especial .....	75
2. Mandato del relator especial .....	76
3. Objeto del presente estudio .....	78
4. Fuentes de información recibida .....	79
5. Terminología .....	80
6. Marco jurídico de referencia .....	80
II. Evolución de la protección internacional de los derechos humanos bajo el estado de excepción .....	83
1. De la soberanía absoluta de los Estados al reconocimiento del individuo como sujeto de derecho internacional .....	83

2. Avances significativos en la supervisión internacional ...	84
3. Situaciones que autorizan la declaración del estado de excepción .....	86
4. Causales invocadas para declarar el estado de excepción.....	87
5. Normas aplicables a los estados de excepción.....	88
6. Complementariedad de las normas que regulan las situaciones de crisis .....	89
7. Fundamento de los estados de excepción.....	90
8. Naturaleza jurídica .....	91
 III. Normas y principios que regulan los estados de excepción .....	 93
1. Principio de legalidad .....	93
2. Principio de proclamación.....	94
3. Principio de notificación .....	97
4. Principio de temporalidad.....	100
5. Principio de amenaza excepcional .....	102
6. Principio de proporcionalidad.....	106
7. Principio de no discriminación.....	110
8. Principio de compatibilidad, concordancia y complementariedad de las distintas normas del derecho internacional .....	111
 IV. Intangibilidad del ejercicio de los derechos humanos fundamentales .....	 115
1. Normas internacionales que la consagran .....	115
2. Imposibilidad de formular reservas respecto de ciertos derechos.....	116
3. Reforzamiento de la intangibilidad por la entrada en vigor de otros convenios sobre derechos humanos.....	117

4. Reforzamiento de la intangibilidad debido a los progresos registrados en el derecho internacional en general .....	118
5. El recurso de hábeas corpus como recurso inderogable para garantizar la protección del ejercicio de los derechos humanos fundamentales.....	119
V. Principales anomalías o desviaciones en la aplicación del estado de excepción .....	123
1. Estados de excepción de facto .....	123
2. Estado de excepción no notificado.....	127
3. Perennización del estado de excepción.....	128
4. Sofisticación e institucionalización del estado de excepción .....	129
5. Ruptura del orden institucional .....	131
VI. Efecto de los estados de excepción sobre las instituciones y el Estado de derecho .....	135
1. Impacto sobre las instituciones.....	135
A. Poder Judicial .....	137
B. Poder Ejecutivo.....	138
2. Impacto sobre el Estado de derecho .....	139
VII. Efectos de los estados de excepción sobre los derechos humanos.....	141
1. Derechos regularmente afectados .....	142
2. Detenciones arbitrarias y estado de excepción .....	144
A. Magnitud.....	144
B. Duración .....	145
C. Complejidad .....	145
D. Diversidad .....	146

3. Impacto sobre los derechos humanos de las medidas excepcionales <i>de facto</i> .....	147
4. Impacto sobre los derechos intangibles de los estados de excepción cuando estos registran un cúmulo de anomalías .....	148
5. Violencia generalizada .....	149
6. Impacto sobre los derechos económicos, sociales y culturales.....	150
7. Impacto del estado de excepción sobre los derechos humanos de algunos grupos vulnerables o sectores de la población .....	151
VIII. Conclusiones y recomendaciones .....	153
1. Conclusiones.....	153
2. Recomendaciones.....	154
A. Recomendaciones dirigidas a los Estados .....	154
B. Recomendaciones dirigidas al Comité de Derechos Humanos.....	155
C. Recomendaciones dirigidas a los relatores especiales y a los grupos de trabajo.....	156
D. Recomendaciones dirigidas al Alto Comisionado de las Naciones Unidas .....	156

## ANEXO I

DISPOSICIONES INTERNACIONALES QUE REGULAN  
LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN ..... 159

Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos  
Civiles y Políticos ..... 161

Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos  
del Hombre y de las Libertades Fundamentales..... 165

Convención Americana sobre Derechos Humanos ..... 167

## ANEXO II

OBSERVACIÓN GENERAL N° 29 SOBRE EL ARTÍCULO 4 DEL PACTO  
INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS:  
ESTADOS DE EXCEPCIÓN Y SUSPENSIÓN DE DERECHOS .....173

## ANEXO III

SEMINARIO INTERNACIONAL DE EXPERTOS SOBRE LA PROTECCIÓN  
DE LOS DERECHOS HUMANOS BAJO LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN,  
ESPECIALMENTE, EL DERECHO A UN PROCESO JUSTO ..... 189



**Proyecto**

«Independencia y acceso a la justicia en América Latina  
Parte 2» 08 CAP3-1898. Ejecutado por la Asamblea  
Permanente por los Derechos Humanos (APDH).  
Subvencionado por la Agencia Española de Cooperación  
Internacional para el Desarrollo (AECID)

**Director**

Obispo Metodista Aldo M. Etchegoyen

**Coordinadora técnica**

Dalila Polack

**Coordinador administrativo**

Juan Manzano

**Secretaría**

Ayelén Cerqueira

**Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH)**  
**Asociación Civil ONG con status consultivo II ante**  
**Naciones Unidas**

**Presidentes**

Obispo Metodista Aldo M. Etchegoyen

Hermana Marta Pelloni

Miguel Monserrat

APDH-Argentina

Tel: (5411) 4372-8594 / 4373-0397, Fax: (5411) 4814-3714

<http://www.apdh-argentina.org.ar/index.asp>

E-mail: [apdh@apdh-argentina.org.ar](mailto:apdh@apdh-argentina.org.ar)

Av. Callao 569, 3er cuerpo, 1er piso - (1022) Buenos Aires,  
Argentina

Agencia Española de Cooperación Internacional para el  
Desarrollo (AECID)  
Coordinador General de la Cooperación española en Argentina  
Sr. Javier Calviño Pazos.  
Oficina Técnica de Cooperación (OTC)  
<http://www.aeci.org.ar>,

OTC Argentina - Mail: [otcbaires@speedy.com.ar](mailto:otcbaires@speedy.com.ar)  
Dirección: Marcelo T. de Alvear 1449 1ro. B, C1060AAA,  
Buenos Aires  
Tel: (54-11)4814-0210/0063 - Fax: (54-11)4814-2842

Esta publicación ha sido posible gracias al valioso apoyo brindado a la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH) por la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID) para la ejecución del Proyecto «Independencia y acceso a la justicia en América Latina- Parte 2» 08 CAP3-1898.

PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN

HÉCTOR FIX ZAMUDIO

---

Investigador emérito del  
Instituto de Investigaciones Jurídicas  
de la Universidad Nacional Autónoma de México.  
Mexico, 1999



## PRÓLOGO

No resulta sencillo escribir algunas palabras preliminares sobre el informe final del destacado jurista argentino Leandro Despouy como relator especial del tema relativo a los derechos humanos y los estados de excepción, que constituye la culminación de su brillante labor de doce años a partir de su designación por parte de la Comisión de Derechos Humanos y la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de Minorías de las Naciones Unidas, las que dependen del Consejo Económico y Social.

Es bien sabido que a lo largo de la historia se han establecido procedimientos para superar situaciones de emergencia, provocadas especialmente por conflictos externos y conmociones internas. Los romanos con su extraordinario genio jurídico crearon la figura de la dictadura, como una delegación temporal de todas las facultades públicas en una persona distinta de las autoridades permanentes, para hacer frente por un periodo limitado a las situaciones excepcionales, pero esta institución se transformó inclusive en la misma Roma y dio lugar a dictaduras permanentes, como las de Sila y César.

Carl Schmitt estudió con profundidad dicha institución y distinguió entre dos modalidades que han trascendido a la actualidad: es decir, la *dictadura comicial*, de carácter restringido y temporal, y la *dictadura soberana*, de naturaleza absoluta y permanente.<sup>1</sup>

1 *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*, trad. de José Díaz García, Madrid, Alianza Editorial, pp. 33-74.

El desarrollo histórico demuestra que las declaraciones de excepción o de emergencia han sido de muy difícil regulación, ya que por muchos años se consideraron como atribuciones absolutamente discrecionales de los gobiernos y como una de las manifestaciones de la soberanía de los Estados.

En las Constituciones modernas se ha hecho el intento, especialmente en las posteriores a la segunda guerra mundial (debido a la experiencia de las dictaduras totalitarias, permanentes y absolutas), de establecer disposiciones para regular hasta donde es posible tanto las causas de los estados de emergencia, como a las autoridades facultadas para decretarlas, que no se atribuyen únicamente al ejecutivo, sino que se precisa la intervención de los organismos legislativos, y de manera creciente, también la de los tribunales; así como las limitaciones a que están sujetas tanto por lo que se refiere a las materias susceptibles de restricción como el tiempo en el cual las declaraciones respectivas tienen validez.

Por lo que respecta a los motivos por los cuales puede declararse el estado de emergencia, de acuerdo con las normas constitucionales, se han configurado varias categorías según su distinta gravedad, de acuerdo con las cuales deben graduarse las medidas, y así al lado del tradicional estado de sitio, se han establecido situaciones provocadas por desastres naturales o por crisis de carácter económico.

En su excelente estudio sobre las situaciones de emergencia, el conocido constitucionalista español Pedro Cruz Villalón llega a la conclusión de que en la actualidad la protección extraordinaria del Estado debe regularse en el texto constitucional, para constituir un verdadero régimen de legalidad, en el que se persigue la defensa de los derechos fundamentales, limitando algunas garantías individuales y libertades públicas, por lo que debe regularse un derecho de excepción que contenga las modificaciones al régimen constitucional ordinario, que se consideren necesarias en orden a la protección extraordinaria del Estado, excluyendo facultades superfluas o incluso contradictorias con el fin que se persigue. En defi-

nitiva, afirma dicho autor, de lo que se trata es de la *racionalización* de la protección extraordinaria del Estado.<sup>2</sup>

Los estados de emergencia o de excepción han sido crónicos en Latinoamérica, pues no obstante las previsiones constitucionales, por otra parte, bastante imprecisas, se han utilizado por los gobiernos *de facto*, en su mayoría de carácter militar, para desvirtuar las instituciones constitucionales y no para preservarlas, ya que además de su carácter desorbitado, se ha traducido en la restricción (cuando no en la violación sistemática), de la mayoría de los derechos fundamentales. Además, se han prolongado en ocasiones por mucho tiempo, y por ello se ha sostenido, con fundamento, que la excepción ha sido la normalidad constitucional.

Otro de los abusos que se han observado durante la práctica de las situaciones de emergencia en América Latina, ha consistido en la violación al derecho esencial al juez natural, ya que en numerosas hipótesis se ha sometido indebidamente a los civiles a la jurisdicción de los tribunales castrenses, con graves limitaciones a los derechos esenciales del debido proceso.

Esta situación se advierte de manera particular en las dictaduras militares de las décadas de los setenta y de los ochenta en los países del llamado “Cono Sur”, por lo que el Instituto Interamericano de Derechos Humanos realizó un Coloquio en Montevideo los días 3 a 5 de agosto de 1985, sobre el tema “Estados de Excepción y Derechos Humanos en el Cono Sur”, coloquio en el cual se declaró como una de sus conclusiones esenciales que:

Los estados de excepción constitucional han servido en nuestros países como marco de innumerables excesos, persecuciones y otros distintos modos de violación de los derechos humanos, severamente condenables a la luz de los instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional, de los textos de las respectivas Constituciones y de la conciencia moral de los pueblos.<sup>3</sup>

2 *El Estado de sitio y la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1980, pp. 441-445.

3 Cfr. Gros Espiell, Héctor, Piza R., Rodolfo y Zovatto, Daniel, “Los es-

Al acumularse la dolorosa experiencia de las dictaduras totalitarias que provocaron la Segunda Guerra Mundial, con las perturbaciones que siguieron a su terminación las que provocaron numerosas declaraciones de emergencia en varias partes del mundo, entre ellas América Latina, se hizo necesaria la regulación internacional de los llamados estados de excepción, ya que los ordenamientos nacionales eran insuficientes para evitar las violaciones de los derechos humanos provocadas por las situaciones extraordinarias ocasionadas por conflictos tanto externos como internos.

El destacado constitucionalista mexicano Diego Valadés, al referirse a los ordenamientos latinoamericanos agudamente señaló que en ellos las disposiciones del estado de excepción podían tener naturaleza *represiva* o *preventiva*, según tuvieran por objeto la represión de la disidencia o de garantizar la permanencia del orden legal establecido por el Constituyente.<sup>4</sup>

Con ese motivo se incorporaron en el Pacto Internacional de las Naciones Unidas sobre los Derechos Civiles y Políticos (artículo 4º), y en los dos tratados regionales, es decir, la Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (artículo 15), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 27) disposiciones para regular los estados de excepción a nivel internacional.<sup>5</sup>

En los tres preceptos mencionados se establecen normas similares relativas a situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación, amenacen la independencia o seguridad del Estado, en casos de guerra o de cualquier otra emergencia pública, en las que los Estados partes pueden tomar medidas estrictamente limitadas a las exigencias de di-

tados de excepción en América Latina y su incidencia en la cuestión de los derechos humanos en caso de disturbios internos”, en la obra editada por García Sayán, Diego, *Estados de emergencia en la Región Andina*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1987, pp. 21-58.

4 *La dictadura constitucional en América Latina*, México, UNAM, 1974, pp. 155-158.

5 Los textos de estos preceptos y los relacionados con ellos aparecen transcritos en el Anexo de esta obra.

chas situaciones, entre ellas la suspensión de las obligaciones contraídas en virtud de dichos tratados internacionales, siempre que dicha suspensión no sea incompatible con las demás obligaciones que les imponga el derecho internacional.

En los citados preceptos se establece que ciertos derechos consagrados por dichos tratados no pueden ser suspendidos durante los estados de excepción, que si bien no son exactamente los mismos, existe coincidencia sobre varios de los que se consideran inderogables. Además, se establece la obligación de los Estados partes de informar a las organizaciones internacionales respectivas, y por conducto de ellas a los demás Estados partes, sobre la suspensión de los derechos respectivos y los motivos que hubiesen motivado dicha suspensión, así como comunicar la fecha en que hubiesen terminado las medidas de emergencia.

Por el contrario, en la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVII Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, en Nairobi, Kenia, no contiene un precepto que, como los anteriores, regule los supuestos de las declaraciones de emergencia, no obstante que en los ordenamientos africanos se han utilizado con mucha frecuencia los estados de excepción, en ocasiones con mayor frecuencia que en América Latina.

Los extensos Convenios de Ginebra sobre derecho humanitario, que deben aplicarse precisamente durante los conflictos bélicos tanto externos como internos, regulan de manera minuciosa el trato que debe darse a los prisioneros y la protección de las personas civiles, ambos en tiempo de guerra: mejorar la suerte de los heridos, enfermos y naufragos de las fuerzas armadas en el mar. Y además, dos protocolos adicionales sobre la protección de las víctimas de los conflictos internacionales y aquellas sin carácter internacional.<sup>6</sup>

6 Los tratados que conforman el derecho humanitario son los siguientes: el Convenio relativo al tratado de los prisioneros de guerra; Convenio relativo a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra; Convenio para mejorar la suerte de los heridos, enfermos y naufragos de las fuerzas armadas

En virtud de lo anterior, el cuidadoso y documentado estudio del relator especial traza un panorama tanto del desarrollo histórico como de la evolución de los estados de excepción, que debido a la aplicación progresiva del derecho internacional de los derechos humanos, ya no constituye una materia exclusiva del ámbito interior de los Estados, sino que está sujeta a la supervisión internacional, ahora plenamente admitida.

El señor Despouy, por medio de sus informes de los doce años de análisis de esta materia, ha constatado de que han sido y son numerosas las declaraciones de las situaciones de emergencia, inclusive en la actualidad, de manera que muchos países, por razones que pueden ser o no justificadas, han estado de manera constante en estados de excepción, con lo que se presenta la paradoja de que excepción es de que no existan estados de excepción. Como ejemplo significativo podemos señalar un país latinoamericano: Paraguay, que estuvo en estado de emergencia por más de treinta años, lo que significó que durante todo ese tiempo sólo existía una simple apariencia de régimen constitucional, situación que afortunadamente ya parece superada.

El relator especial ha elaborado un conjunto de principios que regulan el derecho internacional de los estados de excepción, con apoyo en los mencionados artículos 4º, 15 y 27, respectivamente del Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos y las Convenciones Europea y Americana sobre derechos humanos, así como en los Convenios y Protocolos de Ginebra sobre el derecho humanitario, y además de acuerdo con la jurisprudencia de los organismos internacionales.

Ya hemos señalado anteriormente, y el relator especial lo destaca con precisión, que los estados de emergencia pueden

en el mar; los tres suscritos en Ginebra el 12 de agosto de 1949 y en vigor el 21 de octubre de 1950. Y dos protocolos adicionales, el primero relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, y el segundo sobre la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, ambos suscritos en Ginebra el 8 de junio de 1977.

utilizarse con dos propósitos diversos. Con mucha frecuencia se han empleado para reforzar a los gobiernos autoritarios, pero la finalidad esencial de las declaraciones de estados de excepción debe ser precisamente la opuesta, es decir, defender las instituciones constitucionales democráticas de los riesgos producidos por graves conflictos o acontecimientos, y en última instancia, para proteger los derechos humanos esenciales de los gobernados frente a los peligros de una crisis política, social, económica o de catástrofes naturales.

El señor Despouy describe con precisión los principios que deben regir los estados de excepción para que sean instrumentos de tutela de los gobiernos constitucionales de carácter democrático, así como de los derechos humanos de los gobernados y toma en cuenta la diversificación que se ha producido en nuestra época respecto a la regulación de los estados de emergencia, ya que a partir de la primitiva idea del estado de sitio, se han establecido diversos grados de situaciones excepcionales por causas diversas a las de graves conflictos externos o internos, tales como las emergencias económicas y sociales, así como las producidas por catástrofes naturales, cuando las mismas ponen a las comunidades en grave peligro.

El relator especial parte de la base de que las situaciones de emergencia deben ser reguladas jurídicamente para “detererrar así erróneas concepciones que emparientan el estado de excepción con la potestad discrecional de ejercer el poder en situaciones de crisis”.

Nos limitamos a destacar los principios señalados por el señor Despouy y que en su concepto deben regir el derecho internacional de los estados de excepción; a) legalidad; b) proclamación; c) notificación; d) temporalidad; e) amenaza excepcional; f) proporcionalidad; g) no discriminación; h) compatibilidad, concordancia y complementariedad de las distintas normas de derecho internacional.

Con apoyo en dichos principios, el señor Despouy ha elaborado normas que pueden servir como modelo a las legislaciones nacionales para que se ajusten a los lineamientos y valores del derecho internacional de los derechos humanos y del

derecho humanitario. Esta parte del informe del relator especial es de gran significado, ya que los Estados que han suscrito los convenios internacionales mencionados, se han comprometido a reformar su régimen jurídico interno en cuanto sea necesario para dar cumplimiento a los mismos tratados. Se advierte que muchos ordenamientos contemporáneos han incorporado de manera paulatina algunas de esas disposiciones.

Son también importantes las certeras reflexiones del señor Despouy sobre el efecto de los estados de excepción sobre las instituciones y el Estado democrático de derecho. Destacamos las que se refieren al poder judicial, ya que son esencialmente los jueces los que ven retringidas indebidamente sus facultades, en particular por lo que respecta al examen de la compatibilidad de las declaraciones de estados de emergencia con la Constitución, las disposiciones legislativas y las obligaciones que impone el derecho internacional. Ha sido complicada la evolución que se observa en esta materia, ya que hace no mucho tiempo se consideraba como una cuestión no judicial de manera absoluta, pero recientemente se admite que los jueces pueden analizar esa compatibilidad, especialmente por conducto del concepto de razonabilidad.

Nos parecen muy acertadas las recomendaciones formuladas por el relator especial y dirigidas al Comité, a la Comisión y a la Subcomisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, así como a los relatores especiales y a los grupos de trabajo.

Dentro de estas recomendaciones destaca la dirigida al referido Comité de Derechos Humanos con el propósito de que establezca una interpretación general sobre el artículo 4º del Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos, a fin de que se consideren inderogables el derecho de hábeas corpus y otros instrumentos similares durante las situaciones de emergencia, tal como lo sostuvo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con el artículo 27 de la Convención Americana, que tiene un contenido similar, en las opiniones consultivas números 8 y 9, que fueron resueltas con fechas 30 de enero y 6 de octubre de 1987.

Esta misma petición de interpretación general ha sido solicitada recientemente por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de Minorías de Naciones Unidas al citado Comité de Derechos Humanos.

También debe hacerse notar que no obstante su rico contenido, el Informe del señor Despouy está redactado con un estilo sintético, claro y preciso, lo que enriquece el significado de su excelente investigación.

Estamos seguros que el Informe que reseñamos tendrá una fructífera repercusión tanto en el ámbito interno de los Estados partes en los Convenios y Pactos de Derechos Humanos, como en el perfeccionamiento de las mismas normas internacionales e internas que regulan los estados de excepción, y por lo mismo, será de consulta obligada para todos los interesados en este tema, y en particular por parte de los juristas latinoamericanos que han experimentado en muchas ocasiones los efectos de las situaciones de emergencia.

*Héctor Fix-Zamudio*

Ciudad Universitaria, enero de 1999



PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN

E. RAÚL ZAFFARONI

---

Departamento de Derecho Penal  
y Criminología de la Facultad de Derecho  
de la Universidad de Buenos Aires  
Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación



## PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN

La necesidad es la coartada más usual para encubrir el desconocimiento de la dignidad humana. El más devastador de los hechos que invariablemente se produce bajo la invocación de la necesidad es la *generalización del homicidio* y se llama *guerra*<sup>1</sup>.

Es notorio el esfuerzo jurídico internacional por contener las guerras, en particular a partir de la Carta de la ONU, que limita el *jus ad bellum* y del derecho de Ginebra que se esfuerza por evitar las mayores atrocidades mediante el *jus in bellum*.

Son ampliamente conocidos los subterfugios esgrimidos por estados y gobiernos para eludir los límites impuestos por el derecho internacional, desde el desconocimiento de la competencia de la Cruz Roja Internacional en conflictos internos y en las llamadas guerras civiles, hasta la invocación de la seguridad del mundo por parte de alguna superpotencia, pasando por la negación misma del estado de guerra en razón de la falta de declaración formal.

Por diversos caminos el derecho internacional ha avanzado para neutralizar estos ilícitos que pretendían escapar a sus

1 Su carácter criminal lo definió claramente nuestro Juan Bautista Alberdi en su famosa obra inconclusa, cuyo texto completo se halla en la reciente edición de Élica Lois, Juan Bautista Alberdi, *El crimen de la guerra, Edición crítico-genética/Estudio preliminar*, Universidad Nacional de General San Martín, Archivo Alberdi, 2007.

normas agotando con la peor mala fe las posibilidades que le brindaban las fisuras de la ley.

Los pesimistas destacan las realidades delictivas impunes en el ámbito internacional con el objeto de deslegitimar los esfuerzos del derecho; son los *apocalípticos* de Eco. Los optimistas –que para Eco serían los *integrados*– muchas veces pasan por sobre la realidad para proclamar la vigencia del derecho. Ninguna de ambas actitudes es constructiva. Quizá la relación del *ser* con el *deber ser* constituya el meollo más preocupante de toda la filosofía del derecho y el objeto de sus mayores afa-nes, lo que por cierto no puede resolverse como una cuestión de *mero talante*.

En un plano menos visible que el de la guerra –aunque no desvinculado totalmente de ella– se halla la invocación de la necesidad –generada por situaciones excepcionales reales o alucinadas– para *suspender la Constitución*.

No en vano la importancia de esta manipulación de la necesidad mereció la muy particular atención del más destacado teórico político del *Dritte Reich* –Carl Schmitt–, quien racionalizó este recurso comenzando nada menos que por definir al soberano como *quien decide sobre el estado de excepción*<sup>2</sup>, lo que conforme a su particular visión de lo político, presuponía la potestad de individualizar al enemigo y el reconocimiento de la emergencia que la necesidad de aniquilamiento de éste creaba y, por ende, la medida de la suspensión de la Constitución que supuestamente imponía.

Pretendía que hallándose la Constitución en peligro, debía privilegiarse la defensa de sus normas fundamentales, con lo cual establecía una jerarquía de normas, según la cual la defensa de unas permitía el sacrificio –suspensión excepcional– de otras. De este modo justificaba en la propia Constitución la suspensión de sus normas secundarias para mantener o restablecer la vigencia de las primarias o fundamentales. Como co-

2 Carl Schmitt, *Teología política*, Buenos Aires, 2005, pág. 23.

rolario resultaba que la suspensión de la Constitución no era un acto antijurídico o extrajurídico, sino propiamente jurídico, porque formaba parte del derecho.

Schmitt no se refería al estado de excepción regulado por las leyes fundamentales que todos conocemos en el derecho constitucional comparado, sino de una verdadera suspensión de la carta fundamental –incluyendo los límites que ésta impone al estado de excepción– basado en la necesidad de preservar sus normas fundamentales, tales como el principio republicano, por ejemplo. Más bien subestimaba las limitaciones legales en la situación de excepción, considerando que en una emergencia los hechos superan cualquier obstáculo meramente legal.

Para Schmitt este poder no podía ser controlado por los jueces, pues los consideraba burócratas sólo eficaces en situaciones de normalidad, pero no en las de excepción. Quien individualizaba el enemigo, declaraba la necesidad de aniquilarlo y decidía la suspensión de la Constitución para hacerlo, era el poder político, que lo hacía invocando un reconocimiento implícito en su esencia constitucional.

Este razonamiento es completamente circular: la esencia de lo político finca en el poder de elegir al enemigo; el poder lo elige y decide con ello su aniquilamiento; esto crea una situación de emergencia cuya gravedad valora y en razón de ésta el mismo poder suspende la Constitución. Dicho en otras palabras: el poder político *suspende la Constitución cuando quiere para aniquilar a quien quiere* y esto no está fuera del derecho, sino que conserva carácter jurídico.

Si bien no fueron estas elucubraciones las que decidieron la implosión de la república de Weimar y de la Constitución de 1919, la persecución de los disidentes, su prisión, asesinato y tortura, la selección de los *inferiores* como enemigos, el asesinato de enfermos mentales e incurables, el Holocausto y el asesinato de gitanos y homosexuales, y la segunda Guerra Mundial, no puede menos que reconocerse en ellas el esfuerzo de racionalización legítima del poder que llevó a estos hechos.

Cuando algunos críticos acervos del estado parlamentario, la democracia burguesa y de los últimos desarrollos del derecho internacional, invocan hoy a Schmitt afirmando que fue un teórico independiente que no debe vincularse necesariamente a esos terribles crímenes, es bueno recordarles que de poco valen sus alegaciones de total falta de responsabilidad frente a sus propios escritos<sup>3</sup>, sin contar con la extrema hipocresía que mostró a la hora de defenderse<sup>4</sup> y con la posterior tesis fundante del concepto de *guerra sucia* llevada a cabo en su *Theorie des Partisanen*.

Es importante citar a Schmitt, porque en su pensamiento se hallan sintetizadas y armonizadas la totalidad de las racionalizaciones posteriores que intentan subestimar los esfuerzos internacionales por controlar los abusos de poder en las situaciones de excepción. En realidad, creemos que todo el pensamiento del estado de derecho se encuentra en permanente discusión con Schmitt, porque sintetizó y expuso como nadie la ideología reaccionaria y políticamente antiliberal.

El presente volumen constituye en el tema la antípoda de ese pensamiento. Es resultado de largos años de labor del Dr. Leandro Despouy como relator especial nombrado ante la frecuencia mundial de estas situaciones. En su parte final, cuando el experto se ocupa de los hechos, muestra las consecuencias devastadoras que tienen las suspensiones de derechos no sólo en cuanto a los letales efectos directos de la represión indiscriminada y masiva, sino también en cuanto al derecho hu-

3 Son prueba incontestable de su compromiso ideológico sus escritos *La Constitución de la libertad, La legislación nacionalsocialista y la reserva del "ordre public" en el derecho privado internacional, El "Führer" defiende el derecho, La ciencia del derecho alemana en su lucha contra el espíritu judío*, todos en Yver-Charles Zarka, *Un detalle nazi en el pensamiento de Carl Schmitt*, Barcelona, 2007.

4 Véase por ejemplo como trata de descalificar a Gustav Radbruch como un político, mientras pretende refugiarse en una supuesta actitud de científico *sentado en el escritorio* (Carl Schmitt, *Risposte a Norimberga, a cura di Helmut Quaritsch*, Laterza, 2006).

mano al desarrollo y en particular a la obstaculización a la lucha contra el hambre y la pobreza.

Basta con la lectura de esas consideraciones y de la descripción de varias situaciones puntuales para caer en la cuenta de que en la actualidad no es la guerra el principal factor de perturbación del desarrollo humano y ni siquiera la mayor fuente de homicidios y muertes por acción u omisión. Si bien la guerra se presenta siempre con caracteres dramáticos y mucho más ostensibles, son precisamente los estados de excepción habilitantes del ejercicio descontrolado del poder los que están causando el mayor número de muertes y los peores sufrimientos.

Los hechos se producen con la lógica de Schmitt, o sea que, en el plano de la realidad, se observa la marcada tendencia a señalar a un enemigo, a decidir su aniquilamiento y a invocar la necesidad de eliminarlo como justificación de la suspensión de la Constitución y, por ende, de todos los derechos.

Este curso, que Schmitt advertía y justificaba como parte del derecho, es precisamente lo que está violando el derecho, es decir, es el espacio de los peores crímenes de nuestro tiempo. Precisamente cada día es más urgente oponer a estos procesos la fuerza del derecho nacional e internacional.

El mundo contemporáneo padece tensiones y conflictos enormes. Además, estamos en plena crisis recesiva mundial, cuyos efectos aún no podemos dimensionar, pero que con seguridad habrán de multiplicar la conflictividad a corto plazo. Las carencias generan reclamos y disputas por la posesión de riquezas, pero en la mayor parte de los casos por la disposición de lo más elemental para subsistir.

Es muy posible –casi inevitable– que aumente la frecuencia al ancestral recurso de inventar un *chivo expiatorio* como responsable de todos los males y, una vez elevado a la condición de enemigo, reclamar como necesaria su eliminación<sup>5</sup> para

5 Sobre este proceso y su raíz etnológica, René Girard, *La violencia e il sacro*, ADELPHI, Milano, 2005; *Des choses cachées depuis la fondation du monde*, Paris, 1978 (*Delle cose nascoste sin dalla fondazione del mondo*, ADELPHI, Milano, 2005).

ejercer una represión y control ilimitados, que seguramente será aprovechado para repartir lo poco que hay entre los integrantes de una elite de poder. El uso del poder represivo con objetivos por entero diferentes de los manifiestos ha sido largamente explicado por Michel Foucault y no tiene sentido insistir aquí al respecto.

Invocando la necesidad y la excepción se cometen hoy las peores masacres, con la perspectiva de mayor frecuencia en el corto plazo. Preferimos no usar el término *genocidio* porque de inmediato se abriría un debate jurídico acerca del concepto y sus alcances. Por ello, es mucho más sencillo –a nuestros efectos– apelar al sociológico de *masacre*<sup>6</sup>, entendido como muerte masiva e indiscriminada de personas, que no sólo puede producirse por acción sino también por omisión. Dicho, pues, en palabras más usuales: las peores masacres las cometen en la actualidad los poderes punitivos estatales actuando fuera de todo límite jurídico e invocando la excepción fundada en la necesidad.

Frente a esta pulsión de muerte se impone la contrapulsión jurídica por parte del derecho internacional. El distinguido experto argentino en este informe no se limita a señalar el estado de la cuestión en el mundo, que ya hubiese sido mucho, sino que además provee al derecho internacional de una verdadera *teoría internacional de la excepción*.

El derecho no puede desconocer la necesidad, pues ésta es un dato de la realidad. Existen convulsiones, conflictos, crímenes de toda índole, amenazas a los estados, etc. La cuestión jurídica es cómo incorporar al derecho las medidas extraordinarias eventualmente necesarias para neutralizar los efectos de estas calamidades, sin dejar abierta la puerta para la invocación de ellas –reales y alucinadas–, lo que franquearía la entrada de la represión indiscriminada celebrada por Schmitt.

6 Es el vocablo que se emplea hoy en estudios multidisciplinarios sobre el tema: por ej., Jacques Sémelin, *Purificare e distruggere. Usi politici dei massacri e dei genocidi*, Einaudi, 2007.

Es claro que ante todo se trata de una difícil pregunta que debe ser atentamente cuidada y respondida por las instituciones nacionales de cada estado, correspondiendo este cometido en forma primaria al derecho constitucional. No obstante, lo que preocupa en el plano internacional –y donde el experto se concentra en este informe- es en los casos en que el derecho interno se muestra impotente para hacerlo o ha sido superado por los acontecimientos.

Como en toda cuestión atinente a los Derechos Humanos, el derecho internacional no debe ser el primer recurso, porque carece de poder jurídico para asumir ese cometido. Sin duda que el derecho internacional desempeña un papel importantísimo en la tutela y el estándar de avance de los Derechos Humanos, pero siempre como una suerte de reaseguro, para el supuesto en que falle el control interno.

La teoría que desarrolla el informe –pues cabe insistir en que esboza una *verdadera teoría*- se refiere a la programación del poder jurídico internacional en este papel de reaseguro frente a la quiebra del orden interno de los estados.

El experto sintetiza la programación jurídica del control internacional sobre la base de principios y enumera los siguientes: 1) de legalidad; 2) de proclamación; 3) de notificación; 4) de temporalidad; 5) de amenaza excepcional; 6) de proporcionalidad; 7) de no discriminación; 8) de compatibilidad, concordancia y complementariedad de las distintas normas del derecho internacional.

Conforme a estos ocho principios el derecho internacional califica la necesidad, su alcance y su gravedad y, en consecuencia, establece el grado de justificación de la medida excepcional. La *Observación General sobre el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: estados de excepción y suspensión de derechos*, del 31 de agosto de 2001, recoge estos principios, con lo cual se han convertido en los pilares para la futura acción controladora del organismo mundial y, sin duda, una orientación indispensable para los sistemas regionales de Derechos Humanos.

Del fortalecimiento del poder internacional dependerá la medida en que el fenómeno pueda controlarse, pero en este informe el distinguido experto traza claramente el sentido del contrapoder jurídico en la contención del poder represivo que tiende a desprenderse de todo límite.

No hay poder jurídico que pueda ejercerse sin programación, y la programación en el campo del derecho es la teoría jurídica. Con este texto se dispone de la herramienta de programación. No se trata de un simple informe de gestión, que por lo visto ha sido ardua, sino que propone una verdadera creación doctrinaria jurídica en torno a la teoría de la necesidad. Incorpora la necesidad a la teoría del derecho, pero elige el camino opuesto al de Schmitt: el reaseguro internacional no puede tolerar un concepto de soberanía fundado en un poder arbitrario de declarar la excepción, sino que justamente, debe proceder a lo contrario, o sea, a controlar el poder del político que pugna por liberarse de todo control.

El aporte del Dr. Leandro Despouy es sumamente importante y todo considerando que no ha pasado por alto en el organismo internacional que lo incorpora a su práctica.

Será necesario insistir en los principios señalados en el informe, afinar su combinación y sus relaciones, es decir, profundizar la teoría, pero también es menester poner particular empeño en trabajar el tema en los derechos internos.

No existe una tajante diferencia en cuanto al tratamiento del tema en el derecho interno y en el internacional, sino que, por el contrario, es fácilmente reconocible una continuidad entre ambos órdenes que, en último análisis, remiten a los principios que regulan el estado de necesidad en el derecho civil y en el penal, que han sido los primeros en incorporar la necesidad al derecho.

Habrán límites dudosos, sin duda. Los principios no funcionan aislados, sino en forma de trama compleja y en los casos concretos será necesario establecer algunas veces criterios de preferencia cuando colisionen. Nunca ha sido fácil poner límites a la invocación de la necesidad en el derecho, pero a este

respecto el derecho internacional puede recoger en buena medida la experiencia teórica del derecho interno, pese al reconocimiento diferencial de sus respectivos campos.

Quizá no sea ajena a este tema la distinción entre la necesidad que legitima o elimina la ilicitud y la que meramente excluye el reproche. Las situaciones conflictivas suelen plantear casos extremos en los que no es posible admitir su licitud, pero en los que tampoco cabe formular un reproche, y los plantea con mayor frecuencia que los ejemplos de manual del derecho interno.

Es muy importante la elaboración del tema en el derecho interno, puesto que uno de los requisitos fundamentales para la incorporación de la situación excepcional al derecho es la preservación del *habeas corpus* durante el tiempo de su vigencia, cuyo conocimiento exige una valoración judicial de la situación excepcional.

Frente a la tesis que pretende la suspensión del *habeas corpus* en situación de excepción, se alza la ley internacional y lo ratifica el autor del informe, puesto que es en esas situaciones cuando más necesario se hace el *habeas corpus*. Lejos de estar el control de las medidas excluido de los jueces, es la ocasión en que éstos deben mostrar su verdadero poder controlador, porque se trata de los períodos de mayor riesgo para el estado de derecho y para la integridad de las personas.

No obstante, es claro que un estado de derecho débil —como suelen ser los que protagonizan las mayores masacres— carecen de un poder judicial fuerte e independiente y, por ende, más necesario resulta en el caso el poder jurídico internacional. Pero la previsión es importante, porque debe evitarse que los jueces, sea cual fuere el poder de que dispongan, sean marginados del control de las medidas.

En un mundo en el que a diario se invoca la excepción y la necesidad y en el que se *producen* enemigos en serie, el trabajo del Dr. Leandro Despouy, que resume la experiencia de muchos años de relator especial y sobre cuya base elabora una teoría en el campo del derecho internacional, tiene un enorme

valor orientador que, lamentablemente, se irá poniendo de manifiesto por imperio de las exigencias de una realidad acuciante y que se ha extendido de modo insidioso, al amparo de su menor visibilidad.

Los diez años transcurridos desde la primera publicación de este texto muestran un profundo cambio en el panorama mundial: sanción de leyes antiterroristas que desconocen elementales principios jushumanistas, legitimación de la tortura, prácticas violatorias de derechos humanos, limitaciones al derecho de defensa, guerras supuestamente preventivas, privaciones de libertad sin control judicial, campos clandestinos de detención conocidos por grandes potencias, secuestros practicados por organismos de inteligencia, debilitamiento de garantías judiciales, expulsiones administrativas arbitrarias de extranjeros, la propuesta de un *derecho penal del enemigo*, crisis del estado de bienestar, empobrecimiento de las clases medias, crecimiento acelerado de los desplazamientos migratorios, desplazamientos masivos por efecto de la violencia, aumento de sectores excluidos, pérdida de empleo, terrorismo mediático a través de la amenaza de la criminalidad común y, finalmente, la crisis económica recesiva.

Pocas dudas pueden haber acerca del valor e interés crecientes de este informe en el curso de estos años y, aunque en lo personal nos agradaría decir algo diferente, tampoco podemos negar que, por efecto de la proyección de este curso en el futuro inmediato, debemos concluir que su utilidad –y necesidad– se dimensionará más acabadamente en los próximos años.

*E. Raúl Zaffaroni*

Departamento de Derecho Penal y Criminología.  
Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires.  
Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

INTRODUCCIÓN A LA SEGUNDA EDICIÓN

LEANDRO DESPOUY



## INTRODUCCIÓN A LA SEGUNDA EDICIÓN

LEANDRO DESPOUY

### *Reflexiones sobre los estados de excepción y comentarios a la segunda edición*

A más de diez años de la publicación de esta obra por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (1999, IIJ-UNAM), actualmente agotada, y a más de veinte de haber sido designado Relator Especial de la ONU sobre los estados de excepción<sup>1</sup>, me es grato compartir –en oportunidad de esta segunda edición– algunas reflexiones que hacen tanto al tema en sí como a los aspectos vivenciales que a él me ligan. Se trata de uno de los problemas filosóficos, jurídicos y políticos que más tiene que ver con mi propia vida, ya que, además de haberlos estudiado y examinado, y de haber combatido su incorrecta aplicación en países que integran el sistema de la ONU, hube de padecerlos y transitarlos de muy distintas maneras.

En tanto Relator Especial de las Naciones Unidas tuve a mi cargo, durante doce años (1985-1997), la elaboración anual de la lista de países que hubiesen proclamado, prorrogado o suspendido el estado de excepción; pero también me ocupé del

1 De 1985 a 1997 Relator Especial sobre los derechos humanos y los estados de excepción, nombrado en cumplimiento de la resolución 1985/37 de la Sub-Comisión sobre Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías; de la Comisión de Derechos Humanos y del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.

tema como embajador de mi país, la Argentina, y cumpliendo muchas otras actividades en calidad de experto de la ONU que me permitieron tratarlo desde diferentes perspectivas. Al concluir la tarea de Relator Especial del tema, se aprobó y publicó un Informe Final<sup>2</sup>, el mismo que dos años después sería publicado como libro por IJ-UNAM con el prólogo del constitucionalista mexicano Héctor Fix Zamudio. Reproducimos ese informe en esta edición con el agregado del prólogo del jurista argentino Raúl Zaffaroni, dos nuevos textos<sup>3</sup> y estas reflexiones.

Por ser un tema que me marcó en lo personal y acompañó durante muchos años mis actividades en la ONU, intentaré aprovechar la oportunidad que me brinda la reedición de este libro para evocar ambos aspectos.

### *Formarse como jurista bajo el dominio de la excepción*

Los “estados de sitio”, que es la terminología habitualmente utilizada en América Latina para designar los “estados de

2 Informe del Relator Especial Leandro Despouy sobre los derechos humanos y los estados de excepción, E/CN.4/Sub.2/1997/19, del 23 de junio de 1997, publicado originariamente bajo el título “Lista de Estados que hubiesen declarado, prorrogado o suspendido un estado de excepción”. En su 49º período de sesiones, la Subcomisión sobre Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías, en su resolución 1997/27, agradeció al Relator Especial la décima lista anual de Estados que desde el 1º de enero de 1985 habían proclamado, prorrogado o levantado el estado de excepción (E/CN.4/Sub.2/1997/19/Add.1) y su informe final sobre la protección de los derechos humanos bajo el estado de excepción (E/CN.4/Sub.2/1997/19).

3 Se incluye en este libro la Observación General N° 29 del Comité de Derechos Humanos, sobre el artículo 4º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: estados de excepción y suspensión de derechos (CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 adoptada el 31 de agosto de 2001; y el “Seminario Internacional de Expertos sobre la protección de los derechos humanos bajo los estados de excepción, especialmente, el derecho a un proceso justo”. pp 173-206

excepción”<sup>4</sup> me acompañaron desde niño –como a la mayoría de los argentinos– antes de la vuelta a la democracia, en 1983. También mi adolescencia transcurrió bajo los quiebres institucionales típicos de la Argentina de los años 60, que se tradujeron en numerosos golpes de Estado, planteos y levantamientos militares y cuyo corolario inexorable fue la proclamación o la prórroga del estado de sitio y en algunos casos hasta la ley marcial.

Frecuentemente, Villa Hortensia –mi casa paterna en San Luis– fue ocupada por comandos militares y transformada en destacamentos de sanidad o de la comandancia; eso ocurrió desde mediados de los años 50 hasta parte de los 70. Los estados de sitio también marcaron mi juventud: el derrocamiento de los presidentes Arturo Frondizi y Arturo Umberto Illia, y las dictaduras de Onganía, Levingston y Lanusse<sup>5</sup> incluyeron en todos los casos, persecución, destierro, destitución política

4 Se trata de la expresión de uso corriente en las ciencias jurídicas contemporáneas y abarca, además, situaciones tales como estado de emergencia, de urgencia, guerra interna, suspensión de garantías, ley marcial, etc. En el mismo sentido utiliza el sintagma “estado de excepción” el filósofo italiano Giorgio Agamben, quien sostiene que las elecciones terminológicas no pueden nunca ser neutrales y que la expresión “estado de excepción” implica una toma de posición relacionada con la naturaleza del fenómeno; y mientras “estado de sitio” o “ley marcial” expresan una conexión con el estado de guerra, la denominación “estado de excepción”, en cuanto suspensión del orden jurídico, “define el umbral o el concepto límite”. Reseña que el término “estado de excepción”, “común en la doctrina alemana (*Ausnahmezustand*, pero también *Notstand*, estado de necesidad), es extraño a las doctrinas italiana y francesa, que prefieren hablar de decretos de urgencia y estado de sitio (político o ficticio, *état de siège fictif*). En la doctrina anglosajona prevalecen en cambio los términos *martial law* y *emergency powers*”. Giorgio Agamben, *Estado de excepción*, Adriana Hidalgo, 2007, Buenos Aires, p. 28.

5 Juan Carlos Onganía, Marcelo Levingston y Alejandro Agustín Lanusse fueron los tres dictadores sucesivos de la autodenominada “Revolución Argentina”, gobierno militar que surgió del golpe de Estado que derrocó al presidente Arturo Illia el 28 de junio de 1966, implantando en la Argentina lo que el sociólogo Guillermo O’Donnell ha definido como “Estado Burocrático Autoritario”(EBA). [N.de E.].

de familiares muy cercanos – mis padres, mis tíos– y otros parientes y amigos.

En los 70, mientras esperaba que la universidad me entregara el diploma de abogado, acompañé a algunos colegas en la mera tramitación material de los ya entonces famosos *hábeas corpus*. Más tarde, como profesional, intervine ante los juzgados penales federales donde la característica central en aquellos años de convulsión, previos al golpe de 1976, era la creciente restricción de garantías. A esto se sumaba un contexto social sumamente propenso a identificar al abogado con su defendido y por lo tanto a perseguirlo también a él, o exponerlo a la represalia de otras bandas criminales paraestatales, como la Triple A, que se integraba perfectamente en esa maquinaria represiva del Estado que caracterizó a la democracia violenta de la Argentina entre 1973 y 1976.

“...Esto afecta el Estado de Derecho...”, concluía un escrito que preparé en julio de 1974 para que lo firmáramos con Silvio Frondizi en una defensa conjunta a la que él me había incorporado.

*“...Estado de Derecho!! ¿Sabe Ud. lo que es eso? Yo ya no me acuerdo, sé que lo estudié alguna vez, pero como profesional nunca lo viví. Siempre me tocó pleitear desde la adversidad, del derecho escaso, del derecho marginal—pero siempre vigente— de las jurisdicciones penales federales<sup>6</sup>. Incluso, no sé si hoy sería un buen abogado en un verdadero estado de derecho”.*

6 En mayo 1971, el gobierno del general Alejandro A. Lanusse creó la Cámara Federal en lo Penal (Ley 19.052), un tribunal civil –integrado por 9 jueces y 3 fiscales, divididos en 3 salas– para juzgar en instancia única y en forma oral y pública “los delitos de índole federal que lesionen principios básicos de la organización constitucional o de la seguridad de las instituciones”. Popularmente denominada “Cámara del Terror”, juzgó a unas 2000 personas y condenó a unas 600. Este fuero dejó de existir en 1973, cuando el presidente Héctor J. Cámpora promulgó su derogación (Ley 20.510).

Esto me dijo Frondizi<sup>7</sup> días antes de su asesinato, perpetrado el 27 de septiembre de 1974. Dos meses después, el 6 de noviembre de 1974<sup>8</sup>, la presidenta María Estela Martínez de Perón implantó el estado de sitio. De inmediato, las cárceles argentinas se colmaron de detenidos políticos a disposición del Poder Ejecutivo, y la Triple A sumaba a su funesta lista de atentados los nombres de importantes dirigentes políticos, sindicales, abogados, estudiantes, gente de la cultura, jóvenes, etc.

*Desarrollo de estándares internacionales aplicables a los estados de excepción*

En esas condiciones partí al exilio. En el exterior, los argentinos y otros latinoamericanos tuvimos que explicar a prestigiosos jurisconsultos, académicos de nota y simples ciudadanos, cómo en nuestros países, bajo el sinuoso arsenal represivo de normas, leyes, decretos, reformas constitucionales, etc., nuestras instituciones democráticas habían sido usurpadas y se encontraban cubiertas con el manto fatídico de los estados de excepción que aceleradamente se expandían en la mayoría de los países de la región y que serían el preludio de un terrorismo de Estado que culminó más tarde con la fría y metódica implementación del Plan Cóndor.

Fueron estas circunstancias y por esta suerte de improvisada especialización en situaciones de crisis por lo que, en 1980, Theo van Boven (entonces director de la División de Derechos Humanos de Naciones Unidas) me contrató como asistente de la experta francesa Nicole Questiaux –entonces miembro de la

7 Mi relación con este brillante intelectual argentino está relatada por Fabián Bosser y Florencia Teruzzi en “Leandro Despouy, trayectoria del jurista argentino que llegó a Ginebra”, en *El derrumbe del negacionismo*, Planeta, 2009, Buenos Aires.

8 Decreto 1368/74, Boletín Oficial 7/11/1974.

Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías<sup>9</sup> para contribuir en la difícil tarea que la Subcomisión le había encomendado: realizar un estudio sobre el impacto de los estados de sitio o de excepción en los derechos humanos<sup>10</sup>. De esta forma nos enfrentamos al desafío de tener que explicar en términos jurídicos, y en particular desde el punto de vista del Derecho Internacional, los principios, criterios y normas –hasta entonces dispersas y carentes de toda sistematización– que regulan la protección de los derechos humanos en los estados de excepción y, en particular, las destinadas a establecer límites concretos al ejercicio abusivo de los poderes excepcionales propios de las situaciones de crisis.

El uso excesivo e indebido de dichas facultades excepcionales no sólo había afectado y degradado a las instituciones de muchos Estados en el mundo, sino que también había entrañado graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos fundamentales: detenciones masivas, asesinatos, desapariciones forzadas, exilio, etc. Conjurar este fenómeno y establecer esos límites constituía un reto mayúsculo en ese momento.

Se sumó al equipo un gran jurista, el magistrado francés Louis Joinet, que conocía muy bien las prácticas europeas, latinoamericanas y africanas en materia de regímenes de emergencia y hasta entonces se desempeñaba como suplente de Nicole Questiaux en la Subcomisión.

El Informe se preparó entre 1980-81 y fue aprobado un año más tarde, en septiembre de 1982<sup>11</sup>, por la Subcomisión en su

9 Luego Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas

10 El Informe definitivo: “Estudio sobre las consecuencias para los derechos humanos de las situaciones conocidas como estados de sitio o de excepción” (E/CN.4/Sub.2/1982/15) fue presentado por la Relatora Especial, Nicole Questiaux, durante el 35° período de sesiones de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías.

11 *Ibidem*.

35° período de sesiones. Se corría el riesgo de que el informe enfrentara serios cuestionamientos, o que incluso fuera rechazado, porque ponía al desnudo –ante los propios gobiernos que lo practicaban– la relación directa entre la maquinaria avasalladora de los estados de excepción (que se expandía en muchas regiones del mundo) y la violación masiva de los derechos humanos.

Recuerdo que parte de mi trabajo de asistente de Nicole Questiaux tuve que realizarlo desde París, desvinculado contractualmente de Naciones Unidas, porque ya estaba a punto de concluirse el primer Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de Personas, cuyo destinatario principal era la Argentina, el país que más desapariciones forzadas registraba en ese tiempo<sup>12</sup> y, si yo mantenía mi relación contractual con la ONU, la diplomacia de la dictadura argentina en Ginebra podría valerse de ese hecho como excusa para cuestionar la imparcialidad del impactante informe sobre la desaparición forzada de personas. Finalmente Theo van Boven entendió y aceptó mi decisión. De todos modos, nada impidió que tiempo después, al presentarse el informe, el Embajador argentino en Ginebra criticara fuertemente a Theo van Boven, entre otras cosas, por haber contratado a personas que denunciaban públicamente a la dictadura. En realidad, fue la recepción que había dado Theo van Boven a los testimonios de los familiares de los desaparecidos en América Latina, a las ONG y a quienes transmitían información sobre lo que acontecía en la Argentina, lo que le valió importantes críticas de la diplomacia argentina y latinoamericana; y la razón por la que, además, estos países ejercieron fuertes pre-

12 Nos referimos al Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias sobre “La Cuestión de los derechos humanos de todas las personas sujetas a cualquier forma de detención o prisión, en particular la cuestión de las personas desaparecidas”, publicado como E/CN.4/1435, el 26 de enero de 1981.

siones para que el entonces Secretario General de Naciones Unidas, Javier Pérez de Cuéllar, terminara separándolo de su cargo<sup>13</sup>.

Lejos estaba de imaginar que apenas tres años más tarde de la aprobación del Informe de Nicole Questiaux, habría de ser yo mismo el destinatario de la principal recomendación de ese estudio y el que habilitaría su continuidad. En diciembre de 1983 regresé a la Argentina; a principios de 1984, la Comisión de Derechos Humanos me designó miembro de la Subcomisión; ésta, en la primera sesión en que participé (agosto de 1984), propuso mi designación como Relator Especial encargado de elaborar cada año la lista de países y territorios bajo estados de excepción, lo que fue ratificado por la Comisión primero, y el Consejo Económico y Social (ECOSOC, por sus sigla en inglés) después, en mayo de 1985.

En ese período, la Argentina había recuperado la democracia y se había iniciado el Juicio a las Juntas. Yo cumplía funciones en la Cancillería cuando el Gobierno se preparaba para dismantelar, rápidamente, el anacrónico andamiaje institucional de la dictadura y adecuar su legislación interna a la normativa internacional que surgía de los tratados y convenios a los que, en forma acelerada, se incorporaba el país<sup>14</sup>.

Durante los 12 años que duró el trabajo de Relator Especial la tarea fue apasionante y me demandó un vigoroso y edificante esfuerzo, no sólo en el informe final del 23 de junio de

13 Quien describe con detalle la batalla diplomática que libraron las dictaduras latinoamericanas –y en particular la argentina– en el seno de la Comisión de Derechos Humanos y la Asamblea General de la ONU para que van Boven fuese apartado de la organización es el periodista inglés Iain Guest en su libro *Behind the Disappearances: Argentina's Dirty War Against Human Rights and the United Nations*, Philadelphia, PA: University of Pennsylvania Press, 1990.

14 En esos años, la Argentina fue, junto a la Filipinas de Corazón Aquino, el país que más convenios internacionales de protección de los derechos humanos ratificó en menos tiempo.

1997<sup>15</sup> –que aquí se publica– sino en cada uno de los informes anuales debatidos en la Subcomisión y elevados a la Comisión y el ECOSOC para ser considerados. En los primeros años, la principal actividad consistió en registrar, listar y examinar los estados de excepción a nivel universal, debiendo vencer la enorme resistencia de muchos Estados que se negaban a cooperar con la Relatoría. La tarea fue realmente compleja debido a la diversidad de sistemas jurídicos y, sobre todo, por la circunstancia de que en algunos de ellos no se requería proclamación oficial para implantar restricciones a los derechos humanos, como era el caso de las ex colonias británicas heredadas del Common Law.

La segunda etapa se centró, específicamente, en verificar el impacto de los estados de excepción sobre los derechos humanos y establecer cuáles eran los más afectados. Al mismo tiempo, se definieron y precisaron los criterios y componentes jurídicos de los estados de excepción para que éstos fueran compatibles con el sistema democrático y el estado de derecho. En ese aspecto, pude profundizar aquellos estándares internacionales establecidos originariamente en el estudio de Nicole Questiaux (1982) que, como ya dije, contó con la contribución de Louis Joinet, uno de los expertos de mayor relevancia internacional. En 1985, Joinet pasó de ser miembro suplente a ser titular de la Subcomisión, justamente en reemplazo de Questiaux, y desde ese lugar contribuyó activamente y con gran creatividad al desarrollo de la Relatoría.

Del extenso trabajo sobre los estados de excepción, entiendo que fue el establecimiento de estándares y principios nuestra mayor contribución al derecho internacional. Hoy, los principios de “legalidad”, “proclamación”, “notificación”, “temporalidad”, “amenaza excepcional”, “proporcionalidad”, “no-

15 Informe final del Relator Especial Leandro Despouy sobre los derechos humanos y los estados de excepción, E/CN.4/Sub.22/1997/19 del 23 de junio de 1997. Ver nota 2 p. 44 de este capítulo.

discriminación”, “compatibilidad, concordancia y complementariedad de las distintas normas del derecho internacional” e “intangibilidad de los derechos humanos fundamentales” integran el lenguaje universal. La aprobación del informe final implicó un paso decisivo en la sistematización de los principios que actualmente rigen la protección de los derechos humanos durante los períodos de crisis.

La larga lucha por lograr que los gobiernos aceptaran el control y la supervisión internacional de las medidas adoptadas invocando un estado de excepción fue una etapa ardua, por cierto difícil, pero sobre todo muy alentadora. Los gobiernos alegaban con insistencia que las normas de excepción se habían creado para que los Estados pudieran recurrir a ellas libremente durante las situaciones de crisis y que el control internacional sobre su impacto en los derechos humanos sólo era legítimo en situaciones de paz. Por el contrario, la experiencia ya demostraba que es durante las situaciones de conflicto y de crisis cuando los derechos humanos se encuentran expuestos a mayor riesgo, por lo que el control jurídico e institucional se hace más necesario. Lo cierto es que, paulatinamente, la supervisión internacional se fue imponiendo cada vez con mayor amplitud y rigor, impactando incluso sobre el Derecho Penal Internacional, donde se produjo un extraordinario progreso en los últimos veinte años.

Otro hecho decisivo y concomitante fue la universalización de estos principios y su aplicación por otras instancias regionales de protección de los derechos humanos como es el caso de la Comisión Interamericana y más tarde la Corte, que también emplearon estos criterios y, a su turno, aportaron sustanciales precedentes a través de sus opiniones consultivas y rica jurisprudencia en la materia. El Tribunal Europeo, no obstante la relativa estabilidad institucional de esa región, también aportó una valiosa jurisprudencia y muchos de sus fallos, sobre todo aquellos que ponen límites a las restricciones de garantías, fueron fuente de importantes decisiones dentro –e incluso fuera– de su ámbito regional.

En efecto, un fenómeno interesante que se vincula con la indivisibilidad de los derechos humanos y con la complementariedad de las normas internacionales que los protegen, es la forma en que la jurisprudencia de cada organismo de supervisión influye sobre la de otros, y recíprocamente. El campo de los estados de excepción es uno de los que más se han beneficiado con este tipo de retroalimentación, que consagra y suma nuevas garantías y mayores exigencias jurídicas a los Estados cuando imperan las situaciones de emergencia. Así, por ejemplo, es notoria la influencia que ejercieron los trabajos de la Subcomisión sobre los precedentes establecidos por el Comité de Derechos Humanos<sup>16</sup> en materia de estados de excepción, vale decir cuando los Estados invocan el ejercicio de las facultades que les confiere el artículo 4° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>17</sup>.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos también influyó fuertemente en el desarrollo de la jurisprudencia regional, y viceversa. Prueba de ello es que la fecunda doctrina jurídica que se gestó en el sistema interamericano –que debió enfrentar décadas de gobiernos de facto y suspensión de las constituciones– influyó en los precedentes del Comité y en los del Tribunal Europeo. Se dio un círculo virtuoso, puesto que

16 Los precedentes establecidos por el Comité de Derechos Humanos y las Observaciones Generales que ha emitido son de gran trascendencia por el elevado número de Estados Partes en el Pacto, que han transformado al Comité, prácticamente, en un órgano con jurisdicción universal. La principal recomendación que en 1997 hice al Comité, fue que emitiera una nueva Observación General (OG) sobre el artículo 4° del Pacto, y así lo hizo, en diciembre de 2001, al emitir la OG N° 29, que reemplaza a la OG N° 5, del 31 de julio de 1981. Ver en este libro parágrafo 192, *in fine*, pp 155-156.

17 El Comité de Derechos Humanos expresa su opinión sobre el cumplimiento de las exigencias establecidas en el articulado del Pacto –en este caso, el artículo 4°– cuando examina el informe general que los Estados Partes deben presentar periódicamente en virtud del artículo 40 del Pacto, o bien cuando se tramitan denuncias individuales, de conformidad al artículo 5° del Protocolo Facultativo del Pacto (PIDCP).

es precisamente en el submundo de la crisis y la excepción donde las normas tuitivas de los derechos humanos han logrado mayor complementariedad, hecho que se verifica también con respecto a aquellas normas destinadas a regir durante los conflictos armados y que conforman el Derecho Internacional Humanitario.

Se incluye en este libro la Observación General N° 29 del Comité de Derechos Humanos<sup>18</sup>, sobre el artículo 4° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, referida a estados de excepción y suspensión de derechos adoptada el 24 de julio de 2001<sup>19</sup>. Esta Observación General reemplaza a la N° 5, del 31 de julio de 1981, y recoge casi literalmente los principios establecidos en mi informe final de 1997, incluido en este libro. Algunos de ellos, considerados durante algún tiempo de *lege ferenda*, hoy, en forma indiscutible, integran la jurisprudencia internacional y los estándares universales en la materia.

Para evaluar el nivel de las transformaciones que han tenido lugar en el mundo en esta materia, vale la pena comparar el contenido de la Observación General N° 29 (2001) con la Observación General N° 5 (1981)<sup>20</sup>, aprobada veinte años antes. El cotejo permite constatar que las exigencias a los Estados, transformadas hoy en estándares internacionales, eran considerablemente menores en el pasado, tanto en lo que concierne a las garantías que se deben preservar como a las facultades de control que se reconocen a los órganos de supervisión. Al mismo tiempo, resulta interesante comprobar que la Observación N° 29 reproduce fielmente los criterios del informe que se publica, aprobado cuatro años antes, en 1997.

Como se comprueba, desde el párrafo 1° hasta el 14° de la Observación General N° 29 se reproducen, casi literalmente,

18 Ver en este libro pp. 173-188.

19 CCPR/C/21/Rev.1/Add.11.

20 Observación General N° 5, aprobada el 31 de julio de 1981, y publicada bajo la nomenclatura U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 142 (1981).

los principios contenidos en mi informe final. Además, el párrafo 17° reproduce en detalle la obligación de los Estados de notificar al conjunto de Estados Partes la proclamación del estado de excepción y el fundamento y alcance de las medidas adoptadas. Los párrafos 15° y 16° de la Observación N° 29 recogen en detalle la rica e interesante jurisprudencia producida por el Comité con respecto a las garantías procesales y los requisitos del debido proceso y juicio justo que deben regir aun en las situaciones de crisis.

A su vez, resulta visible la influencia que han tenido en la Observación General N° 29 las Opiniones Consultivas 8 y 9 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los informes elaborados por el jurista malayo Param Cumaraswamy como Relator Especial sobre la independencia de jueces y abogados (1994-2003).

Enriquece este círculo virtuoso el hecho de que la Observación General N° 29 recoge, al mismo tiempo, los precedentes que el propio Comité ha establecido con relación al artículo 14 del Pacto que contempla, justamente, las garantías judiciales y el derecho a un debido proceso. Es importante destacar que el Comité formuló, a su turno, comentarios interpretativos del artículo 14 del Pacto, en su Observación General N° 32, de julio de 2007<sup>21</sup>. En ella se refuerzan los principios consagrados por el Comité no sólo con respecto al artículo 14° del Pacto, sino también con respecto a los criterios incluidos en la Observación General N° 29, referida a las garantías del debido proceso en los estados de excepción, que realiza un desarrollo interpretativo del artículo 4° del Pacto.

El reconocimiento de la articulación y complementariedad entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y el Derecho Internacional Humanitario (DIH) es rela-

21 Observación General N° 32, adoptada en el 90° periodo de sesiones del Comité de Derechos Humanos, del 9 al 27 de julio de 2007, y publicada el 23 de agosto de 2007 bajo la nomenclatura CCPR/C/GC/32.

tivamente reciente y representa uno de los progresos jurídicos más importantes de las últimas décadas, tal como lo acredita el informe que se publica. Históricamente, ambas ramas del derecho internacional público eran presentadas como excluyentes y la aplicación de una descartaba la otra, en una construcción de cinismo jurídico que justificaba todo tipo de atropellos. Esto fue lo que aconteció en la Argentina durante el gobierno militar (1976-1983), que invocaba la existencia de una guerra para suspender los derechos humanos consagrados en la Constitución. Y cuando se exigía a los dictadores el respeto de las leyes de la guerra, argumentaban que éstas no se aplicaban, por tratarse de una guerra no convencional, sucia, donde todo estaba permitido.

La confirmación de que el DIDH mantiene su aplicación aun en situaciones de conflicto armado o guerra internacional, fue asimismo ratificada por la Observación General N° 29. Esto significó un enorme avance, de gran utilidad, sobre todo en el debate más reciente vinculado a la preservación de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo.

### *Los nuevos desafíos*

En marzo de 2001 asumí la presidencia de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, en un contexto internacional tenso, sugestivamente inflamado, que presagiaba lo peor. El bombardeo de estatuas budistas en Afganistán<sup>22</sup> y los riesgos de un fracaso estrepitoso de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas

22 En los primeros días de marzo de 2001, la milicia de los talibanes que gobernaba Afganistán dinamitó en ese país obras de arte de la época preislámica, entre ellas la cabeza de la estatua de Buda más grande del mundo, de 55 metros de altura, tallada en la roca de una montaña hace 1500 años. También fueron destruidas otras antiguas y admirables obras de la civilización budista de los siglos II y V, antes que el Islam fuera introducido en la región en el siglo VII.

Conexas de Intolerancia (Durban, 31 de agosto a 8 de septiembre de 2001) prenunciaban el desenlace de hechos dramáticos de enorme gravedad. Y, en efecto, pocos días después de concluida la Conferencia ocurrió el atentado a las Torres Gemelas de Nueva York, el 11 de setiembre de 2001.

Durante el mes y medio que duraron las deliberaciones de la Comisión en Ginebra, el clima de tensión se había trasladado también al recinto donde se desarrollaban. El gran número de delegaciones y de ONG que concurrieron y la envergadura de los debates agigantaban las tensiones. Todos suponíamos que el recinto de la ONU no habría de resistir semejantes presiones, que no podría alojar tamaño despliegue de energías opuestas, de fuertes controversias e intensos debates que se prolongaban hasta altas horas de la noche. Y si bien se aprobaron cuestiones importantes (como la puerta de entrada a la declaración sobre pueblos indígenas) y se dio un paso decisivo para el establecimiento de un grupo de trabajo encargado de elaborar una convención sobre desaparición forzada de personas<sup>23</sup>, mis intentos de reinstalar el tema de los estados de excepción no fructificaron inmediatamente. Lejos de ello, en aquel 2001 el mundo se partió y empezó una era dominada por la violencia.

En ese nuevo contexto los Estados fueron protagonistas decisivos, e invocando la guerra, la emergencia y la lucha frontal contra el terrorismo también limitaron seriamente el ejercicio

23 En el 57º período de sesiones, por Resolución 2001/46, del 23 de abril de 2001, la Comisión de Derechos Humanos decidió, ante el persistente reclamo de las ONG argentinas y latinoamericanas, crear un grupo de trabajo con el mandato de elaborar un proyecto de instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. Con fecha 21 de diciembre de 2006, la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas fue adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas. Para que entre en vigor se necesitan 20 ratificaciones; a diciembre de 2009 ha sido ratificada por 18 Estados (Argentina y Francia se encuentran entre los primeros).

de los derechos humanos. Esto se tradujo en un vertiginoso regreso a las detenciones masivas, las cárceles clandestinas, la violación del principio de *non refoulement* y otras prácticas nocivas. Esa profunda regresión puso en riesgo importantes conquistas en materia de regulación jurídica de la violencia estatal, sobre todo las que tendían a limitar los poderes excepcionales en situaciones de crisis.

A poco de concluir mi mandato como presidente de la Comisión, en marzo de 2002, tuve a mi cargo la designación de cuatro expertos independientes. Como Relator Especial sobre los territorios árabes palestinos ocupados desde 1967 nombré a John Dugard (Sudáfrica); como Relator Especial sobre la venta, explotación y pornografía de niños, a Juan Miguel Petit (Uruguay); como Relator Especial sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas, a Rodolfo Stavenhagen (México) y, por último, algo muy significativo para mí fue la designación de Theo van Boven (Holanda) como Relator Especial sobre la cuestión de la tortura. Una afortunada ironía del destino, que los diarios argentinos<sup>24</sup> y las agencias internacionales se encargaron de subrayar, fue que el hombre al que la dictadura argentina había logrado desplazar de su cargo cuando era uno de los más notables referentes históricos de los derechos humanos, veinte años más tarde volvía a la ONU nombrado precisamente por un nacional del país cuyas presiones diplomáticas habían conseguido su expulsión.

Esta anécdota es significativa porque dos años después, en agosto de 2003, fui designado por la entonces Comisión de Derechos Humanos<sup>25</sup> Relator Especial sobre la independencia de jueces y abogados, lo que facilitó enormemente la posibilidad de que los relatores especiales colaborásemos en dos temas tan

24 Ver el artículo de opinión de Martín Granovsky, "Van Boven, una revancha de la historia", *Página12*, Buenos Aires, 29 de noviembre de 2001. Disponible en URL: <http://www.pagina12.com.ar/2001/01-11/01-11-29/pag13.htm>

25 Luego Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

delicados y de tanta repercusión pública como son la lucha contra la tortura y el imperio de la justicia en el mundo. Ello permitió que impulsáramos algunas iniciativas políticamente arriesgadas que resultaron trascendentes, como la decisión de solicitar una visita conjunta a la prisión de Guantánamo, lo que desembocó más tarde en la redacción de un único informe<sup>26</sup>, elaborado por cinco Relatores, sobre la situación de las personas alojadas en ese establecimiento carcelario<sup>27</sup>. La repercusión del informe fue mayúscula, ya que por primera vez la ONU establecía con precisión la existencia de torturas y malos tratos a los detenidos durante los interrogatorios, las condiciones inhumanas de detención y la violación de las normas básicas del derecho internacional.

Pero más allá de la terrible situación de los detenidos, el informe sobre Guantánamo fue también una lucha en favor de la vigencia de los derechos humanos y del derecho humanitario gravemente cuestionados por la tesis de la administración Bush sobre el “enemigo combatiente”. El Informe sostiene con éxito (ya que fue ampliamente debatido y aprobado, sin cuestionamientos de peso) que los estados de excepción, aun en su versión más extrema, la guerra, no son el reino de lo arbitrario. Que los derechos humanos deben respetarse tanto durante la paz como durante la guerra; que un detenido, cualquiera

26 En 2006, cinco relatores especiales de las Naciones Unidas – Leila Zerrougui, Presidenta-Relatora del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria; Leandro Despouy, Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados; Manfred Nowak, Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; Asma Jahangir, Relatora Especial sobre la libertad de religión o de creencias; y Paul Hunt, Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental— tuvimos la responsabilidad de elaborar el primer informe sobre la situación de los detenidos en la bahía de Guantánamo, “Situación de los detenidos en la Bahía de Guantánamo” E/CN.4/2006/120, presentado el 27 de febrero de 2006 ante Comisión de Derechos Humanos en su 62º periodo de sesiones.

27 El texto fue firmado por el jurista austriaco Manfred Novac que lo sucedió en el mandato.

que sea su condición, no puede ser sometido a malos tratos; y que todo proceso que no respete las reglas elementales del derecho a un proceso justo, es decir, sustanciado por un tribunal competente, imparcial e independiente, viola el derecho internacional vigente.

Si bien el establecimiento carcelario de Guantánamo no se ha cerrado todavía, como lo solicitaba el informe, este combate del derecho se ganó ampliamente en los foros internacionales y en la conciencia de la humanidad. Habría sido terrible que desde uno de los países que más ha esgrimido su pertenencia a las consignas en favor de la libertad y el estado de derecho y que pretende difundir esas consignas a lo largo del planeta, se hubiesen exportado viejas teorías del derecho según las cuales invocando una crisis o una calificación atribuida al detenido (subversivo, terrorista, etc.) se puede privar a las personas del ejercicio efectivo de sus derechos más elementales, como aconteció en la década del 70 en nuestra región y en particular en mi país donde, con argumentos similares, se practicaron la tortura, las desapariciones forzadas y las cárceles secretas.

En mi última carta al presidente Barak Obama en mi calidad de Relator Especial sobre la independencia de jueces y abogados, en julio de 2009, alentaba su decisión de cerrar la cárcel de Guantánamo y le advertía sobre la importancia de hacerlo con prontitud debido no sólo a la manifiesta ilegalidad de las detenciones sino porque las condiciones de encierro y su prolongación en el tiempo producen un atroz impacto físico y psicológico en los detenidos, como lo resalta el informe. También le decía que el transcurso del tiempo podría entrañar una transferencia de responsabilidades de una Administración a otra; y que, a la vez, se imponía la necesidad de establecer las responsabilidades de los altos funcionarios que planificaron e implementaron ese sistema, en particular, las que surgen de las respuestas brindadas entonces por el propio Secretario de Defensa, Donald Rumsfeld, al cuestionario enviado por los relatores especiales.

Se incluyen en este libro las conclusiones y recomendacio-

nes del “Seminario internacional sobre protección de los derechos humanos bajo los estados de excepción”<sup>28</sup>, en particular el derecho a un proceso justo, que reunió a importantes expertos en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. El objeto de la reunión era por un lado, actualizar la información existente sobre una materia tan vasta como compleja y, al mismo tiempo, sometida al constante acecho de una realidad mundial en la que, como se comprueba, la violencia y los conflictos empujan hacia formas retrógradas en el campo del derecho; por otro lado, relevar el impacto que habían producido sobre el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos nacionales los recientes conflictos armados y la lucha contra el terrorismo emprendida por muchos Estados, sobre todo luego que los Estados Unidos adoptaran la Ley *USA Patriotic Act* (promulgada el 26 de octubre de 2001).

Resulta alentador constatar que más allá de las nuevas acechanzas que dominan el escenario internacional y en medio de una contienda que no cesa de incorporar nuevos riesgos y crecientes desafíos, los principios que se publican en este libro no sólo mantienen vigencia sino que aparecen reforzados por su aplicación ordinaria y regular por el Comité de Derechos Humanos y los procedimientos especiales de la ONU, los órganos regionales de supervisión internacional y en muchos casos los tribunales nacionales, que desempeñan un papel cada día más significativo en la consolidación de estos principios.

Los expertos analizan las diferentes facetas que asumen la guerra y la violencia, y las fisonomías de los conflictos armados en la actualidad (internos, internacionales, mixtos, etc.) para ratificar la extensión de las normas tuitivas de los derechos humanos a esas situaciones, con independencia de su encuadre jurídico o la tipificación del conflicto. Ésta es, quizá, la afirmación más importante de los especialistas, ya que es su validez la que ha estado sometida a mayores amenazas en la última década.

28 pp. 189-206. Ver “Seminario internacional...”

Como dijimos, en ejercicio de mi mandato más reciente -como Relator Especial para la independencia de jueces y abogados- pude actuar en favor de la independencia de la justicia y sus profesionales; del respeto irrestricto del derecho de defensa; y la inclusión de las garantías del debido proceso entre los estándares internacionales aplicables bajo estados de excepción. También logré poner de relieve ese otro preocupante fenómeno que supone la aplicación de restricciones a los derechos humanos sin la declaración formal del estado de excepción, circunstancia que se ha generalizado en muchos países configurando situaciones asimilables a un estado de excepción de facto. Vinculado a ese acontecimiento se registra la preocupante tendencia a volver a establecer los tribunales de excepción, con el argumento de combatir el terrorismo y en razón de la tensión -siempre presente- entre los tribunales ordinarios y los tribunales militares. Este último aspecto fue objeto de un informe especial ante la Asamblea General<sup>29</sup> en el que se establece que el juzgamiento de civiles o militares que hayan cometido violaciones de los derechos humanos por tribunales militares es manifiestamente contrario a los principios en que se funda el derecho internacional contemporáneo<sup>30</sup>.

29 Informe presentado por Leandro Despouy, Relator Especial sobre la independencia de jueces y abogados, el 25 de septiembre de 2006, en el sexagésimo primer período de sesiones de la Asamblea General, bajo la nomenclatura A/61/384.

30 Subrayé entonces la importancia de adoptar el “Conjunto de principios sobre la administración de justicia por los tribunales militares” elaborado por los expertos Louis Joinet y Emmanuel Decaux. Esos principios son el resultado de años de investigación, de consultas entre expertos, juristas y militares procedentes de distintos países, y de representantes de misiones diplomáticas y organizaciones no gubernamentales. Se basan en jurisprudencia desarrollada por varios órganos de Naciones Unidas y establecen reglas claras sobre los temas que nos ocupan. Ver al respecto el informe presentado por Emmanuel Decaux, Relator Especial de Naciones Unidas sobre la “Cuestión de la administración de justicia por los tribunales militares”, 16 de junio de 2005, E/CN.4/Sub.2/2005/9 (E/CN.4/2006/58 del 13/1/06).

Un aspecto crucial y que surge con claridad del informe que aquí se publica, es la enorme incidencia que asumen, en forma creciente desde mediados de los 90, los factores socio-económicos en el desarrollo y agravamiento de las crisis, y al mismo tiempo su invocación como causal para suspender la vigencia de los derechos y garantías. Esto último se registra en un amplio abanico de situaciones en el que la fragilización de las instituciones y el debilitamiento del rol del Estado aparecen como determinantes.

En ese sentido, es importante observar la creciente conflictividad que se atribuye a la pobreza, sobre todo en sus expresiones más extremas y su incidencia y retroalimentación con los conflictos armados que, a su vez, son grandes generadores de pobreza<sup>31</sup>. Ésta debe ser examinada también en su impacto sobre otros factores conflictuales: por ejemplo, las presiones migratorias, tanto internas como internacionales, que a su vez provocan desplazamientos masivos, deportaciones, medidas de expulsión contrarias al derecho internacional, etc.

Como lo pone de manifiesto el informe incluido en este libro, y sobre todo la evolución de los acontecimientos posteriores, la situación es de tal gravedad que en muchos casos no só-

31 “Hoy sabemos que la miseria supera en número de víctimas los horrores de la guerra. Sin embargo, lo que sería oportuno preguntarse es: ¿cuánta miseria provocan las guerras y, a la vez, cuántas guerras son el resultado de la miseria? Por otra parte, es sabido que las migraciones internas e internacionales constituyen uno de los aspectos más preocupantes de la actualidad y que la pobreza, sobre todo en sus formas más extremas, figura entre sus principales causas y agravantes. Quienes alguna vez se vieron empujados al destierro y tuvieron la dicha de ser atendidos dignamente, recibiendo además la protección jurídica del país que les dio asilo, saben muy bien que ésa no es exactamente la suerte que depara hoy el destino a los fugitivos de la pobreza. No porque el espanto de la miseria sea menor al de una cárcel clandestina, sino porque la protección jurídica de un perseguido político es una conquista de la sensibilidad humana y ésta no le ha reconocido aún a la miseria una condición similar”. Leandro Despouy, “Informe final sobre los derechos humanos y la extrema pobreza”, E/CN.4/Sub.2/1996/13 - 28 de junio de 1996, parágrafo 5.

lo la pauperización de los sectores pobres sino también el acelerado empobrecimiento de los sectores medios configura una de las principales causas de tensiones sociales y políticas susceptibles de desembocar en formas aun mayores de violencia y convulsión.

El uso clientelar de las personas en situación de pobreza y desocupadas, mediante un asistencialismo empleado como arma política y sostén de gobierno, perpetúa la exclusión y la transforma en una poderosa herramienta de extorsión gubernamental que conduce al aislamiento y la marginación de los grupos sociales más carenciados. Todo esto se da en el marco de un paulatino repliegue del Estado y, en muchos casos, de un franco abandono de las funciones sociales que tradicionalmente ha cumplido como responsable-impulsor de políticas públicas vinculadas al desarrollo.

Otro aspecto preocupante de este fenómeno es la forma en que, en la actualidad, este tipo de conflictos afecta particularmente a las minorías o a ciertos sectores vulnerables o bien obedece a factores de índole étnica, religiosa, de nacionalidad, etc., remplazando el carácter eminentemente ideológico con que se identificó a la conflictividad social hasta finales de los 80.

Pero el rasgo más dramático del actual escenario internacional es la forma en que se ejerce la violencia sobre la población civil<sup>32</sup>, que es generalmente la más afectada (niños, mujeres, ancianos, etc.), con enormes costos en vidas humanas. Se trata de situaciones en las que la crisis es de tal intensidad que el propio marco institucional del Estado se ha roto y la violencia –del propio Estado o de organizaciones criminales– se ha

32 Los ejemplos de Congo, Yugoslavia, Ruanda, etc., así lo acreditan. La Ley N° 9/96, aprobada por la Asamblea Nacional de Ruanda el 6 de abril de 1996, reconoce explícitamente que “la situación de excepción que ha vivido el país es de tal magnitud que ha amenazado la existencia de la nación entrañando la desintegración completa de las instituciones y del poder judicial”.

generalizado, alcanzando en principal medida a la población civil. Vemos entonces que grandes sectores se desplazan, y el equilibrio institucional se rompe como consecuencia de un proceso de extensión de la violencia y la desintegración social. Estamos, sin duda, frente a una nueva tipología de situaciones de crisis.

Si tomamos como fuente los sucesivos informes anuales que culminaron con el que ahora se reedita y que abarcan el periodo 1985-1997, comprobamos que durante esos doce años más de cien Estados y territorios (lo que equivale a casi las tres cuartas partes de la superficie del planeta) habían vivido de hecho o de derecho bajo estados de excepción. Aunque no contamos con información actualizada sobre la cantidad de países que han recurrido a él desde 1997 hasta nuestros días, la opinión coincidente de los participantes en el Seminario de Expertos de 2005 y los elementos sustantivos que contiene la Observación General N° 29 del Comité de Derechos Humanos de la ONU ponen de manifiesto que, bajo nuevas formas e invocando diversas causales y argumentos, el mundo mantiene la preocupante tendencia a utilizar en forma recurrente y abusiva los poderes de crisis. De allí la importancia que reviste el derecho como ultima ratio y legítimo instrumento para impedir que la excepción se transforme finalmente en la regla.

### *Las señales del pasado*

Al releer estas páginas siento el impulso de dedicarlas a mi padre, que siempre relataba las penurias de aquel 6 de setiembre de 1930, cuando fue derrocado el presidente Hipólito Yrigoyen, se instauró el estado de sitio y a él se lo llevaron preso. Recuerdo la tarde en la que, a poco de haber regresado de mi prolongado exilio, con su habitual naturalidad me dijo: "Ojalá esta vez te puedas quedar". Pensándolo bien, la mayor parte de nuestras vidas transcurrió bajo estado de sitio.

Algo similar aconteció durante períodos de mi residencia en el exterior, como fue en el caso de los dos largos y aciagos años que pase en Haití –1993 y 1994– como representante de la ONU y la OEA durante la dictadura del general Raúl Cedrás, hasta el regreso del presidente Jean B. Aristide. Fue una contienda intensa por el restablecimiento de la constitución y la pacificación del país contra la barbarie. La congoja mundial que ha generado el terremoto de enero de 2010 en ese país mostró, una vez más, el fatídico poder de la emergencia; en este caso fruto del ciego rigor de la naturaleza y su poder destructivo, acaso comparables a la violencia ejercida por una de las dictaduras fantasmagóricas más sanguinarias del Caribe.

Advierto también que el día en que entregaré este libro a la imprenta coincide con el que habré de prestar testimonio en la emblemática Causa contra la Triple A<sup>33</sup>, cuyo accionar para-estatal ha sido declarado por la Justicia argentina crimen contra la humanidad. Daré testimonio del asesinato de Silvio Frondizi y de muchas otras personas, y en particular de los crímenes cometidos contra refugiados uruguayos en la Argentina durante los años –ya violentos– previos al golpe de Estado de 1976. A mi presentación adjuntaré el testimonio ofrecido en enero de 1975 ante el Tribunal Russell que describe la terrible situación por la que atravesaban los abogados y militantes políticos, sindicales, estudiantiles, etc., en la Argentina<sup>34</sup>.

La verdad es que la violencia institucional en nuestro país, se ejerció bajo el manto oscuro de la emergencia y la excepción, casi siempre disfrazada con el ropaje jurídico del estado de sitio.

33 Causa N° 1075/2006, caratulada “Almirón, Rodolfo Eduardo y otros s/asociación ilícita”, en trámite ante el Juzgado Criminal y Correccional Federal N° 5, Secretaría N° 10, consta respecto de las víctimas: Guillermo Jabif, Daniel Banfi y Luis Latrónica.

34 Estos hechos están minuciosamente descriptos en el libro citado en nota 7, p. 47 de este capítulo; también ese capítulo reproduce las actas del Tribunal Russell presidido por Lelio Basso y conformado por los escritores Julio Cortázar y Gabriel García Márque y el Premio Nobel John Molgaard, entre otros. *El derrumbe del negacionismo*, Planeta, 2009, pp. 65-179.

INFORME FINAL SOBRE LA PROTECCIÓN  
DE LOS DERECHOS HUMANOS BAJO  
LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN  
E/CN.4/Sub.22/1997/19,  
del 23 junio de 1997

LEANDRO DESPOUY

---

Relator Especial sobre los derechos  
humanos y los estados de excepción



## INTRODUCCIÓN. VISIÓN GENERAL

1. La necesidad de estudiar en profundidad algunas cuestiones de suma importancia para los derechos humanos y que revisten cierta especificidad, movió a la Comisión de Derechos Humanos y a la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías (en realidad Subcomisión de Derechos Humanos) a designar expertos independientes encargados de llevar a cabo la tarea. Sus funciones abarcan, tanto la supervisión de la vigencia de los derechos humanos en países o territorios determinados, como el examen y análisis de temas específicos como son, por ejemplo, la práctica de la tortura, la venta de niños, las ejecuciones sumarias, etcétera.

2. En este marco, la Sucomisión ha realizado numerosos estudios, entre los que destacan el derecho a la libre determinación, que estuvo a cargo del profesor Héctor Gross Espiell; el estudio sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas elaborado por Francesco Capotorti; el estudio sobre los derechos humanos y las personas con discapacidad, redactado por el que esto escribe, entre otros.

3. Como consecuencia del empleo abusivo de medidas excepcionales en un gran número de países en los distintos continentes, la Comisión pidió a la Subcomisión que nombrara un relator especial encargado de estudiar este fenómeno a nivel universal y que lo hiciera en forma regular. Al haber concluido su noveno informe, la Comisión solicitó al relator especial que elaborase uno definitivo que contuviese las principales conclusiones y recomendaciones del propio experto.

4. A título ilustrativo, cabe señalar que entre los países que han sido objeto de designación de un relator especial, figuran Chile, Afganistán, El Salvador, Guatemala, la República Islámica de Irán, Rumanía, etcétera. Además, en los procedimientos especiales establecidos por la Comisión figuran también el establecimiento de ciertos cuerpos de investigación, como es el caso del grupo de trabajo sobre desapariciones forzadas o involuntarias de personas, el grupo de trabajo sobre detenciones ilegales, etcétera.

5. No cabe duda que entre los cambios más trascendentes que han tenido lugar a lo largo de este siglo figura la evolución operada en el campo de los derechos humanos, donde se ha producido un paulatino desplazamiento del tradicional protagonismo del Estado hacia una nueva visión, más centrada en los seres humanos que en las estructuras que ejercen el poder. En la actualidad, la legitimidad de éstas, resulta menos de su autoridad formal que de la manera en que permiten a las personas y los pueblos el goce efectivo de sus derechos y libertades fundamentales.

6. En esta perspectiva, el reconocimiento de la dimensión internacional de los derechos humanos, y la emergencia del individuo como sujeto de derecho internacional constituyen las primeras dos grandes conquistas de esta época e introducen una dimensión ética a las relaciones jurídicas internacionales. Paradójicamente, en el momento mismo en que estos logros normativos entraban en vigor, el mundo se veía contaminado por una suerte de epidemia institucional de estados de excepción que, como una enfermedad contagiosa, estaban gangrenando los cimientos democráticos de muchas sociedades, se perennizaban en el tiempo y se iban propagando en muchos países de casi todos los continentes, sobre todo a partir de la década de los setenta.

7. De esta manera, en toda una serie de casos, los estados de excepción se habían transformado en el instrumento jurídico mediante el cual se pretendía "legalizar" los peores abusos y las más perniciosas arbitrariedades. Casi ninguno de los regímenes dictatoriales de la época resistió a la tentación de intentar justificar tanto su irrupción o su mantenimiento en

el poder, como su accionar represivo concreto. Desde las bambalinas del poder, destacados tecnócratas de la ciencia del derecho supieron comportarse como fieles servidores del “príncipe” pretendiendo dar visos de legalidad a lo que no era sino el reino de lo arbitrario.

8. Además, esta verdadera proliferación de estados de excepción tenía lugar en el marco de la dura confrontación ideológica de la guerra fría y de la que muchísimos gobiernos se sirvieron para combatir su propia disidencia interna. Acontecía con notoria frecuencia que quienes disentían con un gobierno no eran tratados como legítimos opositores sino como enemigos internos, agentes del enemigo internacional, y por lo tanto, factores de riesgo e inseguridad para la nación. La versión más perversa de esta concepción del Estado y del ejercicio del poder fue precisamente la llamada “doctrina de seguridad nacional” que, en algunas regiones sirvió de fundamento político e ideológico a las más crueles y aberrantes dictaduras de las décadas pasadas.

9. Lo que surge de estas experiencias es que, en todos los casos, la proclamación del estado de excepción, o la aplicación lisa y llana de medidas de esta naturaleza, fue el instrumento jurídico del que se sirvieron muchos dictadores para suprimir los derechos humanos de la mayoría de la población y aniquilar toda forma de oposición política. A su vez, la llamada “doctrina de seguridad nacional” y sus variantes (condenada más tarde por la Comisión de Derechos Humanos en tanto doctrina contraria a los derechos humanos) fue en realidad el arsenal ideológico que pretendió dar legitimidad a este tipo de comportamiento.

10. En este contexto, se puede comprender la enorme significación que tuvo el estudio realizado por la señora Nicole Questiaux en 1982,<sup>1</sup> al fijar con precisión las condiciones y los requisitos que definen la legalidad del estado de excepción y hacen que su correcta aplicación sea compatible con la vigencia de los derechos humanos y con las formas democráticas de gobierno. Se trataba entonces de un verdadero

1 E/CN 4/Sub. 2/1982/15.

combate del derecho, impuesto por quienes lo negaban y en el que, lo que estaba en juego era la supervivencia del “imperio del derecho”, que es, precisamente, uno de los principios más caros de la ciencia jurídica contemporánea.

11. No obstante esta toma de conciencia, hubo que vencer aún toda una serie de obstáculos en el camino de la protección de los derechos humanos en las situaciones de excepción. En forma un tanto esquemática, nos limitaremos a señalar dos de ellos, ambos de carácter interpretativo:

El primer obstáculo, fundado en una interpretación restrictiva de la supervisión internacional, pretendía limitar la operatividad de los derechos humanos a las situaciones de paz o de normalidad. Muchos gobiernos entendían que en los momentos de crisis, cuando lo que estaba en juego era la seguridad nacional o la estabilidad del régimen, por ejemplo, las autoridades debían sentirse liberadas de todo tipo de control, sea interno o internacional, pudiendo recurrir a cualquier medio o instrumento para conjurar la crisis.

El segundo obstáculo consistía en el argumento falaz y perverso de decir, en lo interno, que el país vivía en un estado de guerra, “sucía”, no convencional, que obligaba a las autoridades a suspender el ejercicio de los derechos humanos y sostener, en el orden internacional, que los convenios del derecho internacional humanitario no eran aplicables por no tratarse de un conflicto armado internacional, y menos aun de una guerra declarada. Se configuraba así una suerte de “*no man’s land*” jurídico en el que todo estaba permitido, incluso los comportamientos más crueles y aberrantes y las violaciones más graves de los derechos humanos.

12. Afortunadamente, como lo demuestra este estudio, en los últimos años, se ha consolidado la idea de que el estado de excepción es *una institución del Estado de Derecho*, como tal, debe reunir determinadas condiciones y requisitos que obran a la manera de garantías jurídicas para preservar los derechos humanos en las situaciones de crisis. Asimismo, y como lo pone de manifiesto la labor realizada por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, los distintos órganos regionales de control y la práctica del propio relator especial, la supervisión internacional se ha visto reforzada

por tratarse justamente de situaciones en las cuales, como está ya comprobado, los derechos humanos están más expuestos a ser violados y por lo tanto requieren mayor protección. La tarea de supervisión internacional se ha transformado en una actividad incuestionable y de esta manera, se ha reforzado.

13. Más aún, la jurisprudencia de los órganos de supervisión ha ampliado la nómina de los derechos cuyo ejercicio no es susceptible de suspensión, confiriendo este carácter a otros derechos no enunciados en forma explícita en los propios instrumentos jurídicos internacionales.

14. Otra gran conquista que debe señalarse consiste en la armonización y la complementariedad tuitiva que se reconoce hoy a las normas del derecho internacional humanitario con las normas del derecho internacional de los derechos humanos. Más aún, otros órganos, con competencia específica como los de la OIT, o con competencia general como la Corte Internacional de Justicia de La Haya, han generado una jurisprudencia convergente, configurándose así una suerte de estándar internacional de normas y principios que rigen las situaciones de excepción y que han servido de marco jurídico de referencia al relator especial.

15. Pero este rápido panorama sería incompleto si no se señalara, aunque sea brevemente, la preocupante dimensión que han adquirido los conflictos armados en los últimos tiempos, las modalidades de su desarrollo y el impacto terrible que los mismos tienen sobre los derechos humanos del conjunto de la población. Viejos demonios que creíamos enterrados para siempre han vuelto a emerger y han estado presentes en contextos tan dramáticos como el de la antigua Yugoslavia. El componente étnico, asociado a otros de origen político, económico, histórico y cultural, está socavando los frágiles cimientos políticos de África con unas secuelas desgarrantes de enfrentamiento, en las que las principales víctimas son las poblaciones civiles, y un resurgimiento del crimen de genocidio. A su vez, la pobreza, sobre todo en su forma más extrema y, en algunos casos, hasta el empobrecimiento de los sectores medios, configura en la actualidad una de las prin-

cipales causas de tensiones sociales y políticas, como se nota en Albania y otros países. En efecto, en los últimos tiempos, la pobreza ha adquirido niveles de conflictividad mayor que la que había tenido en las décadas pasadas e incide a su vez sobre otros factores de la misma índole como son las presiones migratorias, el comercio ilegal de estupefacientes, el terrorismo, que definen las causas estructurales de nuevos fenómenos de violencia. Muy a menudo, estos fenómenos dan lugar, en una u otra forma, a la declaración del estado de excepción o a su aplicación *de facto*, o bien están en la base de grandes estallidos de violencia generalizada. Evidentemente, los logros alcanzados en materia de protección de los derechos humanos y de regulación de los estados de excepción, así como en la supervisión internacional de su aplicación, resultan insuficientes para hacer frente a estas nuevas modalidades. Por ello, en forma complementaria a los controles que se ejercen, se impone la necesidad de atacar las causas estructurales de los conflictos, de establecer mecanismos para prevenir su desencadenamiento y articular instrumentos de “*alerta temprana*” para actuar con mayor eficiencia.

## I. ANTECEDENTES DEL ESTUDIO

### 1. *Inclusión del tema en la Agenda de las Naciones Unidas y designación de un relator especial*

16. La Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, profundamente preocupada por la frecuencia con que algunos países aplicaban las disposiciones que regulan las situaciones llamadas de estado de sitio o de excepción y por la forma en que recurrían a las mismas, convencida de que existía una cierta relación entre dicha aplicación y el deterioro de los derechos humanos en esos países, mediante su resolución 10 (XXX) del 31 de agosto de 1977, solicitó al Consejo Económico y Social (por intermedio de la Comisión de Derechos Humanos), autorización para llevar a cabo un análisis detallado de esta cuestión.

17. Fue así como, por primera vez, las Naciones Unidas decidieron proceder a un estudio en profundidad sobre este tema,<sup>1</sup> confiando a la experta de la Subcomisión, señora Nicole Questiaux, la realización del mismo. Luego de varios años de labor, la señora Questiaux presentó un informe completo a la Subcomisión en su 35º período de sesiones (E/CN.4/Sub.2/1982/15).

18. El estudio marcó un paso decisivo en la comprensión de esta temática, en la identificación de sus consecuencias sobre el conjunto de los derechos humanos y formuló, entre otras recomendaciones, la de realizar un seguimiento permanente de la cuestión.

<sup>1</sup> Véanse resoluciones 10 (XXX) de la Subcomisión; 17 (XXXV) de la Comisión y 197/34 del Consejo Económico y Social.

19. Por ello, en su resolución 1983/30, la Subcomisión decidió incluir en su programa de trabajo un tema titulado “El ejercicio del derecho de suspensión previsto en el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la violación de los derechos humanos”. Profundizando este enfoque, más tarde decidió examinarlo como asunto de gran prioridad, en el marco del tema titulado “La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos: b) cuestión de los derechos humanos y los estados de excepción”.<sup>2</sup> En 1985, por su resolución 1985/37, el Consejo Económico y Social hizo suya la recomendación de la Comisión y la Subcomisión de designar a un relator especial entre los expertos de la Subcomisión, señor Leandro Despouy, con el mandato que a continuación se detalla.

## 2. Mandato del relator especial

20. A partir de 1985, el *mandato originario* del relator especial —que dio lugar a diez informes anuales— abarca las siguientes tareas:

- *Establecer y actualizar* cada año la lista de países que, desde el 1º de enero de 1985, han proclamado, prorrogado o suspendido el estado de excepción;
- *Analizar* en dichos informes anuales, el respeto de las normas internas e internacionales que garantizan la legalidad del estado de excepción;
- *Estudiar* las repercusiones que las medidas de excepción adoptadas por los gobiernos tienen sobre los derechos humanos;
- *Recomendar* medidas concretas con miras a garantizar el respeto de los derechos humanos en situaciones de estado de sitio o de excepción.

2 Véase resolución 1987/25 de la Subcomisión.

21. A raíz de las deliberaciones llevadas a cabo en el seno de la Subcomisión, y en respuesta a solicitudes expresas de la Comisión, el relator especial:

- *Elaboró* directrices,<sup>3</sup> a modo de normas tipo para la redacción de disposiciones legislativas nacionales relativas al estado de excepción;
- *Analizó* en profundidad la cuestión de la ampliación de los derechos humanos cuyo ejercicio no es susceptible de suspensión de conformidad con la jurisprudencia actual;<sup>4</sup>
- *Prestó* asistencia técnica a varios Estados que lo solicitaron (el Paraguay, la Federación de Rusia, Colombia, entre otros) en el marco de los servicios de asistencia técnica del Centro de Derechos Humanos y de otras instituciones.

22. El relator especial *dio* respuesta también a distintas solicitudes de asesoramiento por parte de diversas organizaciones internacionales.

23. Al cumplirse 12 años de continua labor, la Subcomisión pidió al relator especial que, además de la confección de la lista anual, presentara sus conclusiones finales sobre la protección de los derechos humanos durante los estados de excepción. El presente estudio trata de recoger la evolución operada en el ámbito internacional en este campo a partir de la labor desplegada por los órganos internacionales de control, de la experiencia acumulada por el propio relator especial, de la práctica de los Estados y del tratamiento de que ha sido objeto el tema por parte de la Comisión y la Subcomisión. Esta última, pidió también al relator especial que presentara

3 E/CN.4Sub.2/1991/28/Rev.1 anexo 1. En el presente informe, algunas de las normas tipo han sido actualizadas.

4 E/CN.4.Sub.2/1995/20.

recomendaciones precisas sobre la manera de enfocar esta cuestión en el futuro.<sup>5</sup>

### 3. Objeto del presente estudio

24. En cumplimiento de este mandato, el presente estudio tiene por objeto:

- *Pasar revista* a la evolución que se ha operado en el campo de la supervisión internacional en situaciones de crisis;
- *Poner de relieve* la forma en que los distintos precedentes de los órganos de control internacional y la propia práctica del relator especial han servido para consolidar ciertos criterios y principios jurídicos que rigen el estado de excepción;
- *Poner de manifiesto* las consecuencias positivas de una adecuada aplicación de las reglas que regulan el estado de excepción y, por el contrario, los efectos nefastos que tiene para los derechos humanos y para la paz su incorrecta aplicación;
- *Ofrecer* a la Subcomisión y la Comisión un panorama, lo más completo posible, de la situación mundial en materia de estado de excepción, mediante el análisis de la lista de Estados que hayan proclamado, prorrogado o suspendido el estado de excepción a partir del 1º de enero de 1985;
- *Formular* recomendaciones para su mejor tratamiento futuro por parte de los Estados y de los distintos órganos de las Naciones Unidas.

<sup>5</sup> Véase resolución 1963/30 de la Subcomisión y decisión 1997/10 de la Comisión de Derechos Humanos.

#### 4. Fuentes de información recibida

25. Tanto para la confección de sus informes anuales como para este estudio, el relator especial ha recibido como directriz de la Subcomisión recurrir a toda fuente de información fidedigna. Un detalle de las fuentes de información y la metodología empleadas para la confección de la lista anual de Estados que han proclamado, prorrogado o suspendido el estado de excepción, aparece reseñada en la introducción de cada uno de los informes anuales presentados, como en este décimo informe, que figura en el documento anexo (E/CN.4/Sub.2/1997/19/Add.1). Para el presente estudio, las fuentes de información prioritarias han sido:

- Las respuestas de los propios *Estados* a las solicitudes formuladas por el relator especial;
- Las constataciones y observaciones formuladas por el *relator especial* en sus precedentes informes;
- Los precedentes establecidos por los *órganos de supervisión de competencia universal o regional*, en particular el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Comisión y la Corte Europea de Derechos Humanos, la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos;
- Las *instituciones especializadas de las Naciones Unidas*, en particular la OIT y su Comité de la Libertad Sindical, así como su Comisión de Expertos en Aplicación de Convenciones y Recomendaciones, la UNESCO, la FAO, y la OMS;
- La jurisprudencia de la *Corte Internacional de Justicia*;
- Los precedentes establecidos por *otros órganos no convencionales*, como el Comité de Derechos Humanos de los Parlamentarios de la Unión Interparlamentaria;
- Las *organizaciones no gubernamentales* competentes, las cuales han contribuido desde el comienzo a la labor del relator especial.

26. El relator especial aprovecha esta oportunidad para expresar su gratitud a todas estas fuentes de información y más especialmente a los Estados que, con más de 200 comunicaciones, han contribuido en forma continua y decisiva a su labor, probando así el interés y la importancia que reviste esta materia.

### 5. Terminología

27. En este estudio, se utiliza la expresión “estado de excepción” por su precisión jurídica y su empleo corriente en la ciencia jurídica contemporánea. Además dicha expresión abarca el conjunto de situaciones cubiertas por los términos: “estado de emergencia”, “estado de sitio”, “estado de urgencia”, “estado de alarma”, “estado de prevención”, “estado de guerra interna”, “suspensión de garantías”, “ley marcial”, “poderes de crisis”, “poderes especiales”, “toque de queda”, etcétera. Incluye también, todas aquellas medidas adoptadas por los gobiernos que impliquen mayores restricciones al ejercicio de los derechos humanos de las que regularmente se autorizan en situaciones ordinarias.

### 6. Marco jurídico de referencia

28. Por tratarse de un mandato de alcance universal, el relator especial, a lo largo de sus 12 años de ininterrumpida labor, pudo consolidar un marco jurídico de referencia apoyado esencialmente en las disposiciones contenidas en los instrumentos internacionales que regulan el estado de excepción, en particular en el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en los precedentes establecidos por su órgano de control, el Comité de Derechos Humanos.

29. La circunstancia de que el artículo 4 del Pacto contenga disposiciones relativamente similares a las consagradas en los artículos 27 de la Convención Americana y 15 de la Convención Europea de Derechos Humanos,<sup>6</sup> hace que, en la prác-

6 No obstante, muchos tratados importantes de derechos humanos no

tica, la jurisprudencia y los precedentes de sus respectivos órganos de control enriquezcan, y se enriquezcan, con los establecidos por el Comité.

30. Completan este marco jurídico de referencia los distintos precedentes establecidos por otros órganos de supervisión internacionales que se han pronunciado sobre esta materia y que, generalmente, confirman a los anteriores, y en otros casos los completan. Nos referimos en particular a los precedentes establecidos por el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas, el Comité de la Libertad Sindical de la OIT y la propia Corte Internacional de Justicia.

31. A partir de ellos, el relator especial ha consolidado una suerte de estándar internacional de reglas y principios aplicables a las situaciones de excepción,<sup>7</sup> y que ha constituido su marco jurídico de referencia, tanto en su actividad de supervisión internacional como en sus actividades de asesoramiento a los Estados que han solicitado su concurso para la reforma de su legislación interna (el Paraguay, la Federación de Rusia, Colombia, etcétera).

32. También, a partir de él, y contando con la colaboración de un equipo de especialistas, procedió al establecimiento de una guía para la elaboración de normas a nivel nacional.

33. Lo que más jerarquiza y confiere un alcance universal a este estándar de normas y principios aplicables en circunstancias excepcionales, es el hecho comprobable de que los mismos resultan de una práctica de supervisión de más de una década y en la que han participado los Estados, las or-

contienen una disposición sobre la suspensión, entre ellos el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los Convenios de la OIT números 29, 87, 98 y 105 sobre trabajo forzado y la abolición del trabajo forzoso, la libertad sindical y el derecho de sindicalización, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, la Convención sobre Derechos del Niño de 1969. La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, y obviamente, por estar llamado a regir en situaciones excepcionales, los distintos convenios del derecho internacional humanitario.

7 Inspirado en los que ya fueron establecidos por la señora Questiaux en su informe de 1982 y que fue aprobado por la Comisión de Derechos Humanos.

ganizaciones intergubernamentales, las organizaciones no gubernamentales, y donde se ha recogido la aportación de los expertos de la Subcomisión y de los miembros de la Comisión que, año tras año, han podido hacer su contribución durante la consideración de los distintos informes anuales.

## II. EVOLUCIÓN DE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS BAJO EL ESTADO DE EXCEPCIÓN

### 1. *De la soberanía absoluta de los Estados al reconocimiento del individuo como sujeto de derecho internacional*

34. A la luz de los importantes cambios operados en los últimos 50 años en el ámbito de los derechos humanos, no deja de resultar un tanto sorprendente recordar que, hasta épocas muy recientes y a lo largo de casi toda la historia de la humanidad, han sido los soberanos (monarcas, emperadores, etcétera), y más tarde los Estados, los que detentaron la potestad absoluta de fijar los derechos que reconocían a sus súbditos y de establecer los mecanismos internos para su protección. Fue durante este siglo, y en particular luego de la Segunda Guerra Mundial, que los derechos humanos adquirieron una dimensión internacional mediante la incorporación de sus normas a una gran diversidad de tratados y convenios de alcance regional y universal, transformándose así en una de las ramas más dinámicas y revolucionarias del derecho internacional público contemporáneo. El reconocimiento del individuo como sujeto de derecho internacional puso de relieve las profundas transformaciones operadas en el campo de las relaciones jurídicas internacionales y en el ámbito de las relaciones internacionales en general.

35. Ello explica que, en la hora actual, la noción de “no injerencia en las cuestiones internas de los Estados”, se ha desdibujado y carece de legitimidad cuando lo que está en juego es la dignidad del hombre. La prueba más contundente

de esta afirmación es la naturaleza *erga omnes* de las obligaciones que engendran los tratados y convenios de derechos humanos. Vale decir, sus normas se aplican a todos por igual. Además, ellas contienen una doble dimensión: la obligación de cumplirlas y la de reclamar si otros no lo hacen. En esto hay, claro está, un verdadero compromiso de lucha por la vigencia universal de los derechos humanos, que enfatiza la dimensión ética que estos instrumentos han incorporado a las relaciones internacionales muy recientemente.

36. Es importante destacar que los convenios de derechos humanos no regulan relaciones recíprocas entre Estados sino que, en el centro de la protección está el ser humano, creándose así una suerte de “orden público internacional” donde, por primera vez, la persona humana, y no los Estados, constituyen el eje principal de preocupación.

37. Poco a poco, se ha ido afianzando en los pueblos y en los gobiernos la convicción de que el prestigio de un país no se funda sólo en su poderío económico o militar, sino también en la forma en que sus habitantes acceden al pleno goce de sus derechos humanos y libertades fundamentales.

## 2. Avances significativos en la supervisión internacional

38. Estas transformaciones decisivas no se operaron fácilmente. Debieron abrirse camino en un contexto internacional sumamente adverso como fue el de la guerra fría y en un momento en el que la llamada “doctrina de la seguridad nacional” se consolidaba en muchos países en desarrollo y en casi todo el continente americano. Como se recordará, a fines de la década de los setenta, oportunidad en la que el Comité de Derechos Humanos iniciaba su labor y los otros órganos de control regional intensificaban sus actividades, el mundo vivía una verdadera epidemia institucional de estados de excepción. En América Latina, por ejemplo, más de los dos tercios de los países que la integran se encontraban en esa situación.

39. Ello explica que, en un comienzo, los progresos alcanzados en el campo de la supervisión internacional no lograron suscitar, para las situaciones de crisis, los mismos niveles de aceptabilidad que sí obtuvieron para las situaciones de normalidad. En ese sentido, el principal obstáculo que hubo que vencer fue de orden cuasi interpretativo toda vez que, a medida que las actividades de supervisión a nivel internacional se iban imponiendo con mayor fuerza, algunos gobiernos alegaban su improcedencia, al menos cuando el país se confrontaba a una emergencia).<sup>1</sup> Según esta tesis, producida una situación de crisis, sólo los gobiernos estaban en condiciones de evaluar su gravedad, la oportunidad y la amplitud de las medidas necesarias para conjurarla. Se alegaba, con insistencia, que cualquier control exterior, además de indebido, podría resultar pernicioso, al debilitar los mecanismos defensivos del Estado.

40. Afortunadamente, el criterio que se impuso fue el opuesto. Hubiese resultado superfluo y hasta contradictorio promover a nivel internacional actividades de supervisión de la vigencia de los derechos humanos en situaciones ordinarias y al mismo tiempo negar su operatividad en los períodos de crisis o inestabilidad, cuando se sabe que es precisamente bajo este tipo de situaciones donde, con mayor frecuencia, se producen los más graves atentados a los mismos y a las libertades fundamentales. Lejos de ello, y tal como veremos a lo largo de este estudio, la supervisión internacional en las situaciones de crisis se ha impuesto y paulatinamente se ha ido reforzando.

1 En este sentido, sería oportuno recordar los arduos debates que tuvieron lugar en el seno de la Comisión de Derechos Humanos y de la Subcomisión a lo largo de la década de los setenta, en los que la mayoría de los gobiernos autoritarios de la época se oponían a todo tipo de supervisión internacional. Más tarde, cuando aquélla terminó por imponerse, dichos gobiernos sostenían que debía limitarse a las situaciones de paz y normalidad.

### 3. *Situaciones que autorizan la declaración del estado de excepción*

41. Sin privilegiar ni excluir ninguna situación en particular, el presente estudio abarca todas aquellas situaciones de emergencia que resultan de una crisis grave que afecte al conjunto de la población y que *ponga en peligro la existencia misma de la comunidad organizada sobre la base del Estado*. Como veremos más adelante, esta es, la interpretación que más nos aproxima a la noción de “peligro público” o de “situaciones excepcionales” contenida en los artículos 4, 15 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Convención Europea y de la Convención Americana de Derechos Humanos, respectivamente, y que dichos instrumentos presuponen o exigen como prerrequisito para la proclamación de un estado de excepción. De esta manera, tanto la guerra internacional, como los conflictos armados internos, al igual que las fuertes tensiones o perturbaciones interiores que resultan de factores políticos, económicos, sociales o culturales, cuando van acompañados de enfrentamientos, actos de violencia, vandalismo, confrontaciones interétnicas, atentados terroristas, etcétera, constituyen un “peligro público” o “situación excepcional” (en el sentido que le confieren a ambos términos dichos instrumentos internacionales) en la medida en que se trate de hechos de tal gravedad que configuren una “amenaza actual o al menos inminente para el conjunto de la comunidad”.

42. Esta interpretación se ajusta a los debates que tuvieron lugar durante los trabajos preparatorios del artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que no excluían entre las causales de una situación excepcional a las catástrofes naturales (como terremotos, ciclones, etcétera) o ambientales, siempre y cuando éstas asuman proporciones de tal magnitud que pongan en peligro a la comunidad. Por último, cabe precisar que si bien el artículo 4 del mencionado Pacto a diferencia de los artículos 15 de la Convención Europea y 27 de la Convención Americana, no prevé explícitamente a la guerra entre las posibles causales de un estado

de excepción, ello no significa que la excluya. Avalan esta interpretación los trabajos preparatorios del ya mencionado artículo 4 del Pacto, que en su versión original, hasta 1952, mencionaba a la guerra. Luego esta formulación se abandonó en favor de otra más genérica como son las “situaciones excepcionales”, para no dar la impresión que las Naciones Unidas autorizaban la guerra, o al menos, la aceptaban.

#### *4. Causales invocadas para declarar el estado de excepción*

43. Por tratarse de un acto jurídico, la declaración del estado de excepción debe ser motivada, es decir, debe contener, entre otros elementos, una explicitación clara de los motivos por los que se implanta. Como fuera dicho, el derecho internacional no enuncia en forma taxativa las causales que autorizan tal declaración y se limita a subrayar la necesidad de que la crisis provocada por ellas constituya una situación excepcional. De allí que los argumentos esgrimidos por los gobiernos en sus comunicaciones al relator especial son muy disímiles y en oportunidades un tanto genéricos, aunque invariablemente evocan una amenaza grave al Estado, a las instituciones y/o a la población. A título ilustrativo se señalan los siguientes motivos: amenaza a la seguridad del Estado, al orden público, a la vigencia de la Constitución y de las instituciones democráticas, existencia de actos de violencia, subversión o terrorismo, vandalismo, ataque o amenaza de ataque exterior, motines o rebeliones internas, intento de golpe de Estado, asesinato de miembros del gobierno, etcétera. También se invoca con frecuencia la necesidad de hacer frente a calamidades públicas, catástrofes naturales (particularmente terremotos, ciclones, etcétera) o provocadas por el hombre. En forma creciente se mencionan cuestiones étnicas y/o perturbaciones internas resultantes de tensiones sociales provocadas por factores económicos vinculados a la pobreza, el empobrecimiento o la pérdida de ventajas sociales por parte de segmentos importantes de la población.

## 5. Normas aplicables a los estados de excepción

44. En lo esencial, dos ramas del derecho internacional público tienen por vocación ofrecer un marco jurídico de contención y de regulación a las situaciones de crisis: nos referimos al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. El primero, además de su aplicación corriente en las situaciones de normalidad, contiene un conjunto de normas específicas destinadas a entrar en aplicación cuando la crisis asuma una gravedad tal que constituya una amenaza real para el conjunto de la comunidad.

45. Desde el ángulo del derecho internacional humanitario (cuya vocación es precisamente la de regir en situaciones de excepción), al menos tres hipótesis diferentes pueden distinguirse:

*Guerra internacional* (sea ésta interestatal o de liberación nacional), en cuyo caso son aplicables la mayoría de sus normas y, en particular, aquéllas contenidas en los dos Convenios de La Haya de 1899 y 1907 y en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, así también como su Protocolo Adicional número I;

*Conflicto armado interno de "alta intensidad"* (cuya aplicación supone un cierto grado de organicidad de los grupos insurgentes y el control de una parte del territorio). En este caso entrarían en aplicación las normas contenidas en el Protocolo Adicional número II a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949; y, por último,

*Conflicto armado interno de "relativa intensidad"* (en la hipótesis que la intensidad de las hostilidades y la organicidad de los contendientes no alcance los niveles exigidos en el anterior Protocolo), en cuyo caso entran en aplicación las disposiciones previstas en el artículo 3, común a los cuatro Convenios de Ginebra.

46. Desde el ámbito de aplicación del derecho internacional de los derechos humanos, la noción de "situaciones excepcionales" o de "peligro público" contenida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en ambas conven-

ciones, cubre tanto los conflictos armados (internos e internacionales) como aquellas situaciones de tensiones o perturbaciones internas en las que pueden estar presentes actos de violencia o de confrontación que justifiquen la implantación de un estado de excepción, aun cuando la intensidad de las hostilidades no permita encuadrar la crisis dentro del concepto de “conflicto armado”, tal cual se encuentra previsto en el Protocolo Adicional II a los cuatro Convenios de Ginebra y en el artículo 3, común a dichos Convenios de 1949.

#### 6. *Complementariedad de las normas que regulan las situaciones de crisis*

47. Como podemos ver, lo que diferencia a los derechos humanos del derecho internacional humanitario no es su común vocación tutelar o protectora sino más bien los caminos inversos que han marcado sus respectivas trayectorias. Los derechos humanos comenzaron siendo protegidos exclusivamente en el ámbito interno y fueron escalando, poco a poco, hasta alcanzar, recién en la última mitad de este siglo, una dimensión internacional. A la inversa, el derecho internacional humanitario nació para regir los conflictos armados en el orden internacional y fue descendiendo paulatinamente hasta ingresar en las esferas nacionales y cubrir los conflictos armados internos.<sup>2</sup>

48. De esta suerte, en una situación de paz y normalidad, el criterio que se impone es el del goce irrestricto de los derechos humanos. Si, por el contrario, de lo que se trata es de hacer frente a una situación de crisis que no reviste el carácter de un conflicto armado pero que sí constituye un “peligro público” que entrañe una amenaza grave para el conjunto de la comunidad, entonces podrá declararse el estado

2 Más aún, en virtud de su Estatuto, el Comité Internacional de la Cruz Roja puede ofrecer sus servicios, de naturaleza estrictamente humanitaria, como es la visita de detenidos, por ejemplo, aun en aquellas situaciones que no revisten el carácter de un conflicto armado pero que, por tratarse de perturbaciones graves al orden público interno, dan lugar a detenciones por razones de seguridad.

de excepción. Ahora bien, si la crisis adquiere el carácter de un conflicto interno o internacional, en ese caso y en forma simultánea a la aplicación de las normas internas e internacionales que protegen los derechos humanos bajo el estado de excepción entrarán en aplicación, en perfecta armonía y complementariedad, las normas tuitivas del derecho internacional humanitario.

### *7. Fundamento de los estados de excepción*

49. En realidad, todos los sistemas jurídicos del mundo prevén la posibilidad de que los gobiernos puedan adoptar medidas excepcionales para hacer frente a situaciones de crisis. Ello explica que, tanto el derecho interno de los Estados (cualquiera sea su fundamento teórico o filosófico), como el derecho internacional admiten que, en tales circunstancias, las autoridades competentes puedan suspender el ejercicio de ciertos derechos con la sola y única finalidad de restablecer la normalidad y garantizar el goce de los derechos humanos más fundamentales. Esto último puede parecer una paradoja, y de alguna manera lo es, puesto que se trata de la posibilidad legal de suspender el ejercicio de ciertos derechos como el único medio para garantizar el goce efectivo de los más elementales. Así, por ejemplo, es comprensible y hasta resulta razonable que allí donde se libra una batalla o tiene lugar una calamidad pública, como un terremoto por ejemplo, pueda suspenderse transitoriamente la libertad de circulación para salvaguardar el derecho a la vida, ostensiblemente expuesto y amenazado en ambas situaciones.

50. Este razonamiento constituye, como veremos más adelante, la médula espinal del estado de excepción tal como aparece regulado por el derecho internacional contemporáneo, y define el carácter tuitivo y no represivo que lo fundamenta. Ya en el orden interno, este fundamento aparece vinculado generalmente a la defensa de la Constitución o de las instituciones fundamentales del Estado, que tienen en sus manos la responsabilidad de garantizar la libertad y la seguridad de

todos los ciudadanos.<sup>3</sup> En ese sentido, la noción de legítima defensa “de las instituciones esenciales del Estado” o “de la Constitución, transitoriamente amenazada por una conmoción interior o ataque exterior”, que “ponga en peligro el ejercicio de la misma o los derechos humanos de la población”, etcétera, es una formulación bastante corriente en la mayoría de las Constituciones elaboradas a lo largo de los dos últimos siglos.

51. Tanto el carácter tuitivo de los derechos humanos más fundamentales como la defensa de las instituciones que los garantizan y dan fundamento a la suspensión transitoria de algunos derechos y libertades, explican que, cada día con mayor precisión y claridad, los distintos órganos de supervisión internacional vinculen el ejercicio de esta facultad excepcional a la defensa de la democracia, entendida esta última no solamente como una determinada organización política contra la cual es ilegítimo atentar sino como un sistema que “establece límites infranqueables en cuanto a la vigencia constante de ciertos derechos esenciales de la persona humana”.<sup>4</sup>

## 8. *Naturaleza jurídica*

52. Por lo expuesto, resulta decisivo ubicar a esta institución dentro del campo del derecho y desterrar así erróneas concepciones que la emparentan al estado de excepción con la potestad discrecional de ejercer el poder en situaciones de crisis. Lejos de ello, por tratarse de una institución jurídica, su aplicación no sólo está condicionada a la existencia de una emergencia grave que afecte al conjunto de la población sino que, además, debe cumplir con determinados requisitos específicos, como son por ejemplo la declaración oficial del estado de excepción, la proporcionalidad de las medidas adoptadas,

3 Ya los romanos, que por cierto hicieron una aplicación abusiva de la institución que dio origen a la figura actual del estado de excepción, señalaban que “el fundamento de la dictadura (atribución de poderes extraordinarios) no podía ser otro que la defensa de la república y no su aplastamiento”.

4 Opinión Consultiva OC-9/87 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

al igual que muchos otros elementos que definen su legalidad. En definitiva, estos requisitos, además de imponer limitaciones concretas al ejercicio de las facultades extraordinarias o de los llamados “poderes de crisis”, obran, en la práctica, a la manera de garantías jurídicas, explícitas o implícitas, para preservar la vigencia de los derechos humanos en dichas circunstancias.

53. Históricamente, la primera garantía, y quizás la más importante, consistió en preestablecer las reglas del juego; vale decir “prever lo imprevisible”. Esta ha sido y es, sin duda, una de la más arduas tareas del legislador que debe fijar de antemano las reglas que servirán de base y de límite al poder para conjurar las crisis.

54. La preexistencia de normas que el propio Estado de derecho prevé (y de alguna manera mantiene en reserva en los períodos ordinarios) nos está definiendo la naturaleza jurídica de los estados de excepción. De allí que, cualquiera sea la significación política o de otra índole que se atribuya o reconozca a esta institución, en tanto recurso extremo del derecho, no puede estar ajena a sus reglas y principios.

55. En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dejado claramente establecido, en su Opinión consultiva OC-9/87, que si bien la suspensión de garantías constituye una situación excepcional, esto no significa que la misma “comporte la supresión temporal del Estado de derecho o que autorice a los gobernantes a apartar su conducta de la legalidad, a la que en todo momento deben cernirse”. Recordó además que “el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el estado de derecho son inseparables”.<sup>5</sup>

5 Svensson McCarthy, Ms. A. L., en *The International Law of Human Rights and States of Exception with special reference to the preparatory works and the case-law of the international monitoring organs*, 1966, afirma que: “la noción de una sociedad democrática es inherente el derecho internacional de los derechos humanos y por lo tanto constituye un parámetro objetivo para determinar la finalidad legítima y la necesidad de dichas restricciones”.

### III. NORMAS Y PRINCIPIOS QUE REGULAN LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN

56. Este capítulo detalla en forma de enunciados o principios todos aquellos requisitos que los estados de excepción deben reunir para que su regulación se ajuste a las exigencias de las normas internacionales que conforman el marco jurídico de referencia del relator especial en su tarea de supervisión. Contiene también las recomendaciones que se formulan a los gobiernos a través de normas tipo con la finalidad de lograr una estricta concordancia de las legislaciones nacionales con las crecientes imposiciones del derecho internacional público contemporáneo.

#### 1. *Principio de legalidad*

57. Consustancial a la naturaleza de institución del Estado de derecho que reviste el estado de excepción, este requisito indica:

- La necesaria preexistencia de normas que lo regulan;
- La existencia de mecanismos de control, tanto internos como internacionales, que verifican su conformidad a las mismas.

58. En un comienzo, este principio sólo tuvo vigencia en el orden interno, pero *hoy reviste un alcance universal* debido al gran número de Estados que han ratificado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y las Convenciones

Americana y Europea de Derechos Humanos, como a la circunstancia de que el mandato del relator especial abarca todos los países Miembros de las Naciones Unidas, incluso aquellos que no son parte en dichos instrumentos.

59. Para garantizar una adecuada regulación de este principio, el *relator especial propone como norma tipo*, la siguiente: El estado de excepción sólo podrá declararse o prorrogarse de conformidad con la Constitución o la ley fundamental y las obligaciones que impone el derecho internacional en esta materia. Para ello, los Estados deberán adecuar su legislación interna a las normas y principios internacionales que regulan la legalidad del estado de excepción. Para evitar reformas legislativas circunstanciales, la regulación del estado de excepción deberá tener rango constitucional y regular todas aquellas situaciones excepcionales (cualquiera sea la denominación) susceptibles de entrañar algún tipo de limitación al ejercicio de los derechos humanos.

## 2. Principio de proclamación

60. Se trata de un requisito de forma, consistente en la necesidad de que la entrada en vigor del estado de excepción vaya precedida de una medida de publicidad, bajo la forma de declaración oficial. Es inherente a la forma republicana (*res publica*) de gobierno y tiende a evitar los estados de excepción *de facto*.

61. El significado de la proclamación es asegurar que la población afectada tenga exacto conocimiento de la amplitud material, territorial y temporal de la aplicación de las medidas de emergencia y su impacto en el goce de los derechos humanos. En efecto, resulta impensable que se pueda ocultar a la población que se vive una situación de crisis y menos aún la existencia de restricciones al ejercicio de sus propios derechos.

62. Por otra parte, la proclamación del estado de excepción, en tanto requisito jurídico para su puesta en aplicación, no sólo es una condición indispensable para su validez, sino que apunta también a la apreciación de la autoridad nacional competente para tomar la decisión.

63. Si bien el artículo 4 del Pacto es la única disposición que exige en forma expresa la proclamación por un acto oficial, los órganos regionales de control lo han interpretado también como un requisito. Así, por ejemplo, la Comisión Europea estimó, en el caso *Chipre contra Turquía*,<sup>1</sup> que para poder invocar el derecho de derogación reglamentado por el artículo 15 de la Convención Europea, el Estado derogante debía justificar la existencia de un acto de proclamación oficial. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos, desde el comienzo mismo de sus trabajos, en reiteradas oportunidades ha llamado la atención de los gobiernos ante el incumplimiento de este requisito. Así, por ejemplo, en ocasión del examen del primer informe periódico de Suriname, el representante de este país reconoció ante los expertos del Comité la existencia de un estado de emergencia de hecho con ocasión del golpe de Estado de 1980, puesto que ni el estado de sitio ni el estado de urgencia habían sido declarados oficialmente.<sup>2</sup> A su vez, y como se desprende de la lista anual, el relator especial ha realizado numerosas observaciones de esta naturaleza, incluyendo en la categoría de países bajo estado de excepción *de facto* a aquellos que habían implantado medidas de urgencia sin haber dado cumplimiento al requisito formal de una proclamación oficial. Por ejemplo, formuló observaciones coincidentes con las del Comité de Derechos Humanos en el caso del Togo, el Líbano, Namibia y África del Sur, con anterioridad a los cambios institucionales operados en ellos.

64. Para garantizar una adecuada regulación de este principio, el relator especial propone, entre las normas tipo, las siguientes:

1 Quejas (requête) números 680/74 y 6950, informe del 10 de julio de 1976, párrafo 527.

2 *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo quinto periodo de sesiones. Suplemento número 40 (A 35/40)*, párrafo 297.

- La legislación deberá disponer que la declaración del estado de excepción se lleve a cabo por un acto oficial y que la misma será nula si no es ratificada, sea por el poder legislativo nacional, sea por otro órgano constitucional competente, en un breve plazo establecido por la ley. Además, ésta deberá ofrecer garantías de operatividad a los órganos de control durante las situaciones de crisis.
- Asimismo, el acto de proclamación deberá exponer:
  - i) las circunstancias que lo justifican (vale decir la “situación excepcional”, que lo motiva);
  - ii) el ámbito territorial a que se aplica;
  - iii) el periodo por el cual se implanta;
  - iv) las medidas que autoriza;
  - v) Las disposiciones de la Constitución, de la legislación nacional así como de las legislaciones resultantes del derecho internacional que han sido afectadas por dichas medidas.

65. Reviste particular importancia comprender la complementariedad que existe entre este principio y el de legalidad, puesto que la referencia a una situación excepcional “proclamada oficialmente” que contiene el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —y que fue una iniciativa francesa— tiene por objeto, entre otros, asegurar que el reconocimiento del derecho a suspender las obligaciones resultantes del Pacto no pueda invocarse para justificar una violación de las disposiciones jurídicas constitucionales internas relativas a los estados de excepción.<sup>3</sup>

3 Véase el resumen de los trabajos preparatorios del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos preparado por el Secretario General, documento A/2929 (1955), párrafo 41, citado en O'Donnel, *Comentary to the Siracusa Principles*, párrafos 189 y 253, respectivamente.

### 3. Principio de notificación

66. A diferencia de la proclamación, que en tanto medida de publicidad está dirigida fundamentalmente a informar a la comunidad del país, la notificación tiene como ámbito específico la comunidad internacional. Los destinatarios son:

Los otros Estados Partes, tratándose de un convenio;

El conjunto de los Estados Miembros de las Naciones Unidas, tratándose de la labor del relator especial.

67. El objetivo sustancial de esta formalidad, es el de hacer efectiva la obligación que tiene todo Estado Parte de una convención de comunicar a los otros Estados Partes la imposibilidad de cumplir transitoriamente ciertas obligaciones estipuladas en la misma. Por lo tanto, la regla general es el cumplimiento de las obligaciones asumidas —en este caso el respeto irrestricto de todos los derechos reconocidos en el instrumento— pero, en el supuesto de que exista imposibilidad transitoria, se debe informar a los otros Estados a través del depositario del tratado: el Secretario General de las Naciones Unidas en lo que respecta al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, en cuanto a las dos Convenciones regionales, el Secretario General de la Organización de los Estados Americanos y el Secretario General del Consejo de Europa, respectivamente.

68. La comunicación, que debe ser inmediata, debe señalar expresamente las disposiciones cuya aplicación se suspende y las razones que motivan dicha suspensión. Igualmente, los Estados están obligados a notificar, por el mismo conducto, el levantamiento del estado de excepción.

69. No obstante tratarse de un requisito formal, la notificación juega un papel sumamente importante en tanto prerequisite cuyo cumplimiento habilita a los Estados a prevalecerse de las cláusulas de derogación que, en forma excepcional y transitoria, el derecho internacional admite. De esta manera, un país que ha declarado el estado de excepción, aunque lo haya hecho de conformidad a las normas nacionales, si no lo ha comunicado, no podrá invocar frente al orden internacio-

nal el derecho que éste le reconoce de suspender ciertas normas en circunstancias excepcionales.

70. Este criterio ha sido claramente establecido por el Comité de Derechos Humanos en reiteradas oportunidades. Así, por ejemplo, al examinar el informe complementario presentado en 1980 por Colombia, país que no había comunicado el estado de sitio declarado en 1976, los expertos, en su pedido de explicaciones, recordaron al gobierno que el derecho de derogación no puede ser invocado frente al orden internacional, si el Estado Parte que lo ejerce no ha cumplido con la obligación de comunicar a los otros Estados Partes las disposiciones que han sido derogadas, al igual que la amplitud y la necesidad de éstas. Igualmente, con respecto a Egipto, el Comité lamentó que el gobierno de este país no haya informado a los demás Estados Partes por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, las disposiciones cuya aplicación ha suspendido y los motivos que suscitaron dicha suspensión, como lo exige expresamente el párrafo 3 del artículo 4 del Pacto.<sup>4</sup> En forma un tanto similar, el Comité formuló observaciones de la misma índole respecto a la inobservancia de este requisito por parte de las autoridades de Camerún (referidas al estado de excepción proclamado en ocasión de los acontecimientos ocurridos en 1992 en la región noroccidental del país) y del Togo (referidas a los toques de queda establecidos durante el periodo de transición en abril y noviembre de 1991).<sup>5</sup>

71. Fuera del marco convencional, pero al interior del sistema de las Naciones Unidas, distintas resoluciones estipulan la obligación de los Estados de comunicar al relator especial la declaración, la prórroga o el levantamiento del estado de excepción. El mandato del relator incluye la facultad de interpelar a los Estados, si éstos no lo hacen, estableciéndose así un procedimiento contradictorio que puede desembocar en un

4 *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo octavo periodo de sesiones* (A 48-40), párrafo 690.

5 *Idem*.

debate público, en el marco de la Subcomisión o de la Comisión de Derechos Humanos.

72. El relator especial ha adoptado como práctica la de enviar una nota verbal a todos los Estados, solicitando información, lo más completa posible, acerca de: la existencia o no de un estado de excepción en cualquiera de sus formas o variantes y, en caso afirmativo, a) la legislación aplicable, con indicación de las disposiciones constitucionales en que se funda la declaración, así como toda otra información jurídica o de hecho que resulte pertinente, para evaluar la legalidad del mismo, y b) el alcance de las medidas y su impacto sobre el ejercicio de los derechos humanos.

73. En general, los gobiernos han accedido a este pedido. En el supuesto de que el relator especial haya tomado conocimiento por la prensa o a través de una organización no gubernamental de la existencia de un estado de excepción, se ha dirigido a las autoridades del país concernido, señalando la fuente y pidiendo aclaraciones e informaciones detalladas. Normalmente, el procedimiento ha sido bastante ágil aunque, en algunos casos, haya implicado un intenso intercambio de correspondencia. La publicación de la lista anual y su tratamiento en la Subcomisión y la Comisión de Derechos Humanos permite a los gobiernos aportar elementos adicionales de clarificación sobre la exactitud de la información contenida en la misma.

74. Así, por ejemplo, cuando el relator especial —actuando a partir de informaciones de fuentes no gubernamentales— incluyó en su lista anual a un país que más tarde acreditó la inexactitud de las mismas, dicho país —República de Corea— fue retirado de la lista.<sup>6</sup> Cabe señalar, sin embargo, que en todos los demás casos en que la información no procedía de los propios gobiernos, éstos confirmaron explícita, o al menos tácitamente, la veracidad de la información contenida en la

6 La reinscripción de la República de Corea en el informe de 1997 se funda en la información brindada por el relator especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, luego de su visita al país (veáse E/CN.4/1996/39 add. 1, párrafo 21).

lista, ya que la misma es objeto de un tratamiento público por parte de la Subcomisión y de la Comisión de Derechos Humanos

75. Para garantizar un riguroso cumplimiento de este requisito, *el relator especial propone* que “la propia legislación nacional deberá prever que la declaración, conteniendo los elementos arriba mencionados, sea notificada de inmediato a todos los órganos internacionales pertinentes”.

#### 4. *Principio de temporalidad*

76. La enunciación de este principio, implícito en la naturaleza misma del estado de excepción, apunta fundamentalmente a señalar su necesaria limitación en el tiempo y evitar así la indebida prolongación del mismo. El artículo 27 de la Convención Americana lo consagra expresamente al señalar que las medidas que se adopten deben serlo “por el tiempo estrictamente limitado a las exigencias de la situación”.

77. Presupuesto en los antecedentes jurisprudenciales europeos (caso *Lawless*, por ejemplo), el principio de temporalidad aparece claramente explícito en los precedentes de otros órganos de supervisión internacional. Así, por ejemplo, el Grupo de Trabajo especial sobre Chile (creado en el seno de la Comisión de Derechos Humanos para examinar la situación de los derechos humanos en este país durante el régimen de Pinochet) señaló en varias oportunidades<sup>7</sup> que si bien el estado de sitio había sido levantado en este país, el gobierno continuaba aplicando —sin justificación objetiva— medidas reservadas a situaciones excepcionales en razón del mantenimiento del estado de urgencia. Haciéndose eco de estos argumentos, el Comité de Derechos Humanos, en ocasión del análisis del primer informe presentado por Chile en virtud del artículo 40 del Pacto, consideró insuficientes las informaciones vertidas por el gobierno en razón de que éstas no precisaban los efectos del estado de urgencia sobre el conjunto de los derechos reconocidos en el mismo. Se argumentó también, como fun-

7 Véanse los documentos A/33/331 y E/CN.4/1310.

damento para solicitar la presentación de un informe complementario, que “*las restricciones admitidas por el Pacto son por su naturaleza limitadas en el tiempo y en el espacio, en tanto que en Chile se habían transformado en restricciones institucionales en todo el país y por un tiempo indeterminado*”.<sup>8</sup>

78. Subrayando el carácter temporal del estado de excepción, el Comité de Derechos Humanos ha entendido, en su Observación general número 5 sobre el artículo 4 del Pacto, que la obligación de informar inmediatamente a los otros Estados Partes los derechos que hayan sido suspendidos, incluye las razones que lo motivan y *la fecha en que terminará la suspensión*.

79. Resulta interesante señalar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aun antes de la entrada en vigor de la Convención Americana de Derechos Humanos, basándose en las normas contenidas en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, ya había reafirmado el principio de temporalidad en distintas oportunidades, denunciando el carácter “rutinario” de la aplicación del estado de excepción en países tales como Haití (informe especial de 1979) y el Paraguay (visita *in situ* de 1965 e informe especial de 1978), y había recomendado el levantamiento del estado de excepción con respecto al Uruguay (informe anual de 1980) y en Argentina (informe especial de 1980). En este último caso, la Comisión solicitó que “el gobierno considere la posibilidad de derogar el estado de sitio en vistas de que, según las reiteradas declaraciones del gobierno de Argentina, *no persistirían las causas que lo motivaron*”.

80. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos de los Parlamentarios de la Unión Interparlamentaria había señalado, en 1978: “*resulta del artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por Kenya el 1º de mayo de 1972, que las medidas derogatorias autorizadas por el mismo sólo pueden tener un carácter excepcional y transitorio*”.<sup>9</sup>

8 Véase el documento CCPR/1/Add 25.

9 Véase *Funcionamiento y Jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos de los Parlamentarios de la Unión Interparlamentaria*. 1º de enero de 1977-4 de febrero de 1993, Leandro Despouy, p. 37, caso KEN/03-CL/78/123. Algunos

81. Para garantizar una adecuada regulación de este principio, el relator especial propone, entre sus normas tipo, las siguientes.

La legislación nacional deberá indicar que:

- Ningún estado de excepción podrá estar vigente más allá del periodo estrictamente necesario.
- Las autoridades competentes pondrán término inmediatamente al estado de excepción si las circunstancias que fundamentaron la declaración del mismo dejan de existir o si la amenaza en que se fundaba asume proporciones tales que las restricciones permitidas por la Constitución y las leyes en circunstancias ordinarias son suficientes para retornar a la normalidad.

82. Para evitar la aplicación abusiva del estado de excepción y su perennización, otra de las normas tipo que se propone es: La revisión periódica (en un plazo que no debería exceder tres meses), por parte del órgano o los órganos de control, de las razones que justifican su mantenimiento o su prórroga.

##### 5. *Principio de amenaza excepcional*

83. Este principio define la naturaleza del peligro y se refiere a los presupuestos de hecho (conmoción interior, ataque exterior, peligro público, catástrofes naturales o generadas

años más tarde, en un caso de Malasia donde un estado de excepción estaba vigente desde el 13 de mayo de 1969, el Consejo Interparlamentario reiteró que “si bien la imposición de medidas restrictivas de los derechos y libertades consagrados por los instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos es concebible en situaciones excepcionales que pongan en peligro a la nación y cuya imposición sea en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación y que sea excepcional y con carácter transitorio” (caso Mal/07-14-CL/88/142).

por el hombre, etcétera) que conforman el concepto de “circunstancias excepcionales”.

84. Por tratarse de un principio que ha sido consolidado por numerosos pronunciamientos jurisprudenciales, se pasará revista brevemente. A este respecto, los precedentes europeos son sumamente claros. Tanto en el caso *Lawless* como en el de Grecia,<sup>10</sup> se estimó que el peligro debía ser actual o al menos inminente, lo que *invalida toda restricción adoptada con fines meramente oportunistas, especulativos o abstractos*. Esto último fue también señalado por el Comité de Derechos Humanos al examinar el informe de Chile, oportunidad en la que sostuvo con marcada insistencia que argumentos tales como los de “seguridad nacional” o “subversión latente” no justificaban suspensión alguna de las obligaciones previstas en el Pacto.

85. En cuanto a sus efectos, *la situación de peligro debe afectar:*

—A toda la población: caso *Lawless*,<sup>11</sup> por ejemplo.

—A la totalidad del territorio o una parte del mismo así, por ejemplo, con respecto a las medidas derogatorias adoptadas por el gobierno del Reino Unido en Irlanda del Norte, la Comisión Europea de Derechos Humanos y la Corte Europea al igual que el Comité de Derechos Humanos entendieron que una emergencia geográficamente limitada puede afectar a la población en su conjunto y constituir, por lo tanto, una amenaza para la vida de la nación.

86. Por su parte, en el caso de Grecia,<sup>12</sup> la Comisión Europea señaló que *una situación de emergencia pública, para*

10 Véase el *Informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos, 1969*, documento 15.

11 Véase Comisión de Derechos Humanos, serie B, 1960-1961.

12 *Ibidem*, nota 8.

*constituir una amenaza a la nación* debe reunir, por lo menos, estos cuatro requisitos:

- Ser actual o inminente.
- Sus efectos deben involucrar a toda la nación.
- Debe ser de tal gravedad que pongan en peligro la continuidad de la vida organizada de la comunidad; y
- La crisis o el peligro debe ser excepcional, en el sentido de que “las medidas o restricciones ordinarias permitidas por la Convención para el mantenimiento de la seguridad pública, la salud o el orden público, resulten manifiestamente insuficientes”. Aquí se contemplan las llamadas “cláusulas de restricción”, que son aquéllas que autorizan la restricción de algunos derechos en situaciones ordinarias, en la medida en que ello resulte imprescindible para garantizar la seguridad pública, la salud o el orden público.<sup>13</sup>

87. Cabe señalar que ya en el caso Chipre,<sup>14</sup> la Comisión europea se había declarado competente para pronunciarse en cuanto a la existencia de un “peligro público”. En el caso *Lawless*, la Corte precisó los elementos de este concepto. En el caso de Grecia, la Comisión siguió el mismo criterio y estimó que la carga de la prueba recaía en el gobierno replicante. Ya sobre el fondo de la cuestión, concluyó que el análisis objetivo de las informaciones vertidas por el gobierno de Grecia y demás elementos que obraban en poder de la Co-

13 Aunque en términos más amplios todavía, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como la Convención Americana habilitan también esta posibilidad, al permitir la restricción del ejercicio de derechos específicos en situaciones de normalidad, cuando ello obedezca a razones de orden público, seguridad nacional, moral pública y los derechos de los demás. Ver, entre otros, los artículos 12.3, 18.3, 19.3, 21 y 22.2 del Pacto y 12.3, 15 y 16 de la Convención Americana.

14 Se trataba de la denuncia que formuló Grecia contra el Reino Unido a raíz de la declaración del estado emergencia en Chipre, entonces colonia británica.

misión (en cuanto a los sucesos del 27 de abril de 1967, mundialmente conocidos como “golpe de Estado de los coroneles”), no constituían en ese momento un peligro público conforme a los términos del artículo 15 de la Convención Europea, por lo que se estimó que las restricciones impuestas invocando ese fundamento (“peligro público”) eran contrarias a la Convención. El Comité de Ministros seguía el mismo criterio en el momento en que Grecia, ante la inminencia de ser expulsada, se retiró del Consejo de Europa.

88. Por último, aun cuando una emergencia localizada en una parte del territorio de un país puede significar una amenaza para el conjunto de la población, *el estado de excepción debe aplicarse en forma limitada al ámbito territorial donde exista la perturbación del orden y las medidas deben tener alcance y validez solamente en dicho ámbito*. Tal fue el criterio establecido por el relator especial en el intercambio de notas verbales con el gobierno de Paraguay durante el régimen de Stroessner frente a la notoria ilegalidad de las detenciones ordenadas por el poder ejecutivo en el interior de Paraguay, cuando en realidad el estado de sitio sólo estaba en vigor en la ciudad de Asunción: la práctica era entonces el inmediato traslado de los detenidos a la capital, donde permanecían arrestados por periodos sumamente prolongados.

89. Para garantizar una adecuada regulación de este principio, el relator especial propone, como norma tipo, la siguiente:

— La legislación preverá que la autoridad competente sólo podrá declarar el estado de excepción:

- i) en caso de perturbaciones graves que pongan en peligro los intereses vitales de la población y representen una amenaza para la vida organizada de la comunidad, frente a las cuales las medidas restrictivas permitidas por la Constitución y las leyes en circunstancias ordinarias resultan manifiestamente insuficientes; o
- ii) en caso de amenaza real o inminente de dichas perturbaciones; y

- iii) sólo a fin de salvaguardar los derechos y la seguridad de la población, así como el funcionamiento de las instituciones públicas dentro del Estado de derecho.

## 6. Principio de proporcionalidad

90. Este requisito apunta a la necesaria adecuación que debe existir entre las medidas adoptadas y la gravedad de la crisis. Enunciado de manera similar tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como en la Convención Europea y la Convención Americana, implica que las restricciones o suspensiones impuestas lo sean “en la medida estrictamente limitada a la exigencia de la situación”.

91. Este principio, al igual que su fundamento —la legítima defensa— *supone la existencia de un peligro inminente y exige una relación de adecuación entre éste y los medios utilizados para repelerlo. A su vez, éstos para ser legítimos, deberán ser proporcionales a la gravedad del peligro.* De manera tal, que todo exceso en el empleo de los medios convierte en ilegítima “la defensa”, la que se transforma así en agresión.

92. Ya antes de la entrada en vigor del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la vigencia del principio de proporcionalidad en el derecho internacional había sido puesta de manifiesto, entre otros, por la Comisión Especial creada en el seno de la OIT en ocasión de la suspensión de la aplicación de los Convenios números 87 y 98 por parte del gobierno *de facto* que tomó el poder en Grecia el 27 de abril de 1967.<sup>15</sup> Es importante analizar los fundamentos por los que la Comisión se declaró competente, pues entendió que “todos los sistemas jurídicos, de una manera o de otra, admiten que sea la justicia la que se encargue de apreciar los argumentos que pretendan fundarse en la legítima defensa”.

15 Informe presentado por la Comisión Especial creada en virtud del artículo 26 de la Constitución de la OIT para estudiar las denuncias relativas a la suspensión, por parte de Grecia, del Convenio núm. 87 sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación de 1948 y del Convenio núm. 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva de 1949, en ocasión del golpe de Estado de los coroneles.

Por esta razón, “si la excusa del estado de excepción debe ser tratada en el derecho internacional como un concepto jurídico, es necesario que su apreciación sea de la competencia de una autoridad imparcial a nivel internacional”.<sup>16</sup>

93. En cuanto al derecho aplicable,<sup>17</sup> la Comisión entendió que “el principio general que se desprende, tanto de la práctica nacional como de la costumbre internacional, se funda en la presunción de que el no cumplimiento de una obligación jurídica no se justifica, sino en la medida en que se pruebe la imposibilidad de proceder de otra manera, que de aquella que es contraria a la ley”. Se señaló, por último, que “la acción cuya justificación se pretendía debía ser limitada, tanto en su extensión como en su duración, a lo que es necesario en lo inmediato”. Este precedente prueba el alcance universal del principio de proporcionalidad con anterioridad a la entrada en vigor del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

94. En sorprendente contraste, el principio de proporcionalidad en el contexto europeo, aparece bastante más desdibujado: las medidas deben —al menos— parecer, permitir, atenuar o suprimir la situación concreta de peligro, aunque, frente a la Convención, su justificación no depende de la cuestión de saber si ellas alcanzarán efectivamente su objetivo... El principio de proporcionalidad debe considerarse respetado si el rigor aparentemente excesivo de las medidas tomadas —principalmente si se trata de la suspensión de garantías ordinarias— es compensado por la instauración de garantías extrajudiciales de sustitución.<sup>18</sup> El relator especial considera este precedente de muy dudosa equidad puesto que la práctica de los Estados —tal como se desprende de sus informes— muestra la escasa eficacia de las llamadas “ga-

16 Véanse igualmente Oppenheim, *International Law*; Giraud, M., *Recopilación de Cursos en la Academia de Derecho Internacional*, y Jessup, *A Modern Law of Nations*.

17 Cabe señalar que ambas Convenciones no contenían ninguna previsión en materia de excepción, de manera que el informe debió elaborarse sobre la base de principios generales del derecho internacional.

18 Caso de *Irlanda contra el Reino Unido*.

rantías de sustitución”, en particular la que consiste en designar de oficio a un defensor oficial por estar prohibido a los detenidos nombrar a su propio abogado defensor.

95. Por el contrario, el Comité de Derechos Humanos ha reafirmado el principio de proporcionalidad en reiteradas oportunidades, sea en ocasión del examen de los informes generales a que se refiere el artículo 40 del Pacto, sea como consecuencia de las observaciones formuladas en virtud de lo estipulado en el artículo 5.4 del Protocolo Facultativo al mismo. En el primer caso, el Comité fijó, como criterio de orientación general que *el principio de proporcionalidad no debía ser analizado en abstracto* (examen del informe de Chile) *ni globalmente, sino suspensión por suspensión* (examen del informe presentado por el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte). En el segundo caso, el Comité estableció un significativo precedente en 1975 al tratar una denuncia de cinco ciudadanos uruguayos privados de todos sus derechos políticos por un decreto gubernamental que establecía la proscripción, por un periodo de 15 años, de todas aquellas personas que se hubiesen presentado como candidatos en las elecciones nacionales de 1966 y 1971. El Comité estimó que “el gobierno uruguayo no había podido demostrar que el hecho de reducir al silencio a todos los disidentes políticos sea necesario para resolver una presunta situación de emergencia y abrir el camino hacia la libertad política”. Vale decir, que el órgano de control (que desconoció toda virtualidad jurídica a la notificación formulada por las autoridades uruguayas que se limitaba a señalar la existencia de una situación excepcional “universalmente conocida”) consideró lesionado, y en cierta forma desfigurado, el principio de proporcionalidad al rechazar el argumento por el cual el gobierno del Uruguay pretendía demostrar que la destrucción de los derechos políticos tuviera por finalidad restablecer las libertades políticas y el Estado de derecho.<sup>19</sup>

96. Tanto la Comisión como la Corte Interamericana han abogado por el respeto del principio de proporcionalidad. La

19 Landinelli Silva y otros (A/36/40).

primera al formular observaciones en distintos informes anuales o especiales sobre países: por ejemplo, en el informe anual de 1978 y de 1980 sobre la situación de los derechos humanos en El Salvador y en el informe especial sobre Argentina de 1980, en particular, su respuesta al mencionado gobierno a propósito del examen del caso 3390. Por su parte, la Corte, en su Opinión Consultiva O.C.8/87, señaló que la juridicidad de las medidas que se adopten para enfrentar las distintas situaciones especiales que pueden presentarse, dependerá del carácter, de la intensidad, de la profundidad y del particular contexto de la emergencia, así como de la proporcionalidad y razonabilidad que guarden las disposiciones respecto de ella.

97. Dada su importancia en cuanto al resguardo de los derechos humanos, la correcta aplicación del principio de proporcionalidad, al igual que de los demás, presupone una revisión periódica por parte de los órganos nacionales competentes, en particular el poder legislativo y el poder judicial.

98. Para garantizar una adecuada regulación de este principio, el relator especial propone, entre otras, como normas tipo, las siguientes:

- Durante el estado de excepción, las restricciones que se imponen al ejercicio de los derechos humanos deberán serlo en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, habida cuenta de las demás exigencias establecidas en el orden interno e internacional;
- Cuando un estado de excepción afecta el ejercicio de ciertos derechos humanos susceptibles de derogación, en la medida de lo posible, se adoptarán medidas administrativas o judiciales destinadas a atenuar o reparar las consecuencias adversas que esto entraña para el goce de dichos derechos.

### 7. Principio de no discriminación

99. El artículo 27 de la Convención Americana, al igual que el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, exige que las restricciones impuestas no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. Obviamente la palabra “únicamente” tiende a acentuar el móvil discriminatorio de las medidas. El artículo 15 de la Convención Europea omite esta exigencia pero debe interpretarse en relación con el artículo 14 que tiene alcance general y que prohíbe todo tipo de discriminación en el ejercicio de cualquier derecho reconocido en la Convención.

100. El relator especial ha entendido,<sup>20</sup> que el hecho de que la prohibición de toda forma de discriminación no figure entre los derechos enumerados en el párrafo 2 del artículo 4 del Pacto y en el párrafo 2 del artículo 27 de la Convención Americana, no constituye un obstáculo para considerarlo *implícitamente inderogable* pues ambos textos consideran el principio de no discriminación como una condición esencial para ejercer el derecho de suspensión que dichos instrumentos reconocen a los Estados Partes. Coincidentemente, en su Observación General 5/13, el Comité de Derechos Humanos sitúa el principio de no discriminación en el mismo plano y hasta lo incluye en la misma frase que los derechos cuyo ejercicio no se puede suspender cuando afirma: “sin embargo, el Estado Parte no puede suspender ciertos derechos ni puede adoptar medidas discriminatorias por diversas causas”.<sup>21</sup>

101. Para garantizar una adecuada regulación de este principio, el relator especial propone, que: “La legislación nacional deberá estipular explícitamente que el principio de no discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social, no acepta ningún tipo de limitación ni derogación”.

20 Véase E/CN.4/Sub.2/1990/33, párr. 17.

21 Véase *Documentos oficiales de la Asamblea General, trigésimo sexto periodo de sesiones*, Suplemento núm. 40 (A/36/40), anexo VII.

8. *Principio de compatibilidad, concordancia y complementariedad de las distintas normas del derecho internacional*

102. Estos tres principios tienden a armonizar las distintas obligaciones asumidas por los Estados en el orden internacional y a reforzar la protección de los derechos humanos en las situaciones de crisis mediante la aplicación concordante y complementaria del conjunto de normas establecidas para salvaguardar dichos derechos bajo un estado de excepción.

103. Con respecto al principio de compatibilidad, tanto el Pacto como las dos Convenciones regionales ya referidas, prevén que los Estados podrán, bajo las condiciones antedichas, suspender las obligaciones contraídas en virtud de estos instrumentos, “siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que impone el derecho internacional”. Este principio tiene como finalidad compatibilizar las distintas normas internacionales que regulan la materia, puesto que un mismo Estado puede a la vez ser parte en varias convenciones internacionales y regionales. Por ejemplo, un país que es Parte en la Convención Americana y en el Pacto, no podría invocar ante la Comisión Interamericana, a raíz de este principio, la suspensión del ejercicio de un derecho admitido en el Pacto pero prohibido en la Convención Americana. Como lo observa el doctor Manfred Novak,<sup>22</sup> los términos “demás obligaciones que impone el derecho internacional” abarcan tanto al derecho internacional consuetudinario como al derecho contenido en los tratados internacionales, en prioridad a las distintas convenciones de derechos humanos y los convenios de derecho internacional humanitario.

104. Lo que está implícito en esta exigencia de compatibilidad es la *preeminencia de las normas favorables a la protección de los derechos humanos*. A su vez, estas últimas no se excluyen sino que se complementan y refuerzan recíproca-

<sup>22</sup> En *U.N. Covenant on Civil and Political Rights-CCPB Commentary*, 1993.

mente. Esto aparece con absoluta claridad en las situaciones de crisis graves provocadas por conflictos armados de fuerte o relativa intensidad donde se da una aplicación simultánea y complementaria del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

105. El principio de concordancia entre la finalidad de la derogación y los derechos reconocidos en el orden internacional aparece claramente establecido en el artículo 5.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos cuando estipula que las restricciones impuestas no pueden estar “encaminadas a la destrucción de cualquiera de los derechos reconocidos en el Pacto”.

106. En este sentido, el relator especial tuvo la oportunidad de señalar, en reiteradas oportunidades, el carácter ilegal que revestían las medidas de emergencia adoptadas por el gobierno racista de Sudáfrica, toda vez que las mismas tendían a perpetuar el régimen del *apartheid* e implicaban una supresión del derecho a la igualdad racial, consagrado en la Declaración Universal y en muchos otros instrumentos. El mismo criterio cabría aplicar frente a cualquier gobierno colonial que implante medidas de excepción para perpetuar dicha situación de dominación colonial, ya que las mismas estarían encaminadas a destruir el derecho de libre determinación, consagrado en el artículo 1 de los dos Pactos Internacionales.

107. Este criterio se aplica también en el supuesto de que la suspensión de las garantías constitucionales haya sido declarada por un gobierno surgido de un golpe de Estado, con la finalidad de afianzarse y/o perpetuarse en el poder. A este respecto, es importante destacar que la Corte Interamericana ha entendido que *la suspensión de garantías no puede desvincularse del ejercicio efectivo de la democracia representativa* a que alude el artículo 3 de la Carta de la OEA. Asimismo, la Corte ha tenido oportunidad de pronunciarse acerca del artículo 29, inciso c), que establece que las restricciones previstas en la Convención Americana no pueden ser interpretadas en el sentido de “excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrá-

tica, representativa de gobierno”, señalando en forma contundente que las garantías que se desprenden de este artículo

no implican solamente una determinada organización política contra la cual es ilegítimo atentar, sino la necesidad de que ésta esté amparada por garantías judiciales que resulten indispensables para el control de legalidad de las medidas tomadas en situación de emergencia, de manera que se preserve el Estado de derecho.

108. En una palabra, de conformidad a los criterios establecidos por la Corte Interamericana, *los estados de excepción o de emergencia tienen como única justificación válida la defensa del sistema democrático*, entendiendo por tal aquel que establece límites infranqueables en cuanto a la vigencia constante de ciertos derechos esenciales de la persona humana. *De esta manera, el Estado de derecho es el marco jurídico de regulación de los estados de excepción. La única justificación es la defensa del orden democrático*, el que a su vez está definido no como un sistema político sino como un conjunto de valores que se apoya en el conjunto de los derechos humanos. Estado de derecho, democracia y derechos humanos conforman así una unidad que la emergencia no puede romper ni en forma excepcional ni transitoria.



#### IV. INTANGIBILIDAD DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES

##### 1. *Normas internacionales que la consagran*

109. Si bien es cierto se trata de uno de los principios más importantes que rigen la legalidad del estado de excepción, pues pone límites infranqueables al ejercicio de los poderes de crisis, hemos preferido darle un tratamiento separado del capítulo anterior al solo efecto de poder exponer en detalle algunos aspectos relevantes de su rica evolución.

110. Tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como la Convención Europea y la Convención Americana estipulan con precisión aquellos derechos fundamentales cuyo ejercicio no puede ser objeto de suspensión o de restricción.<sup>1</sup> En algunos casos, dicha intangibilidad abarca derechos comunes a los tres instrumentos de referencia: derecho a la vida, prohibición de la tortura, de la esclavitud, y no retroactividad de la ley penal. La Convención Europea limita su enunciado a los casos precedentemente citados, en tanto que para el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

1 No obstante que muchos tratados importantes de derechos humanos no contienen una disposición sobre la suspensión, entre ellos el Pacto Internacional de Derchos Económicos, Sociales y Culturales, los convenios de la Organización Internacional del Trabajo, núms. 29, 87, 908 y 105, sobre el trabajo forzoso y la abolición del trabajo forzoso, la libertad sindical y el derecho de sindicalización, la Convención sobre el Estatuto de Refugiados de 1951, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, y obviamente, por estar llamados a regir en situaciones excepcionales, los distintos convenios del derecho internacional humanitario.

y la Convención Americana son igualmente intangibles el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y la libertad de conciencia y religión. De manera particular, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prohíbe la prisión por deuda contractual (artículo 11). Por su parte, la Convención Americana, la más protectora en la materia, extiende la intangibilidad a la protección de la familia (artículo 17), a los derechos del niño (artículo 19), a la nacionalidad (artículo 20) y a los derechos políticos (artículo 23) así como a las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. Sin embargo, esta intangibilidad que el derecho internacional reconoce al ejercicio de ciertos derechos se ha visto reforzada por varias circunstancias.

## *2. Imposibilidad de formular reservas respecto de ciertos derechos*

111. Con ocasión del examen por el Comité de Derechos Humanos del informe de Francia, en 1983, se desarrolló una discusión sumamente esclarecedora acerca de la validez de las reservas hechas por Francia al artículo 4.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.<sup>2</sup> El experto de la República Democrática Alemana afirmó que Francia había confirmado la permisibilidad de reservas al artículo 4, a lo que el representante francés aclaró que las reservas se limitaban al inciso 1. En realidad, el único Estado que ha emitido reservas al inciso 2 del artículo 4 del Pacto es Trinidad y Tobago pero los gobiernos de la República Federal Alemana y de los Países Bajos consideraron dichas reservas incompatibles con el objeto y el propósito del mismo y se opusieron formalmente a ellas. El resultado de estos debates permite afirmar que, si bien el Comité podría aceptar reservas al artículo 4.1, las reservas al inciso 2 son incompatibles con el objeto y el propósito del Pacto, según el artículo 19 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En

<sup>2</sup> Véase Novak, Manfred, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights-CCPR Commentary*, 1993.

ese sentido, también son aplicables algunas de las conclusiones a las que llegó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva O.C. 3/83 relativa a las restricciones a la pena de muerte.

3. *Reforzamiento de la intangibilidad  
por la entrada en vigor de otros convenios  
sobre derechos humanos*

112. En efecto, la intangibilidad del ejercicio de ciertos derechos, estipulada en el inciso 2 del artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se ha visto reforzada o ampliada por la entrada en vigor de otros instrumentos internacionales. Tal fue el caso de la entrada en vigor de la Convención Americana de Derechos Humanos. De igual modo, el párrafo 2 del artículo 2 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes vino a reforzar el carácter intangible del derecho a la integridad física, psíquica y moral, al prohibir la tortura aun en circunstancias excepcionales tales como el estado de guerra o cualquier otra emergencia pública. La entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos del Niño, que no contiene referencia alguna al derecho de suspensión, se inscribe en esta perspectiva. El carácter intangible de las normas que confieren al niño “el derecho a una protección especial” o aquellas que se refieren “al interés superior del niño” se ve a su vez reforzado por una pluralidad de normas internacionales que le otorgan ese carácter. Este mismo criterio debe aplicarse con respecto a la prohibición de aplicar la pena de muerte a los menores de 18 años que, además de estar prevista expresamente en la Convención, debe ser interpretada como una norma de derecho internacional consuetudinario.

4. *Reforzamiento de la intangibilidad  
debido a los progresos registrados  
en el derecho internacional  
en general*

113. Asimismo, es importante destacar que este doble fenómeno —reforzamiento y ampliación de los derechos cuyo ejercicio es intangible— no sólo se registra en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, sino también en otras ramas del derecho internacional. De ahí el interés y la necesidad de estudiar la evolución que se ha operado en el conjunto del derecho internacional contemporáneo. Para llevar a cabo dicha tarea, el relator especial organizó, con el concurso del Centro de Derechos Humanos y de la Asociación de Consultores Internacionales en Derechos Humanos dos seminarios en Ginebra, cuyas conclusiones fueron expuestas en el octavo informe anual (E/CN.4/Sub.2/1995/20) y las distintas contribuciones de los participantes fueron recopiladas en una publicación,<sup>3</sup> a la que, por razones de brevedad, nos remitimos. El enorme interés de la misma radica en la visión integral que se logra sobre la evolución operada en este campo luego de examinar en profundidad el carácter intangible del derecho a la libre determinación, de ciertas normas que protegen a las personas pertenecientes a una minoría, a los valiosos precedentes establecidos por los órganos de control de las convenciones de la OIT y, en particular, la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, que en varios casos, ha establecido la intangibilidad del ejercicio de ciertos derechos con arreglo al derecho internacional consuetudinario.

3 Association de Consultants internationaux en droits de l'homme, *Droits intangibles e états d'exception*, Bruselas, edición Bruylant, 1996.

5. *El recurso de hábeas corpus como recurso inderogable para garantizar la protección del ejercicio de los derechos humanos fundamentales*

114. Las razones que conducen al relator especial a incluir este recurso como garantía inderogable obedecen a la circunstancia que se trata de una garantía judicial indispensable para la protección de ciertos derechos cuyo ejercicio no es susceptible de suspensión. En esencia, esto ha sido el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, en su Opinión Consultiva número 8 emitida el 30 de enero de 1987 a petición de la Comisión Interamericana, señaló que los procedimientos jurídicos establecidos por los artículos 25.1 (amparo), y 7.6 (hábeas corpus) de la Convención Americana no pueden ser suspendidos en virtud del artículo 27.2 de la misma Convención porque constituyen garantías judiciales indispensables para proteger derechos y libertades que tampoco pueden suspenderse, según dicho precepto, en los estados de emergencia.

115. La Opinión Consultiva número 9, dictada el 6 de octubre de 1987 a solicitud del gobierno del Uruguay, fue todavía más lejos que la anterior pues, además de reiterar *la intangibilidad de los recursos de amparo y de hábeas corpus otorga la misma categoría a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes destinados a garantizar el respeto a los derechos y libertades cuya suspensión no está autorizada por la misma Convención*. Agregó la Corte que también deben considerarse como no suspendibles los procedimientos judiciales inherentes a la forma democrática representativa de gobierno, previstos en el derecho interno de los Estados Partes como idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los propios derechos no suspendibles y cuya limitación o suspensión comporta la indefensión de tales derechos.

116. Esta segunda opinión puede servir de apoyo a una interpretación progresiva, ya que no sólo insiste en el carácter no suspendible de los clásicos derechos de amparo y hábeas corpus, sino que abarca también los instrumentos que poseen

funciones similares en el continente americano, tales como *mandato de segurança* brasileño (que algunos autores traducen al español como “mandato de amparo”) así como el “recurso de protección” chileno y la “acción de tutela” colombiana.

117. Además, al referirse la Corte Interamericana a la intangibilidad de los procedimientos judiciales cuya suspensión se traduce en la indefensión de los derechos no susceptibles de derogación, aun en los estados de emergencia, invoca los lineamientos esenciales del debido proceso y del derecho de defensa. En forma coincidente, el Comité de Derechos Humanos ha sostenido —al referirse al artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos— que ni aun en los estados de excepción puede admitirse como prueba cualquiera declaración o confesión obtenida mediante tortura o malos tratos y que, aun en los mismos estados de excepción, toda persona detenida debe disponer cuanto antes de defensa letrada para garantizar al propio detenido tanto la protección de su integridad física como la preparación de su defensa.

118. Otro elemento importante para esta clarificación son las enseñanzas que se desprenden de la práctica de los Estados, pues la experiencia indica que, en general, los gobiernos entienden que el hábeas corpus no debe sufrir limitaciones en las situaciones de urgencia. Prueba de ello es que el relator especial recibió sólo una notificación en la que se invocaba la suspensión de este recurso y esto fue hace ya diez años.<sup>4</sup> En forma coincidente, el Comité de Derechos Humanos, en respuesta a una resolución de la Subcomisión que propiciaba la elaboración de un proyecto de protocolo destinado a prohibir toda derogación de los artículos 9, 3 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se declaró convencido de que los Estados Partes, en general, comprenden que los recursos de hábeas corpus y de amparo no deben limitarse en las situaciones de urgencia. En el mismo sentido, el Comité, a raíz del examen del informe de un Estado Parte observó que las medidas adoptadas por un gobierno para

4 Notificación de Nicaragua del 18 de junio de 1987, véase E/CN.4/Sub.2/1993, cap. III.

combatir el terrorismo no deben afectar el ejercicio de los derechos fundamentales consagrados en el Pacto, en particular en los artículos 6, 7 y 9. En lo que respecta al artículo 14, el Comité estimó que ninguna de sus disposiciones admitía derogación alguna.

119. Esta línea de pensamiento parecería consolidarse en el marco de los precedentes establecidos por este órgano de control en la comunicación número 328/1988 (*Zelaya contra Nicaragua*) adoptada el 20 de julio de 1994, en la que el Comité estableció la violación de los artículos 7, 9, 10 y 14 del Pacto. En este precedente, como en las opiniones que se recogen de los resúmenes analíticos confidenciales de los debates relativos a las comunicaciones de particulares, los miembros del Comité estimaban, como regla general, que un Estado no puede derogar aquellas garantías judiciales que son indispensables para hacer valer los derechos no susceptibles de derogación como son el derecho a la vida, el derecho a no ser sometido a torturas, etcétera.

120. Debido al carácter complementario y no excluyente que revisten las normas tuitivas del derecho internacional, es sumamente importante examinar la articulación positiva que se establece con el derecho internacional humanitario y, en particular, cuando entra en aplicación el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra que establece también “garantías fundamentales” durante los conflictos armados internos. Más aún, la Corte Internacional de Justicia, en su sentencia sobre las actividades militares y paramilitares en Nicaragua entendió que incluso dichas garantías debían aplicarse a los conflictos armados de carácter internacional. Debe tenerse en cuenta que este artículo —que para la mayoría de la doctrina reviste el carácter de *ius cogens*— exige el respeto de “las garantías judiciales reconocidas como indispensables para los pueblos civilizados” en caso de guerra civil, y por vía jurisprudencial en los conflictos internacionales, con mayor razón debería aplicarse cuando la amenaza que pesa sobre la vida de la nación es aun de menor gravedad.

121. Por último, a juicio del relator especial, el argumento más contundente a favor de la intangibilidad del hábeas corpus

resulta del propio articulado del Pacto y, en particular, del artículo 2.1 y 2 en virtud del cual “Cada uno de los Estados Partes se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio los derechos reconocidos en el Pacto” e incluso a adoptar medidas, en el supuesto de que fueran necesarias, para hacerlos efectivos. Más importante aún, el inciso 3 de dicho artículo 2 garantiza a todas las personas la posibilidad de interponer un “recurso efectivo” en el supuesto de que alguno de los derechos reconocidos en el Pacto pudiera ser violado. Ahora bien, el derecho a la vida como el derecho a la integridad física, por ejemplo, son derechos cuya protección debe ser garantizada en todo momento o circunstancia, por lo que es evidente que el “recurso efectivo” al que se refiere este artículo tampoco puede dejar de ser inderogable.

## V. PRINCIPALES ANOMALÍAS O DESVIACIONES EN LA APLICACIÓN DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN

122. El estudio de la señora Nicole Questiaux puso en evidencia que una adecuada regulación del estado de excepción y una correcta aplicación de la misma salvaguardan el equilibrio de los tres poderes del Estado, posibilitan el buen funcionamiento de los mecanismos de control interno, por lo que el impacto de las medidas de excepción sobre el ejercicio de los derechos humanos es transitorio, limitado y compatible con el sistema democrático de gobierno.

123. Por el contrario, *en la medida en que el estado de excepción se aparta de la legalidad que lo regula, se produce toda una serie de anomalías institucionales que entrañan graves consecuencias en el goce de los derechos humanos.* En este capítulo, se examinarán dichas alteraciones mediante la presentación, en forma de tipología, de aquellas anomalías más graves que se registran en tales circunstancias, para analizar luego, en los capítulos VI y VII, las consecuencias que las mismas tienen sobre las instituciones y el Estado de derecho y sobre el ejercicio del conjunto de los derechos humanos en particular.

### 1. *Estados de excepción de facto*

124. Esta desviación reconoce dos variantes:

—Adopción de medidas excepcionales sin proclamación previa del estado de excepción;

- mantenimiento de dichas medidas no obstante el levantamiento oficial del mismo.
- Desde el punto de vista jurídico, ambas situaciones conducen al mismo resultado, pues se trata del incumplimiento del requisito de publicidad con que deben ser acompañadas las medidas de excepción. Reflejan también el desconocimiento de los mecanismos nacionales de control sea para su puesta en vigor, como para su prórroga o mantenimiento.

125. Lamentablemente se trata de una anomalía bastante frecuente, por lo que el Comité de Derechos Humanos y algunos otros órganos de control han tenido oportunidades de señalar su incumplimiento en reiteradas oportunidades.

126. Por su parte, el relator especial, a lo largo de su trabajo entre 1985 y 1997, ha podido confirmar la existencia de, por lo menos, una veintena de países que durante este periodo, o en algún momento del mismo, se han encontrado bajo un régimen de excepción de hecho. En algunos casos, el relator especial no ha podido comprobar la existencia de dicha situación sino algún tiempo después y luego de un prolongado intercambio de correspondencia con las autoridades del país o con fuentes no gubernamentales. Tal fue el caso del Togo que, en su respuesta del 10 de junio de 1987, le señaló que no obstante haber hecho frente a perturbaciones internas graves no hubo necesidad de declarar el estado de excepción, habiéndose limitado a decretar el toque de queda durante algunos días. Con posterioridad, el relator especial comprobó que las limitaciones impuestas por el toque de queda en ese país equivalían a un estado de excepción de hecho y por ello lo incorporó en su lista anual. Más recientemente, en oportunidad del examen del último informe periódico del Togo, el Comité de Derechos Humanos entendió también que los distintos toques de queda proclamados por las autoridades togolesas significaban, en realidad, la suspensión del ejercicio de ciertos derechos amparados por el Pacto.

127. En otras oportunidades han sido las propias autoridades que, en un acto que merece ser estimulado, han reconocido encontrarse o haberse encontrado en dicha situación. Así por ejemplo, el gobierno de Filipinas informó al relator especial, por carta de 10 de diciembre de 1987, que desde el 1º de enero de 1985 no se había proclamado ni suspendido ningún estado de excepción pero que durante la revolución y con ocasión de una tentativa de golpe de Estado, el 28 de agosto de 1987, había tenido lugar un estado de excepción *de facto*, de carácter temporal, de sólo algunos días de duración y que se había vuelto a la normalidad inmediatamente después.

128. A raíz de la frecuencia con que este tipo de anomalías se presentan en la actualidad, a solicitud de la Comisión y de la Subcomisión, el relator especial prestó una atención particular a este tema y procedió a la realización de un estudio en profundidad de las consecuencias que ellas entrañan para el goce de los derechos humanos. A este efecto llevó a cabo, *in situ*, un estudio de la repercusión sobre los derechos humanos del estado de excepción de hecho imperante en Haití con anterioridad al regreso del presidente constitucional Jean Bertrand Aristide,<sup>1</sup> y al que nos referiremos en extenso en el capítulo VI.

129. El criterio jurídico empleado por el relator especial para determinar si una *medida concreta* reviste o no el carácter de “excepcional” ha consistido en verificar si la misma supera las restricciones permitidas en situaciones ordinarias. Si este fuese el caso, estaríamos en presencia de una medida de naturaleza excepcional, sólo susceptible de entrar en aplicación en el contexto de un estado de excepción oficialmente declarado. Como fue señalado anteriormente con relación al principio de amenaza excepcional, el derecho internacional —al igual que el derecho interno de los Estados— admite ciertas restricciones al ejercicio de algunos derechos humanos en situaciones de normalidad, siempre y cuando ello sea necesario para el mantenimiento del orden público, la moral y

1 Véase E/CN.4/Sub.2/1993/23, cap. III.

la salud públicas, el derecho de los demás, etcétera. En consecuencia, *todas aquellas medidas que impliquen restricciones que superen las limitaciones autorizadas en periodos ordinarios son, aunque no lo confiesen, de naturaleza excepcional.*

130. El relator especial ha llamado la atención de la Comisión y la Subcomisión acerca de la incompatibilidad con el derecho internacional y con los criterios coincidentes por él establecidos, de aquellas legislaciones —generalmente inspiradas en el *common law* y fundadas en la seguridad nacional— que permiten la adopción de medidas excepcionales (tales como detenciones administrativas prolongadas, severas limitaciones a la libertad de expresión, a la libertad de reunión y manifestación, o bien castigando con severas penas cualquier infracción de las mismas) sin que sea necesario proceder a la proclamación del estado de excepción. Más aún, habiendo verificado la aplicación de las mismas, procedió a incluirlos en la lista anual de países bajo estado de excepción, por entender que en ellos se configuraba una situación *de facto*.

131. En este mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos de los Parlamentarios de la Unión Interparlamentaria ha puesto en evidencia que la mayoría de los países de la *Commonwealth* incluyen en su arsenal jurídico leyes especiales que, con el pretexto de preservar la seguridad nacional —aun en el supuesto de que no esté vigente el estado de excepción—, ciertas autoridades gubernamentales (generalmente el Ministro del Interior o de Defensa) se encuentran habilitadas para ordenar la detención de personas por un periodo determinado, el que normalmente puede ser prorrogado sucesivamente. La Unión Interparlamentaria ha tenido oportunidad de intervenir en varios casos de legisladores que, con base en este tipo de legislación, han pasado más de 20 años en detención sin acusación ni proceso.<sup>2</sup>

2 Despouy, Leandro, *Fonctionnement et Jurisprudence du Comité des Droits de l'Homme des Parlementaires de l'Union Interparlementaire*. 1<sup>o</sup> janvier 1977-4 février 1993, 1993, p. 207.

## 2. Estado de excepción no notificado

132. Se trata, claro está, del incumplimiento de un requisito formal cuyos destinatarios son, como ya fuera señalado en el capítulo anterior, los otros Estados Partes en una Convención, en el supuesto de un convenio, y el conjunto de los Estados Miembros de las Naciones Unidas, en cuanto a la labor que desempeña el relator especial. Si bien el incumplimiento de este requisito no prejuzga acerca de la conformidad, o no, de la proclamación del estado de excepción con la legislación interna de un país, *generalmente la falta de notificación va acompañada de otras anomalías.*

133. Tanto el Comité de Derechos Humanos como los órganos regionales de control han exigido una aplicación estricta de este requisito y, como vimos al tratar el principio de notificación en el capítulo II, han negado a los Estados la posibilidad de invocar el derecho de suspensión que la normativa internacional les reconoce, si la declaración del estado de sitio no ha sido debidamente notificada. Más aún, para que esta última tenga relevancia jurídica, debe contener toda una serie de precisiones (veáse capítulo II), tal como lo ha señalado el Comité de Derechos Humanos con relación al Uruguay,<sup>3</sup> en ocasión del examen de varias comunicaciones individuales presentadas. El gobierno militar de entonces se había limitado a señalar al Comité como causal de la proclamación del estado de excepción, que el país vivía “una situación excepcional universalmente conocida”. En casi todos los casos, el Comité estableció que la mera comunicación de la adopción de “medidas prontas de seguridad” (que implicaban severas restricciones al funcionamiento de las instituciones y al ejercicio de los derechos humanos), en virtud de la presunta existencia de una situación de excepción, no era suficiente, conforme a los términos del artículo 4 del Pacto, para invocar el derecho de derogación previsto para casos estrictamente definidos. En consecuencia, el Comité, luego de constatar la veracidad de los hechos alegados por los peticionan-

3 Caso *Landinelli Silva*, 1978.

tes y de subrayar la insuficiencia del contenido de la notificación realizada para justificar las derogaciones impuestas, señaló la responsabilidad del entonces gobierno *de facto* del Uruguay en la violación de múltiples disposiciones del Pacto, llegando incluso a reclamar el levantamiento de las mismas y el resarcimiento de las víctimas.

### 3. *Perennización del estado de excepción*

134. Esta anomalía consiste esencialmente en la aplicación rutinaria del estado de excepción y puede obedecer a la perpetuación lisa y llana del mismo o bien a su renovación o prórroga constante. En las décadas pasadas, esta fue una de las desviaciones más comunes en el contexto latinoamericano: el Paraguay conoció esta situación en forma ininterrumpida de 1954 a 1987 y el informe de la Comisión Interamericana de 1978 dejó de manifiesto que, en realidad, el estado de sitio había estado vigente en el Paraguay desde 1929; otro ejemplo similar es el de Colombia donde el estado de excepción, bajo diversas formas, ha estado vigente en forma casi ininterrumpida desde hace unos 40 años; asimismo Chile, Argentina, el Uruguay, El Salvador, entre otros, han conocido largos periodos de estado de excepción, generalmente bajo regímenes militares.

135. En el capítulo anterior, hemos visto la labor desarrollada por el Comité de Derechos Humanos y las observaciones formuladas en ocasión del examen de los informes periódicos presentados por los Estados, en los que regímenes de excepción se encontraban en vigor desde hacía mucho tiempo. A la luz de la lista anual elaborada por el relator especial, son más de 30 los países que han conocido este tipo de situación.

136. Lo grave de estas anomalías consiste en el desconocimiento del principio de temporalidad que define el carácter transitorio de los estados de excepción. Se ignoran los principios de actualidad e inminencia del peligro o de la crisis. La discrecionalidad sustituye a la proporcionalidad. En una palabra, lo transitorio se transforma en definitivo, lo provi-

sorio en constante, lo excepcional en permanente, vale decir, la excepción se convierte en la regla.

#### 4. *Sofisticación e institucionalización del estado de excepción*

137. Se trata de dos anomalías que guardan un evidente parentesco, puesto que la primera es condición de la segunda y ambas describen un perverso engranaje donde las normas de excepción reemplazan al orden constitucional y legal ordinario, y finalmente ambas buscan su autolegitimación.

138. La primera de estas desviaciones presenta como característica tangible la proliferación de normas de excepción cuya complejidad aumenta en la medida en que están destinadas a regir de manera paralela al orden constitucional ordinario, o bien se acumulan a éste, aunque muchas veces fijan reglas retroactivas o establecen regímenes transitorios,<sup>4</sup> Vale decir, el orden jurídico normal subsiste pero, de manera paralela, se va conformando un orden jurídico especial, paraconstitucional, basado muchas veces en las llamadas “actas institucionales”,<sup>5</sup> o su equivalente que, en la mayoría de los casos, se consideran superiores a la propia Constitución nacional, de tal manera que el orden jurídico normal sólo queda vigente en lo que no ha sido derogado por aquél.

139. Aunque carece de significación jurídica, utilizamos la palabra sofisticación por ser ésta la que mejor describe la trama de esta desviación cuya complejidad adquiere contornos indescifrables cuando nos confrontamos a leyes que, basadas en ese orden paraconstitucional, se presentan como ordinarias en el sentido de que su vocación es la de regir

4 Véanse informe de la señora N. Questiaux, E/CN.4/sub.2/1982/15, “Estados de excepción complejos”, pfs. 118 a 128, y documento del Consejo de Europa núm. AD/pol/PR/COLL/DHAL/33, de octubre de 1981, por Leandro Despouy, “La excepción es la regla en América Latina”.

5 Como fue el caso en Brasil, Argentina, Chile y Uruguay, durante los últimos regímenes militares.

independientemente de toda situación de excepción.<sup>6</sup> En el fondo, la lógica que inspira tamaña sofisticación no es otra que la de disponer de un arsenal jurídico extremadamente complejo que permita a las autoridades recurrir, según las necesidades de cada momento, sea al orden jurídico normal, sea al orden jurídico especial, aunque, claro está, en la práctica, lo corriente es que el primero sea abandonado en beneficio del segundo. En una palabra, la perennización y la sofisticación de los regímenes de excepción, no son sino el anverso y el reverso de una misma moneda. En uno, la excepción es la regla, en el otro, lo ordinario es excepcional.

140. Por último, el fenómeno de la institucionalización de los regímenes de excepción es quizás la variante más refinada y peligrosa de todas, en la medida en que presupone las desviaciones anteriores y pretende legitimarlas y consolidarlas mediante un reordenamiento integral del sistema jurídico e institucional del país.

141. Para lograr este objetivo, la mayoría de los gobiernos dictatoriales han recurrido a la convocatoria de pseudoconsultas populares, a través de plebiscitos o referéndum, generalmente en un contexto de severas restricciones al ejercicio de los derechos civiles y políticos y de las libertades públicas, como fue el caso en Filipinas bajo el gobierno del presidente Marcos en 1973 y más tarde en 1979, en Chile bajo Pinochet y en el Uruguay donde se intentó, sin éxito, con ocasión del referéndum constitucional de 1980.

142. Más allá de los aspectos políticos y de las irregularidades con que se llevan a cabo, estos procesos de reforma constitucional tienen en común el propósito de:

- Legalizar (sería más correcto decir “proclamar”) la legalidad de los actos realizados bajo las “actas institucionales”;

6 Como fue el caso de la mayoría de las leyes de seguridad nacional en Brasil, Argentina y Uruguay.

- Incorporar dichas “actas institucionales” en el texto de la nueva Constitución o bien, en sus disposiciones transitorias, que prevén, por lo general, un largo periodo de vigencia;
- Conferir rango constitucional a la práctica jurídica del estado de excepción.

143. En síntesis, esta desviación, a diferencia de los regímenes de excepción *de facto* en los que la excepción recurre al anonimato para esconder su verdadero rostro, en la institucionalización, la excepción se disfraza de estado de derecho, para de esa manera negarlo y subvertirlo.

##### 5. Ruptura del orden institucional

144. Como se desprende de las situaciones descritas, en casi todos los casos las desviaciones registradas suponen la existencia de una autoridad *de jure* o *de facto* que representa al Estado y que, como tal, es responsable del incumplimiento de alguna o algunas de las exigencias básicas que regulan el estado de excepción. No obstante, en esta parte del informe analizaremos brevemente aquellas situaciones en las que la crisis es de tal intensidad que el propio marco institucional del Estado se ha roto, la violencia se ha generalizado, alcanzando en principal medida a la población civil. Vemos entonces que grandes sectores de la misma se desplazan y el equilibrio institucional se rompe como consecuencia de un proceso generalizado de violencia y desintegración.

145. La notoria proliferación de los conflictos que se registran en la actualidad y las sorprendentes modalidades en que se desarrollan, exigen un estudio en profundidad de esta nueva tipología de situaciones de crisis.

146. Si bien desde el punto de vista jurídico, no cabe duda de la aplicabilidad de las normas de protección de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, la preocupación de fondo surge como consecuencia de la *escasa aplicación y de la falta de eficacia de las mismas para impedir*

*las consecuencias más graves de la crisis.* Esta notoria insuficiencia de las normas jurídicas para contener, por sí solas, la expansión de los conflictos, plantea la imperiosa necesidad de conocer sus causas y la forma en que los mismos se desarrollan, para estar en condiciones de poner en marcha mecanismos idóneos en materia de *prevención*. Esto último adquiere particular urgencia frente al enorme costo en vidas humanas que a diario entrañan los conflictos, y que afectan predominantemente a la población civil,<sup>7</sup> y particularmente a mujeres y niños. Asimismo, la experiencia indica —y el trágico destino de los refugiados rwandeses en el ex Zaire lo acredita— la escasa perdurabilidad de las acciones de socorro que sólo se limitan a dar una respuesta conyuntural a los imperativos humanitarios resultantes de la emergencia, sin tener el propósito ni la vocación de atacar los factores estructurales o de otra índole que la provocan.

147. Lo que da una idea aproximada de la envergadura que reviste la problemática de los conflictos en la actualidad es que más del 40% de la ayuda oficial al desarrollo canalizada por las Naciones Unidas en los últimos años ha sido destinada a operaciones de socorro y de emergencia. En sólo tres años, las Naciones Unidas invirtieron en Somalia más de 2.000 millones de dólares.<sup>8</sup>

148. Estrechamente vinculado al aumento y las modalidades en que se desarrollan los conflictos, otro fenómeno —la pobreza— también de alcance universal, no sólo se expande por la mayoría de los países, sino que también se intensifica, adquiriendo perfiles dramáticos en algunas regiones del planeta. Paradójicamente, con sugestiva frecuencia —como es el caso de África al sur del Sáhara— ambos fenómenos se yuxtaponen. Ello muestra la relación de perversa reciprocidad y de retroalimentación que vincula a ambos flagelos de la hu-

7 A diferencia de la primera guerra mundial, donde sólo el 5% de las víctimas fueron civiles, el porcentaje asciende al 80 o 90%.

8 Los cuatro primeros meses de despliegue de tropas en Somalia costaron a los Estados Unidos 750 millones de dólares, vale decir un monto equivalente al presupuesto anual del UNICEF.

manidad, pues si bien la pobreza incide en la gestación y el desarrollo de los conflictos, éstos, a su vez, son grandes generadores de pobreza. En ese sentido, es sumamente ilustrativo el caso de Sierra Leona que, el 25 de mayo de 1997 (oportunidad en la que el relator especial estaba a punto de concluir la confección del presente informe), declaró el toque de queda como consecuencia de un golpe de Estado que derrocó al gobierno del presidente Ahmad Tajen Kabbah. No cabe duda de que en este país los largos años de guerra civil han implicado daños económicos inconmensurables, que han empujado a más del 70% de la población a vivir bajo la línea de pobreza como consecuencia de una disminución del salario real superior al 20%. Sin embargo, tampoco cabe duda que fue la larga decadencia económica de la década de los ochenta, donde el salario real perdió un 80% de su valor, lo que creó las condiciones fácticas que propiciaron la explosión posterior.

149. La crisis económica que precedió a los tétricos acontecimientos que están teniendo lugar en la región de los Grandes Lagos en África, presenta algunas semejanzas. Más allá del notorio predominio de los factores culturales, no se puede desconocer la negativa influencia que tuvo la degradación económica precedente, los sucesivos ajustes estructurales y la repercusión que ellos tuvieron sobre el achicamiento del Estado y el agravamiento de las tensiones interétnicas que la disminución de las oportunidades laborales trajeron aparejadas. Por último, la pobreza no debe ser examinada solamente en su vinculación directa con los conflictos sino también en su impacto sobre otros factores conflictuales como son, por ejemplo, las enormes presiones migratorias, tanto internas como internacionales, que provocan, a su vez, grandes desplazamientos masivos. Éstos, por su parte, generan desarraigo y un mayor empobrecimiento.<sup>9</sup>

9 Véase *Conflict prevention and poverty alleviation*. Organization for Economic Cooperation and Development. Documento DCD 897)a/ANN2, elaborado por el relator especial a solicitud del PNUD.

150. Otro fenómeno sumamente preocupante es la forma en que, en la actualidad, este tipo de conflictos afectan a las minorías u obedecen a factores de origen étnico, religioso, nacional, etcétera, reemplazando el predominio ideológico que tuvieron hasta finales de la década pasada. Esto explica, en parte, las nuevas modalidades que asumen los conflictos, y la marcada tendencia a la generalización de la violencia afectando predominantemente a la población civil.

151. Se estima que más de 70 países cuentan con minorías significativas entre su población. Más allá de los factores culturales e históricos que muchas veces inciden en la gestación de los conflictos, no se puede desconocer que ciertos fenómenos de naturaleza eminentemente económica, como es la prosperidad de unos y el empobrecimiento de otros, cuando ello afecta en forma predominante a ciertos sectores más que a otros, constituye en muchos países una fuente creciente de tensiones sociales susceptibles de desembocar en conflictos de esta naturaleza. Además, todo esto se da en el contexto de un paulatino repliegue del Estado y, en muchos casos, de un franco abandono de las funciones sociales que tradicionalmente ha cumplido. Esto último sin duda ha debilitado el importante papel que hasta hoy ha jugado el Estado como malla de contención de la conflictiva social y como marco institucional a través del cual la población se siente partícipe en la construcción de un destino común. El desamparo que ello genera, la fractura social que se produce y, sobre todo, la ausencia de una perspectiva que incluya por igual a todos los miembros de la sociedad, no sólo subrayan y acentúan las diferencias al interior de la misma, sino que muchas veces exacerbaban sus rivalidades. Es en este contexto de sociedades frecuentemente golpeadas por traumas de origen económico, social, cultural, o político, que este tipo de situaciones límites tienen lugar y en las que la ruptura del orden institucional abre las compuertas a la violencia generalizada, las masacres a la población civil, y desembocan con frecuencia en verdaderos genocidios.

## VI. EFECTO DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN SOBRE LAS INSTITUCIONES Y EL ESTADO DE DERECHO

### *1. Impacto sobre las instituciones*

152. Si observamos el funcionamiento regular de las instituciones bajo el estado de excepción, podremos comprobar que la regla general es que alguno de los tres poderes —de ordinario el legislativo— se pronuncie acerca de la legalidad de la declaración realizada por otro poder —con frecuencia el ejecutivo (con o sin acuerdo del consejo de ministros)— y que el poder judicial tenga facultades para examinar, en los casos concretos, la legalidad de las medidas que afectan el ejercicio de los derechos humanos. Más aún, en algunos países, por ejemplo a raíz del examen de un recurso de hábeas corpus, el poder judicial puede, incluso, estar facultado para pronunciarse acerca de la legalidad del estado de excepción como tal.

153. En una palabra, aun en situaciones de crisis el Estado de derecho intenta preservar un verdadero equilibrio entre los distintos poderes del Estado, para lo cual preestablece ciertas reglas de funcionamiento que buscan impedir la concentración de los mismos. Sin embargo, como hemos podido comprobar, en todos los casos en que se registran anomalías bajo los estados de excepción (y en la medida en que éstas se acentúan), el equilibrio de las instituciones se altera, los mecanismos de supervisión se debilitan, llegando incluso a desaparecer.

154. Así por ejemplo, la sofisticación y la institucionalización del estado de excepción han presupuesto, como regla

general, el ejercicio de amplias potestades por parte de quienes ejercen el poder ejecutivo (presidente de la Nación, junta militar), y a menudo han ido acompañadas de la aniquilación de la independencia del parlamento, la persecución y/o detención de sus miembros,<sup>1</sup> y hasta la disolución lisa y llana de la institución parlamentaria. Para colmar el vacío provocado por la ausencia de parlamento, muchas veces el propio poder ejecutivo establece comisiones que desempeñan actividades de asesoramiento legislativo sin cumplir funciones legislativas propiamente dichas.<sup>2</sup>

155. Si examinamos el caso del Paraguay, podremos observar que durante las casi cuatro décadas que duró el régimen de Stroessner, en forma rutinaria, cada seis meses, el Parlamento aprobaba la renovación del estado de sitio propuesto por el ejecutivo, confiriendo así legalidad a lo que no era sino un manifiesto abuso en el empleo de este recurso. En Haití, bajo el régimen de Duvalier, durante más de dos décadas, fue práctica corriente que la legislatura, al término de sus breves sesiones anuales, confiriera plenos poderes al ejecutivo durante el largo periodo de receso y suspendiera por igual término las garantías constitucionales más importantes. Como es lógico suponer, en estas circunstancias, el poder judicial, de hecho o de derecho, carece de facultades para controlar la oportunidad y la legalidad de la implantación del estado de excepción (potestad que está reservada a las autoridades políticas) y tampoco puede hacer cesar el alcance de las medidas concretas que afectan los derechos humanos de las personas, trátese de una detención, de una expulsión del territorio, una relegación o un confinamiento en alguna parte del territorio, etcétera.

1 Entre 1977 y 1993, una importante proporción de las reclamaciones tratadas por el Comité de Derechos Humanos de los Parlamentarios de la Unión Interparlamentaria concernía a parlamentarios de países bajo estado de excepción, declarado o *de facto*.

2 Tal fue el papel desempeñado en Chile y Uruguay por el Consejo de Estado y en la Argentina por la Comisión de Asistencia Legislativa durante los gobiernos militares.

156. En estos casos, lo corriente es también que los miembros del poder judicial, en su mayoría, sean removidos y que los tribunales ordinarios sean reemplazados por los tribunales militares para juzgar los presuntos delitos políticos, culminando con una corte suprema de justicia que legalice la validez de las “actas institucionales” o su equivalente, o le confiera carácter supraconstitucional a las normas de emergencia adoptadas por el régimen. En este sentido, el relator especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre la independencia del poder judicial, los jurados y asesores y la independencia de los abogados ha puesto de manifiesto que tras la promulgación de decretos que instituyen el estado de excepción, a menudo se produce la destitución en masa de magistrados, la creación de tribunales especiales y la restricción o suspensión de la revisión judicial. Corroborando sus propios dichos el relator afirma que la castración de la judicatura y el hostigamiento de los abogados no son infrecuentes durante los estados de excepción.

157. En conclusión, estas desviaciones entrañan verdadera mutación institucional cuyo principal efecto es la sustitución del principio de separación e independencia de poderes por el de jerarquización de los mismos, a favor del ejecutivo y éste, a su vez, en algunos casos, está subordinado al poder militar.

158. Para evitar esta clase de anomalías y su nefasta repercusión sobre las instituciones, el relator especial propone como normas tipo las siguientes:

#### *A. Poder Judicial*

La legislación deberá estipular que nada de lo que se haga de conformidad con un estado de excepción habrá de:

- a) restar validez a las disposiciones de la Constitución o la ley fundamental como a la legislación relativa al nombramiento, al mandato o a los privilegios e inmunidades de los miembros de la judicatura, ni a la independencia e imparcialidad del poder judicial;

b) restringir la jurisdicción de los tribunales:

- i) para examinar la compatibilidad de la declaración del estado de excepción con las leyes, la Constitución y las obligaciones que impone el derecho internacional, y para determinar que dicha declaración es ilegal o inconstitucional, en caso de que haya incompatibilidad;
- ii) para examinar la compatibilidad de cualquier medida adoptada por una autoridad pública con la declaración del estado de excepción;
- iii) para iniciar actuaciones jurídicas destinadas a hacer respetar o proteger cualesquiera derechos reconocidos por la constitución o la ley fundamental y el derecho nacional e internacional, cuya efectividad no sea afectada por la declaración de excepción;
- iv) para entender asuntos de carácter penal, incluidos los delitos relacionados con el estado de excepción.

### *B. Poder Ejecutivo*

La legislación deberá disponer que no se podrá disolver o suspender el parlamento en ocasión de un estado de excepción y que se deberán mantener intactas las inmunidades y los privilegios de los legisladores para que éstos estén en condición de vigilar sobre el goce de los derechos humanos de sus mandantes. Asimismo, la legislación deberá disponer que no se podrá disolver o suspender otro órgano de control constitucionalmente establecido.

La legislación deberá conceder a los miembros del parlamento (u otro órgano constitucional encargado de controlar la legalidad de la proclamación del estado de excepción), inmunidad en relación con todas las medidas adoptadas de conformidad con la declaración y que puedan impedir o restringir su participación en las deliberaciones acerca de la ratificación

del estado de excepción dispuesto por el poder ejecutivo, su prórroga o su levantamiento.

## 2. *Impacto sobre el Estado de derecho*

159. Desde el punto de vista jurídico, las anomalías descritas precedentemente van acompañadas por lo general de grandes transformaciones en la legislación penal de fondo (calificación de las infracciones y la escala de las penas) y de forma (garantías procesales) como de las normas de competencia.<sup>3</sup> En lo que hace a las normas de forma, las restricciones más manifiestas suelen estar vinculadas al derecho de defensa y al carácter público de las deliberaciones. En Sudáfrica, por ejemplo, durante el régimen racista la publicación sin autorización de la policía del nombre de una persona detenida en virtud de la *Terrorism Act* estaba prohibida y severamente penada por la *Second Police Secret Act*, número 1306 de 1980.

160. En cuanto a las normas de fondo, se verifica una peligrosa tendencia al establecimiento de calificaciones sumamente imprecisas que hacen posible que un gran número de personas pueda encontrarse en infracción, acompañado de la ampliación de los elementos constitutivos de la complicidad, la alteración de la presunción de inocencia, etcétera. Igualmente, la agravación de la represión suele obedecer a la modificación de las normas sobre competencia, en particular, mediante la aplicación retroactiva de la legislación penal de forma que, a diferencia de la de fondo, no está prohibida pero que, sin embargo, tiene consecuencias similares bajo el estado de excepción. A este respecto, basta imaginar la situación de aquellas personas que están siendo juzgadas por un tribunal ordinario y, a raíz de la declaración de un estado de excepción, son sometidas, por el mismo delito, al juzgamiento secreto de un tribunal militar.

<sup>3</sup> Véase informe de la señora Nicole Questiaux, E/CN.4/Sub.2/1982/15, párr. 163.

161. Esta regresión constante del principio de legalidad entraña finalmente una verdadera mutación del Estado de derecho donde el estado de excepción degenera en un elemento de agravación de la crisis y se transforma en un instrumento de represión de la oposición y la disidencia. En definitiva, el impacto de ambas mutaciones sobre el conjunto de los derechos humanos es, como veremos a continuación, tan grave y pernicioso que hemos preferido darle un tratamiento separado

## VII. EFECTOS DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS

162. Las enseñanzas más valiosas que se extraen de la práctica de los distintos órganos de supervisión internacional como de la experiencia del propio relator especial son la comprobación y la certeza de que, en la medida en que se respeten las normas y los principios que regulan el estado de excepción, su impacto sobre el funcionamiento de las instituciones, la vigencia del Estado de derecho y el goce de los derechos humanos será necesariamente limitado y compatible con un sistema democrático de gobierno.

163. Por otra parte, como se desprende del análisis de los informes anuales elaborados por el relator especial, las modalidades de aplicación tienen gran incidencia en los efectos que el estado de excepción tiene sobre los derechos humanos:

Ha habido oportunidades en las que el estado de excepción ha sido implantado por corta duración y con efectos jurídicos limitados. Tal fue el caso, por ejemplo, en Wallis y Futuna donde las medidas estuvieron en vigor sólo algunos días, del 26 al 30 de octubre de 1986; en la Argentina donde las medidas de excepción sólo afectaron la libertad de movimiento de 12 personas, y por un periodo menor a 30 días, en mayo de 1989; en Panamá, donde el estado de excepción estuvo en vigor del 10 al 29 de junio de 1987; o en Canadá, donde se implantó el estado de excepción en la provincia de Manitoba del 23 de julio al 4 de agosto de 1989.

En otras oportunidades el estado de excepción ha sido implantado por un periodo más largo, abarcando solamente la suspensión de algunos derechos susceptibles de derogación. Tal fue el caso, por ejemplo, cuando se declaró el estado de

excepción en Nueva Caledonia del 12 de enero de 1985 al 30 de junio del mismo año; en Kuwait del 26 de febrero al 26 de junio de 1991; o en Senegal del 29 de febrero al 20 de mayo de 1988, y más tarde del 28 de abril al 19 de mayo de 1989.

Por último, en aquellas situaciones en que la vigencia del estado de excepción se perpetúa y, a medida que se perenniza, las anomalías se acumulan, el número de derechos humanos cuyo goce es afectado aumenta, llegando a abarcar incluso derechos cuyo goce es intangible. Tal fue el caso, entre otros, de los países del Cono Sur que se encontraban bajo una dictadura militar durante las décadas del setenta y parte del ochenta, y de Sudáfrica y Namibia durante los regímenes que aplicaban el sistema del *apartheid*.

164. Es a partir de esta creciente perversión en la aplicación del estado de excepción que intentaremos explicar la degradación que se produce en el ámbito de los derechos humanos.

### 1. *Derechos regularmente afectados*

165. Del análisis de la información brindada al relator especial por los gobiernos se desprende,<sup>1</sup> que los derechos cuyo ejercicio se suspende con mayor frecuencia son los siguientes:

- derecho a la libertad y seguridad personal, contemplado en el artículo 9 de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;
- derecho a la libertad de residencia y circulación en todo el territorio, previstos en el inciso 1 del artículo 12 del Pacto y, en menor medida, derecho a salir libremente de cualquier país y el de regresar al propio, contemplado en los incisos 2 y 4 del mismo artículo;
- derecho a la inviolabilidad del domicilio y la correspondencia, contemplados en el artículo 17 del Pacto;

1 Véanse los cuadros sinópticos realizados por el relator especial en los informes de 1987 y 1988.

- derecho de reunión pacífica y de manifestación, contemplados en el artículo 21 del Pacto;
- derecho a la libertad de opinión y de expresión, contemplados en el artículo 19 del Pacto;
- derecho de huelga —uno de los más afectados en este tipo de situaciones— contemplado en el inciso d) del artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que, a diferencia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no prevé derogación alguna a los derechos que consagra, aun en situaciones de crisis.

166. En cuanto al hábeas corpus, por el contrario, sólo una notificación, realizada por el gobierno de Nicaragua el 18 de junio de 1987, daba cuenta al relator especial de la suspensión del mismo “en caso de delitos contra la seguridad y el orden público”. Luego, esta regulación fue suprimida, entre otras razones debido a que la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció en su Opinión Consultiva número 8 la incompatibilidad de la suspensión del hábeas corpus, por entender que se trata de una de las garantías esenciales prevista en el inciso 2 del artículo 27 de la Convención Americana.

167. Algo similar acontece con el derecho a un proceso justo, contemplado en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de cuya suspensión el relator especial ha recibido una sola notificación, la de Sri Lanka, referida exclusivamente al inciso 3 (que prevé los derechos del procesado) y sólo en lo que respecta al derecho de defensa.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Véase notificación del gobierno de Sri Lanka en el cuadro sinóptico contenido en E/CN.4/Sub.2/1987/19/Rev.1, p. 47.

## 2. *Detenciones arbitrarias y estado de excepción*

167. El ejercicio del derecho a la libertad personal, previsto en el artículo 9 del Pacto, es el que con más frecuencia es afectado en este tipo de situaciones, al extremo de que son raras las oportunidades en las que el estado de excepción no va acompañado de la suspensión del mismo. Esto hace aconsejable pasar revista, aunque no sea más que brevemente, a las particularidades que revisten las detenciones en el ámbito específico del estado de excepción y que van, desde el arresto en locales especiales a la detención en establecimientos penitenciarios. Hay casos en los que la internación se lleva a cabo en campos de “reeducación” o en lugares secretos, lo que ha posibilitado con frecuencia a la práctica de la desaparición forzada de personas. En fin, estas detenciones, que asumen modalidades muy disímiles, se distinguen tanto por su sorprendente magnitud como por la duración, diversidad y complejidad de las mismas.

### A. *Magnitud*

168. Para ofrecer una idea de la magnitud de las detenciones que se operan en este tipo de situaciones basta mencionar que, en el último informe enviado al relator especial por el gobierno de Chile se señala que, durante el régimen *de facto*, en el periodo comprendido entre 1973 y 1980, unas 200,000 personas fueron privadas de su libertad. Según fuentes fidedignas, una de cada tres personas fueron detenidas o interrogadas en el Uruguay durante la vigencia de las “medidas prontas de seguridad”, implementadas por el régimen militar que gobernó el país de 1971 a 1985. En Sudáfrica, donde también se recurrió a este tipo de medidas para perpetuar el flagelo del *apartheid*, en aplicación de la *Internal Security Act* (Ley de seguridad interna) entre junio de 1986 y agosto de 1987 unas 30,000 personas fueron detenidas durante un periodo de más de 30 días, de las cuales el 40% eran menores de 18 años. Por último, según un informe presentado por el relator especial sobre la práctica de la detención administra-

tiva, el señor Louis Joinet, a raíz de la guerra de Vietnam, entre 1975 y 1976 de 10,000 a 15,000 personas fueron sometidas a detención en campamentos de “reeducación”.<sup>3</sup>

### B. Duración

169. Es frecuente que, durante el estado de excepción, las personas que se encuentran detenidas a disposición del poder ejecutivo, sobre todo por razones de seguridad, y muchas veces a título preventivo, permanezcan en esta condición en forma indefinida. Ha habido casos en que las autoridades han ordenado la detención administrativa de personas que, habiendo sido acusadas de delitos, habían sido absueltas por los tribunales, o bien han procedido a mantenerlas en detención después de cumplir la pena. En el mismo informe del señor Joinet, se señala que 120 personas detenidas en campamentos de reeducación en Vietnam estaban a punto de cumplir 15 años de internación. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado en reiteradas oportunidades la perennización del estado de excepción en el continente americano y el carácter abusivo de las prolongadas detenciones que acompañan dicho proceso. Constataciones similares han sido formuladas por muchos otros mecanismos de supervisión internacional.<sup>4</sup>

### C. Complejidad

170. En situaciones excepcionales, es frecuente que los gobiernos suelen recurrir a la aplicación de medidas procesales ordinarias (por ejemplo, la detención fundada en una acusación formal) y al mismo tiempo, o consecutivamente, a la

3 E/CN.4/Sub.2/1990/29, párr. 41.

4 Véase, por ejemplo, en el capítulo II, los casos de parlamentarios de países del *common law*, tratados por la Unión Interparlamentaria, que han permanecido detenidos durante muchos años, llegando inclusive a 20 años, en virtud de una Ley de seguridad nacional. La misma organización también ha tratado casos de parlamentarios detenidos durante décadas en campos de “reeducación” en Vietnam.

aplicación de medidas de excepción. Esta yuxtaposición de medidas es muy frecuente en el Continente Americano y en algunos países africanos y asiáticos. A este respecto, la Unión Interparlamentaria ha tenido la oportunidad de tratar casos de legisladores de países africanos, asiáticos y latinoamericanos que han estado detenidos durante años en virtud de este doble juego de disposiciones. En la Argentina, por ejemplo, durante los distintos regímenes *de facto* anteriores al 10 de diciembre de 1983, millares de ciudadanos fueron detenidos a disposición del poder ejecutivo y la mayoría de los que fueron inculcados y se les inició proceso quedaron sujetos además a la detención administrativa. De esta manera, no podían gozar ni de la libertad anticipada, ni de la libertad condicional y ni siquiera de la libertad definitiva, por inocencia probada o cumplimiento de la pena. En una palabra, el juez podía disponer la libertad pero el ejecutivo ya había ordenado la detención.

#### *D. Diversidad*

171. Por último, se presentan ciertas situaciones, no necesariamente identificables con la palabra detención, pero que sin embargo pueden generar graves atentados al derecho a la libertad personal. Nos referimos al “arresto”, por ejemplo, en virtud del cual, durante el estado de sitio, el poder ejecutivo puede, por razones de seguridad, alojar a determinadas personas en “lugares que no sean cárceles”. En la práctica, esta situación se da raras veces y las personas son alojadas en establecimientos carcelarios, transformando así el arresto en detención y esta última en arbitraria. Más aún, la jurisprudencia chilena durante el régimen de Pinochet llegó a sostener que la facultad de “arrestar” autorizaba la incomunicación. En muchos otros casos la inexistencia de una norma que exija la publicidad del recinto donde la persona se encuentra recluida ha legitimado el recurso a la detención secreta. La restricción a la libertad de circulación que se introduce cuando se establece el toque de queda, o la prohibición a determinadas personas de abandonar algún lugar, pueden

transformarse, en ciertas circunstancias, en un grave atentado a la libertad personal. Nos referimos, por ejemplo, a las relegaciones o permanencias obligatorias en determinados lugares o localidades que, por su aislamiento o incomunicación pueden ser más penosas que un establecimiento carcelario. Además, estas medidas suelen ir acompañadas de continuos traslados a puntos distantes del propio territorio, dificultando enormemente el contacto con la familia.

### 3. *Impacto sobre los derechos humanos de las medidas excepcionales de facto*

172. Más allá de las anomalías que desde el punto de vista jurídico e institucional, entrañan los estados de excepción *de facto*, el impacto negativo de los mismos sobre el conjunto de los derechos humanos, suele ser de ordinario tan grave como prolongado. Se confirma así la regla que indica que mientras más grave y prolongada sea la desviación, más nefasto y profundo será el impacto de la misma sobre el conjunto de los derechos fundamentales.

173. El caso de Haití (que como se señala en la introducción, fue objeto de un estudio particular por parte del relator especial), durante el periodo que abarcó el golpe de Estado del 29 de septiembre de 1991 hasta el regreso del presidente Aristide, dos años más tarde, pone de manifiesto las múltiples consecuencias que regularmente tienen este tipo de anomalías. En efecto, paralelamente al derrocamiento del presidente constitucional, las autoridades militares, sin mediar proclamación alguna del estado de sitio previsto en la Constitución nacional procedieron a la adopción de severas restricciones al ejercicio de la mayoría de los derechos humanos, configurándose así un estado de excepción *de facto* que trajo aparejado un cuadro de violaciones masivas y sistemáticas de los mismos. En los meses posteriores al golpe de Estado, más de 1,000 personas murieron, la mayoría de ellas como resultado de ejecuciones extrajudiciales. En sólo un año se registraron 5,096 casos de detenciones ilegales realizadas en establecimientos carcelarios donde corrientemente se practicaban tor-

turas y otros actos de brutalidad. Como consecuencia de las limitaciones impuestas a la libertad de opinión y de expresión, los periodistas de la prensa escrita y hablada fueron objeto de múltiples amenazas y actos de intimidación; algunos fueron asesinados o debieron abandonar el país, y muchas radios fueron atacadas y vandalizadas.

175. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos, al examinar el último informe periódico presentado por el Togo, luego de haber constatado el incumplimiento de la obligación de notificar al Secretario General de la suspensión de algunos derechos amparados por el Pacto —como consecuencia de los toques de queda proclamados durante el periodo de transición a la democracia—, el Comité deploró

los numerosos casos de ejecuciones sumarias y arbitrarias o ilegales practicadas por miembros del ejército, las fuerzas de seguridad u otras fuerzas durante el periodo que se examina. Asimismo, manifestó su preocupación porque esas violaciones no habían sido objeto de indagaciones o investigaciones, que no se hubieran enjuiciado ni castigado a los que perpetraron tales actos y que tampoco se hubiese indemnizado a las víctimas.

#### *4. Impacto sobre los derechos intangibles de los estados de excepción cuando éstos registran un cúmulo de anomalías*

176. El principal provecho que se ha podido extraer del examen acerca de la evolución operada en la aplicación de los estados de excepción, durante un largo periodo, es la peligrosa tendencia a acumular anomalías cuando se aplican en forma abusiva y se perennizan en el tiempo. De esta forma, a medida que las desviaciones se acentúan, se va ampliando el número de derechos humanos que se afectan, llegando incluso a alcanzar aquellos derechos fundamentales cuyo ejercicio reviste carácter intangible. Tal es lo que se desprende de los numerosos atentados al derecho a la vida, a la integridad física, síquica y moral, etcétera, de que dan cuenta los sucesivos informes de los relatores especiales de la Comisión de Derechos Humanos sobre ejecuciones extrajudiciales,

sumarias o arbitrarias y sobre la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, al igual que los sucesivos informes presentados por el Grupo de Trabajo sobre Desaparición Forzada o Involuntaria de Personas, y de los distintos órganos de supervisión internacional, en particular el Comité de Derechos Humanos. En este sentido, es muy interesante el estudio realizado por Amnistía Internacional sobre la práctica de la tortura y las reiteradas violaciones del derecho a la vida durante el estado de excepción, pues pone de relieve la forma en que el ejercicio abusivo e incorrecto de este instituto puede, de hecho, facilitar la violación de los derechos cuyo ejercicio es inalienable.<sup>5</sup>

### 5. *Violencia generalizada*

177. Se trata de aquellas situaciones que hemos descrito en el capítulo IV y en las que la violencia se generaliza y adquiere niveles incontrolables, que desembocan en la ruptura del orden institucional y que afectan el conjunto de los derechos humanos en forma masiva y generalizada. Es en este contexto que numerosos integrantes de milicias involucrados en los enfrentamientos que culminaron con la disolución de la ex Yugoslavia se encuentran acusados de haber cometido crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad.<sup>6</sup> Es también el contexto que dio lugar a las grandes masacres perpetradas en la región de los Grandes Lagos en África.

178. En cuanto a las consecuencias que entraña este tipo de conflicto, resulta sumamente ilustrativo la Ley núm. 9/96 del 8 de septiembre de 1996 aprobada por las autoridades de Rwanda. En sus considerandos, la Asamblea Nacional reconoce que “desde el 6 de abril de 1994, la República de Rwanda ha conocido una situación excepcional amenazando la existencia de la nación en el sentido del artículo 4, párrafo 1,

<sup>5</sup> Véase publicación de Amnistía Internacional SC/PG/CO/GR, Londres, julio de 1988.

<sup>6</sup> Tribunal de La Haya creado por el Consejo de Seguridad en su resolución 827 (1993) de 25 de mayo de 1993.

del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos". Luego, reconoce que el país ha vivido una situación de graves perturbaciones y de conflicto armado interno que han impedido el funcionamiento de los tribunales judiciales. Más aún, la ley reconoce que dicha situación trajo aparejada la desintegración completa de las instituciones y del Poder Judicial. Por último, en los propios considerandos de la norma, se señala que en Rwanda se ha cometido un genocidio y masacres que constituyen crímenes contra la humanidad.

#### *6. Impacto sobre los derechos económicos, sociales y culturales*

179. Contrariamente a lo que muchos creen, esta anomalía no sólo afecta la vigencia de los derechos civiles y políticos, sino también, y en forma considerable, los derechos económicos, sociales y culturales. En su estudio sobre la situación en Haití, el relator especial abordó en profundidad esta importante cuestión. Haití es, como se sabe, el país más pobre de América Latina y se encuentra entre los 20 más pobres del planeta. La represión desatada durante el régimen *de facto* agravó aún más la precaria situación de los derechos económicos, sociales y culturales de su pueblo, a tal extremo que el derecho a la vida estaba tan amenazado por la represión desatada por los militares como por las condiciones económicas y sociales generadas por ellos. Además, la represión golpeó fuertemente a los pequeños organismos de autoayuda que fomentaban proyectos agrícolas, de alfabetización o de mejoras de los barrios, etcétera. A su vez, los trabajadores sociales, laicos y religiosos, los miembros de organizaciones comunitarias fueron duramente perseguidos y la mayoría de los albergues para niños de la calle fueron sistemáticamente atacados por los militares. El clima de inseguridad y temor generado por la represión obligó a gran parte de la población a desplazarse y buscar refugio en otras provincias, abandonando sus hogares y sus pequeños cultivos, o a abandonar el país. En su informe de 1993 la Comisión Interamericana de

Derechos Humanos señaló que dichos desplazamientos masivos habían afectado a más de 300,000 personas.

*7. Impacto del estado de excepción sobre los derechos humanos de algunos grupos vulnerables o sectores de la población*

180. En varios de sus informes anuales, el relator especial ha puesto de relieve la necesidad de reforzar la protección de todas las personas, o grupos de personas que, por diversas circunstancias, se encuentran en una situación particularmente vulnerable. Tal es el caso de los refugiados, las víctimas de los conflictos armados, las minorías, las poblaciones autóctonas, los trabajadores migrantes, los discapacitados y demás grupos vulnerables, etcétera.

181. El ACNUR ha señalado al relator especial, en reiteradas oportunidades que las violaciones masivas de los derechos humanos engendran persecución, lo que en muchos casos obliga a las víctimas a buscar asilo. A su vez, la existencia de un estado de excepción en el país de asilo suele incidir negativamente en la protección de los refugiados (que manifiestamente se encuentran en una situación más vulnerable que los nacionales), sobre todo cuando las medidas de excepción entrañan limitaciones básicas a los derechos humanos.

182. Evidentemente, a las categorías arriba mencionadas podrían agregarse, por la naturaleza de sus actividades, a los periodistas, los dirigentes sindicales, los parlamentarios, los defensores de los derechos humanos, etcétera.

183. En el caso de los parlamentarios, como hemos visto, no deja ser frecuente que durante los estados de excepción, “anómalos”, la disolución del Parlamento vaya acompañada de la detención y/o expulsión del país de los propios parlamentarios. Los periodistas que se resisten a aceptar las restricciones a la libertad de expresión son con frecuencia destinatarios de medidas similares. Otro sector regularmente afectado es la dirigencia sindical como lo demuestra la actividad del Comité de la Libertad Sindical de la OIT. Sólo a título ilustrativo, se recuerda que, en su informe de 1989, el

relator especial dio a conocer que disponía de información según la cual las fuerzas de seguridad sudafricana, bajo un régimen de excepción, habían matado, en un solo día, a siete trabajadores que estaban en huelga.

184. Según el último informe presentado a la Comisión de Derechos Humanos por el relator especial sobre la situación de los derechos humanos en Afganistán (Doc.E/CN.4/1997/59), señala que, en diversas partes del país bajo el control del movimiento de los talibanes, las mujeres se confrontan —bajo amenaza de malos tratos y hasta de muerte— a la estricta prohibición de recibir educación y de tener un empleo fuera de la esfera doméstica. Las justificaciones más frecuentes de las autoridades son: “estamos en una situación de emergencia”. Vale decir, que: “sólo habrá reanudación del empleo y la educación femenina cuando se restablezcan las condiciones de seguridad” pues, “estamos en una situación de guerra y queremos restablecer la paz”. Este ejemplo habla por sí solo de las nefastas consecuencias, que en materia de género, pueden entrañar algunas medidas abusivas adoptadas en situaciones de crisis.

185. Finalmente, la situación de los niños, sobre todo los niños de la calle, es particularmente grave durante un estado de excepción. A título meramente ilustrativo, en su informe de 1989, el relator especial dio a conocer que disponía de información según la cual las fuerzas de seguridad sudafricanas, bajo un régimen de excepción implantado por las autoridades de la época, habían matado a más de 200 niños. En este sentido, tiene gran relevancia el informe titulado “Repercusiones de los conflictos armados sobre los niños” presentado a la Asamblea General por la señora Graba Mache en 1996. El relator especial no puede sino coincidir plenamente con la experta del Secretario General cuando, en sus conclusiones, señala, entre las cuestiones que requieren investigación ulterior, las “cuestiones operacionales que afectan la protección de los niños en situaciones de emergencia (y) enfoques centrados en los niños para la prevención de los conflictos y la reconstrucción y el desarrollo” (A/51/306, párr. 315).

## VIII. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

### 1. Conclusiones

186. Tomando como fuente los sucesivos informes presentados por el relator especial, desde enero de 1985 hasta mayo de 1997, puede constatarse que unos 100 Estados o territorios, lo que equivale a más de la mitad de Estados Miembros de las Naciones Unidas han vivido, de derecho o *de facto*, en algún momento de dicho plazo bajo estado de excepción.<sup>1</sup> La circunstancia de que, en el mismo periodo, muchos de ellos

1 A continuación se transcribe la lista establecida por el relator especial sobre los países o territorios en que está o ha estado en vigencia el estado de excepción entre el primero de enero de 1985 y el 31 de mayo de 1997. (Véase documento E/CN/Sub.2/1977/19/Add. 1). A) Países o territorios en los que al 31 de mayo de 1997 se encontraba vigente algún tipo de estado de excepción; Afganistán, Albania, Argelia, Azerbaiyán, Bosnia y Herzegovina, Brunei Darussalam, Burundi, Colombia, Croacia, Ecuador, Egipto, Federación de Rusia, Georgia, Iraq, Israel, Kirguistán, Líbano, Liberia, Mali, Myanmar, Nepal, Nigeria, Perú, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Árabe de Siria, República de Corea, República Democrática del Congo (ex Zaire), Rwanda, Sierra Leona, Sri Lanka, Sudán, Tayikistán, Timor Oriental, Turquía, Ugamda, Venezuela, Yemen, Yugoslavia y Zambia. B) Países o territorios en los que estuvo vigente —por distintos periodos— algún tipo de estado de excepción a partir del primero de enero de 1985: Angola, Argentina, Armenia, Blangadesh, Bolivia, Burkina Faso, Camboya, Camerún, Canadá, Chad, Chile, China, Congo, Djibouti, El Salvador, Eritrea, Estados Unidos de América, Etiopía, Fiji, Filipinas, Francia, Gabón, Gambia, Guatemala, Guinea Ecuatorial, Guyana, Haití, Honduras, India, Irlanda, Jordania, Kakstán, Kenya, Kuwait, Lesotho, Madagascar, Malasia, Malawi, Mauritaria, Moldava, Mozambique, Namibia, Nicaragua, Níger, Pakistán, Panamá, Papau Nueva Guinea, Paraguay, República Centroafricana, Senegal, Singapur, Sudáfrica, Suriname, Tailandia, Tanzania, Togo, Trinidad y Tobago, Uzbekistán y Zimbabwe

han prorrogado medidas excepcionales o bien las han reimplantado luego de haber procedido a su levantamiento, pone de manifiesto que en sólo algo más de una década, el estado de excepción ha sido proclamado, prorrogado o mantenido de una u otra forma, con mucha más frecuencia.

187. Si transfiriéramos a un mapa geográfico del mundo la lista de países que han proclamado, prorrogado o levantado el estado de excepción durante los últimos 12 años, tal cual resulta del presente informe, comprobaríamos con preocupación que cubriría casi las tres cuartas partes de la superficie terrestre, sin que ninguna región geográfica escape a esta realidad. Comprobaríamos también que en países tan alejados geográficamente, con sistemas jurídicos tan disímiles como los Estados Unidos y China, o ubicados en extremos polares tan opuestos como la Federación de Rusia y la Argentina, pasando por regiones altamente conflictivas como el Medio Oriente, la ex Yugoslavia y algunos países africanos, en todos los casos, de hecho (como en los últimos citados) o de derecho (como los citados en primer término), los gobiernos han optado por la adopción de medidas excepcionales para hacer frente a sus sucesivas crisis.

188. Una lectura política de este original mapa jurídico del mundo nos estaría indicando no sólo la falta de estabilidad que está viviendo la humanidad sino también la peligrosa tendencia a que la excepción se transforme en la regla.

## 2. Recomendaciones

### A. Recomendaciones dirigidas a los Estados

189. El relator especial insta a todos los Estados a que, si no lo han hecho hasta ahora:

— *Procedan* con urgencia a la adecuación de sus respectivas legislaciones nacionales, a las normas y los principios establecidos por el derecho internacional en materia de estado de excepción;

- Al hacerlo, *refuercen* los mecanismos de control interno para garantizar una adecuada aplicación de las normas que lo regulan;
- Que en este proceso de adecuación, *se sirvan* de los principios y las normas tipo elaborados por el relator especial a ese efecto, y que figuran en el presente estudio;
- Que, con ese fin, *soliciten* el concurso de los Servicios de Asesoramiento del Centro de Derechos Humanos de las Naciones Unidas; y
- Que, en todos los casos en que se hubiesen adoptado medidas de excepción arbitrarias los gobiernos indemnifican adecuadamente a las víctimas de dichas medidas.

190. Asimismo, recomienda a los Estados que *continúen cooperando* con el relator especial y *le brinden* la información más detallada posible en caso de proclamación, prórroga o suspensión del estado de excepción. Esta recomendación adquiere particular relevancia con respecto a la obligación de notificar a los otros Estados a través de los depositarios de los tratados internacionales en los que fueran partes.

#### B. Recomendaciones dirigidas al Comité de Derechos Humanos

191. El relator especial se felicita del nuevo reglamento del Comité de Derechos Humanos que permite *solicitar un informe especial* a los gobiernos que han procedido a la declaración del estado de excepción, debido a que esto agiliza y refuerza los mecanismos de control.

192. El relator especial propone al Comité de Derechos Humanos que examine la posibilidad de:

- *Establecer* un mecanismo que le permita mantener en examen aquellos países en que se han adoptado medidas excepcionales, a los efectos de examinar en forma con-

- tinua la evolución y el impacto de dichas medidas sobre los derechos humanos protegidos en el Pacto;
- *Establecer* una nueva opinión general sobre el artículo 4 que recoja la evolución operada, las normas y principios, los criterios de supervisión y la extensión que, por vía de precedentes, se ha generado en el núcleo de derechos cuyo ejercicio no puede ser suspendido, y en particular el hábeas corpus.

*C. Recomendaciones dirigidas a los relatores especiales y a los grupos de trabajo*

193. El relator especial *sugiere* a los relatores especiales, temáticos o por país, y los grupos de trabajo que presten particular atención al impacto que las situaciones excepcionales tienen en el ámbito específico de sus respectivos mandatos y que, tal como lo ha manifestado en reiteradas oportunidades el Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias, *se sirvan* de la inestimable colaboración y asesoramiento que podría brindarles el relator especial sobre estados de excepción.

*D. Recomendaciones dirigidas al Alto Comisionado de las Naciones Unidas*

194. El relator especial *sugiere* al Alto Comisionado que:
- *Dé alta prioridad* a las actividades de asesoramiento del Centro de Derechos Humanos en materia de estado de excepción;
  - *Establezca* una lista de especialistas en los distintos sistemas jurídicos para desarrollar esta tarea;
  - *Asegure* el incremento de la presencia de observadores de derechos humanos en el terreno en donde hay graves crisis o conflictos, y el establecimiento de un cuadro coherente de directivas a los mismos así como de criterios

y directrices acerca del uso, dentro del sistema de las Naciones Unidas, de las informaciones recogidas por estos observadores;

- En estrecha colaboración con el Secretario General, *despliegue* crecientes esfuerzos en el desarrollo de actividades vinculadas a la prevención de conflictos, a la resolución pacífica de los mismos, a la mediación y demás mecanismos de diplomacia preventiva;
- *Examine* la posibilidad de organizar, en coordinación con otros organismos del sistema de las Naciones Unidas, un seminario internacional de expertos para analizar la cuestión de los conflictos con objeto de recoger propuestas tendientes a atacar sus causas, prevenir su desencadenamiento y atenuar sus consecuencias;
- *Establezca* un mecanismo ágil a través de un “punto focal” que ponga en relación a los relatores especiales, los miembros de los grupos de trabajo y los integrantes del Comité de Derechos Humanos, cuya labor abarca la aplicación del artículo 4.



## ANEXO I

### DISPOSICIONES INTERNACIONALES QUE REGULAN LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN

---

Pacto de las Naciones Unidas sobre derechos  
civiles y políticos

Convención europea de salvaguardia  
de los derechos del hombre  
y de las libertades fundamentales

Convención americana sobre derechos humanos



PACTO DE LAS NACIONES UNIDAS  
SOBRE DERECHOS CIVILES  
Y POLÍTICOS<sup>1</sup>

*Artículo 4.* 1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones, que en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los *artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18.*

3. Todo Estado Parte en el presente Pacto que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación hubiese suspendido y los motivos que haya suscitado la suspensión. Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

*Artículo 6.* 1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.

1 Suscrito en Nueva York por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, en vigor el 26 de marzo de 1976.

2. En los países que no hayan abolido la pena capital sólo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos y de conformidad con leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones del presente Pacto ni a la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio. Esta pena sólo podrá imponerse en cumplimiento de sentencia definitiva de un tribunal competente.<sup>2</sup>

3. Cuando la privación de la vida constituya delito de genocidio, se tendrá entendido que nada de lo dispuesto en este artículo excusará de modo alguno a los Estados partes del cumplimiento de ninguna de las obligaciones asumidas en virtud de las disposiciones de la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio.<sup>3</sup>

4. Toda persona condenada a muerte tendrá derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena. La amnistía, el indulto o la conmutación de la pena capital podrán ser concedidos en todos los casos.

5. No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 de años de edad, ni se aplicará a las mujeres en estado de gravedad.

2 Dicha Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, fue suscrita por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948, y entró en vigor el 12 de enero de 1951. De acuerdo con el artículo II de dicha Convención se entiende por genocidio cualquiera de los actos que se mencionan en dicho documento perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial. d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por la fuerza de niños del grupo o de otro grupo.

3 En el artículo III de la citada Convención sobre el delito de genocidio, se dispone: "Serán castigados los actos siguientes: a) El genocidio; b) La asociación para cometer genocidio; c) La instigación directa y pública a cometer genocidio; d) La tentativa de genocidio. e) La complicidad en el genocidio".

6. Ninguna disposición de este artículo podrá ser invocada por un Estado Parte en el presente Pacto para demorar o impedir la abolición de la pena capital.

*Artículo 7.* Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.

*Artículo 8 (párrafos 1 y 2).* 1. Nadie estará sometido a esclavitud. La esclavitud y la trata de esclavos están prohibidos en todas sus formas.

2. Nadie estará sometido a servidumbre.

*Artículo 11.* Nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual.

*Artículo 15.* 1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional e internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito, la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

*Artículo 16.* Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

*Artículo 18.* 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye el de tener o libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual y colectivamente, tanto como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.

2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección.

3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescri-

tas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres, y en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que está de acuerdo con sus propias convicciones.

CONVENCIÓN EUROPEA DE SALVAGUARDIA  
DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE  
Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES<sup>4</sup>

*Artículo 15.* 1. En caso de guerra o en caso de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier alta parte contratante, puede tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en la presente Convención en la medida estricta en que lo exija la situación, y supuesto que tales providencias no sean opuestas a las otras obligaciones que dimanen del derecho internacional.

2. La disposición precedente no autoriza ninguna derogación del artículo 2º., salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra y a los artículos 3º, 4º (párrafo 1) y 7º.

3. Toda alta parte contratante que ejerza este derecho de derogación tendrá plenamente informado al secretario general del Consejo de Europa de las medidas tomadas y de los motivos que las han inspirado. Deberá igualmente informar al secretario general del Consejo de Europa de la fecha en que estas medidas hayan dejado de estar en vigor y cuando las disposiciones de la Convención vuelvan a tener plena aplicación.

*Artículo 2º.* 1. El derecho de toda persona a la vida está protegida por la Ley. La muerte no puede ser infligida intencionalmente a nadie, salvo en ejecución de una sentencia de pena capital pronunciada por un tribunal en el caso de que el delito sea castigado con esa pena por la Ley.

<sup>4</sup> Suscrita en Roma el 4 de noviembre de 1950, en vigor el 3 de septiembre de 1953.

2. La muerte no se considerará infligida en infracción del presente artículo cuando se produjera a consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario:

- a) Para asegurar la defensa de cualquier persona contra la violencia ilegal;
- b) Para efectuar una detención legal o para impedir la evasión de una persona detenida legalmente;
- c) Para reprimir, de conformidad con la Ley, una revuelta o una insurrección.

*Artículo 3º.* Nadie puede ser sometido a tortura, ni a penas o tratamientos inhumanos o degradantes.

*Artículo 4º.* 1. Nadie puede ser mantenido en esclavitud o servidumbre.

*Artículo 7º.* 1. Nadie puede ser condenado por una acción o una omisión que en el momento en que fue cometida, no constituía una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no puede ser impuesta una pena más fuerte que la que era aplicable en el momento en que se cometió la infracción.

2. El presente artículo no invalidará la sentencia o la pena de una persona culpable de una acción u una omisión que, en el momento de ser cometida, constituía un crimen según los principios generales reconocidos por las naciones civilizadas.

CONVENCIÓN AMERICANA  
SOBRE DERECHOS  
HUMANOS<sup>5</sup>

*Artículo 27.* 1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañe discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica); 4 (derecho a la vida); (derecho a la integridad personal); 6 (prohibición de la esclavitud y servidumbre); 9 (Principio de legalidad y de retroactividad); 12 (libertad de conciencia y de religión); 17 (protección a la familia); 18 (derecho al nombre); 19 (derechos del niño); 20 (derecho a la nacionalidad); 23 (derechos políticos); ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

*Artículo 3. Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.* Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

<sup>5</sup> Suscrita en la ciudad de San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, y en vigor el 18 de julio de 1978.

*Artículo 4. Derecho a la vida.* 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

2. En los países que no han abolido la pena de muerte ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se aplique actualmente.

3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.

4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.

5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieron menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, las cuales podrán ser concedidas en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente.

*Artículo 5. Derecho a la integridad personal.* 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.

4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.

5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados a tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.

6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

*Artículo 6. Prohibición de la esclavitud y servidumbre.*

1. Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas.

2. Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. En los países donde ciertos delitos tengan señalada pena privativa de libertad acompañada de trabajos forzosos, esta disposición no podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe el cumplimiento de dicha pena impuesta por el juez o tribunal competente. El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluso.

3. No constituyen trabajo forzoso u obligatorio, para los efectos de este artículo:

- a) Los trabajos o servicios que se exijan normalmente de una persona reclusa en cumplimiento de una sentencia o resolución formal dictada por la autoridad judicial competente. Tales trabajos o servicios deberán realizarse bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas, y los individuos que los efectúen no serán puestos a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado.
- b) El servicio militar y, en los países donde se admite exención por razones de conciencia, el servicio nacional que la ley establezca en lugar de aquél.
- c) El servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la existencia o el bienestar de la comunidad, y
- d) El trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.

*Artículo 9. Principio de legalidad y de retroactividad.* Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

*Artículo 12. Libertad de conciencia y de religión.* 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.

2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.

3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.

4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que está de acuerdo con sus propias convicciones.

*Artículo 17. Protección a la familia.* 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten el principio de no discriminación establecido en esta Convención.

3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del

mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y de la conveniencia de ellos.

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

*Artículo 18. Derecho al nombre.* Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario.

*Artículo 19. Derechos del niño.* Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que en su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

*Artículo 20. Derecho a la nacionalidad.* 1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.

2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra.

3. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla.

*Artículo 23. Derechos políticos.* 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos.
- b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por el sufragio universal e igual y por el voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
- c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.



## ANEXO II

OBSERVACIÓN GENERAL N° 29 SOBRE  
EL ARTÍCULO 4 DEL PACTO INTERNACIONAL  
DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS:  
ESTADOS DE EXCEPCIÓN Y SUSPENSIÓN  
DE DERECHOS



OBSERVACIÓN GENERAL N° 29 SOBRE  
EL ARTÍCULO 4 DEL PACTO INTERNACIONAL  
DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS:  
ESTADOS DE EXCEPCIÓN  
Y SUSPENSIÓN DE DERECHOS

CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (31 de agosto de 2001)

*Observación general sobre el artículo 4  
(adoptada el 24 de julio de 2001 durante la 1950ª reunión)*

1. El artículo 4 del Pacto reviste la mayor importancia para el sistema de protección de los derechos humanos reconocidos en el Pacto. Por una parte, autoriza a los Estados Partes a suspender unilateralmente y temporalmente algunas de las obligaciones que les incumben en virtud del Pacto. Por otra, somete tanto la adopción misma de la medida de suspensión, así como sus consecuencias materiales, a un régimen específico de salvaguardias. El restablecimiento de un estado de normalidad, en que se pueda asegurar de nuevo el pleno respeto del Pacto, debe ser el objeto primordial del Estado Parte que suspende la aplicación del Pacto. En la presente Observación General, que reemplaza a su Observación general N° 5 aprobada en el 13° período de sesiones, en 1981, el Comité se propone ayudar a los Estados Partes a cumplir los requisitos enunciados en el artículo 4.

2. Las medidas que suspenden la aplicación de alguna disposición del Pacto deben ser de carácter excepcional y temporal. Antes de que un Estado adopte la decisión de in-

vocar el artículo 4 es necesario que se reúnan dos condiciones fundamentales: que la situación sea de un carácter excepcional que ponga en peligro la vida de la nación y que el Estado Parte haya proclamado oficialmente el estado de excepción. Este último requisito es esencial para el mantenimiento de los principios de legalidad e imperio de la ley cuando son más necesarios. Al proclamar un estado de excepción cuyas consecuencias pueden entrañar la suspensión de cualquier disposición del Pacto, los Estados deben actuar dentro del marco constitucional y demás disposiciones de ley que rigen esa proclamación y el ejercicio de las facultades de excepción; incumbe al Comité vigilar que las leyes pertinentes faciliten y garanticen el cumplimiento del artículo 4. Para que el Comité pueda cumplir esta tarea, los Estados Partes en el Pacto deben proporcionar en sus informes presentados con arreglo al artículo 40 información suficiente y exacta sobre su legislación y práctica en materia de facultades de excepción.

3. No todo disturbio o catástrofe constituye una situación excepcional que ponga en peligro la vida de la nación, como se exige en el párrafo 1 del artículo 4. Durante un conflicto armado, ya sea internacional o no internacional, son aplicables las normas del derecho internacional humanitario, que contribuyen, junto con las disposiciones del artículo 4 y del párrafo 1 del artículo 5 del Pacto, a impedir el abuso de las facultades excepcionales del Estado. En virtud del Pacto, aun en un conflicto armado las disposiciones que suspendan la aplicación del Pacto se permitirán sólo en la medida en que la situación constituya un peligro para la vida de la nación. Cuando los Estados Partes consideren la posibilidad de invocar el artículo 4 en situaciones distintas de un conflicto armado, deberán ponderar cuidadosamente el motivo por el cual esa medida es necesaria y legítima en las circunstancias del caso. En varias ocasiones, el Comité ha expresado su preocupación en relación con algunos Estados Partes que parecen haber suspendido la vigencia de los derechos protegidos por el Pacto, o cuyo dere-

cho interno parece permitir esa suspensión en situaciones no contempladas en el artículo<sup>1</sup>.

4. Un requisito fundamental de cualesquiera disposiciones que suspendan la aplicación del Pacto, conforme a lo establecido en el párrafo 1 del artículo 4, es que esas disposiciones se adopten en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación. Este requisito guarda relación con la duración, el ámbito geográfico y el alcance material del estado de excepción y de cualesquiera disposiciones excepcionales aplicadas en razón de la emergencia. La suspensión de algunas de las obligaciones contraídas en virtud del Pacto en situaciones de excepción es claramente distinta de las restricciones o limitaciones permitidas aun en circunstancias normales conforme a diversas disposiciones del Pacto<sup>2</sup>. Sin embargo, la obligación de limitar cualesquiera suspensiones a las estrictamente necesarias según las exigencias de la situación refleja un principio de proporcionalidad común a las facultades de suspensión y de limitación. Es más, el solo hecho de que una suspensión permisible de la aplicación de una determinada disposición pueda de por sí justificarse por las exigencias de la situación no elimina el requisito de que deba mostrarse que las medidas concretas adoptadas como consecuencia de esa suspensión son necesarias en razón de las exigencias de la situación. En la práctica, esto asegurará que ningún artículo del Pacto, por válida que sea su suspensión, sea completamente inaplicable al comportamiento de un Estado Parte. Al examinar los informes

1 Véanse las siguientes observaciones finales: República Unida de Tanzania (1992), CCPR/C/79/Add.12, párr. 7; República Dominicana (1993), CCPR/C/79/Add.18, párr. 4; Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (1995), CCPR/C/79/Add.55, párr. 23; Perú (1996), CCPR/C/79/Add.67, párr. 11; Bolivia (1997), CCPR/C/79/Add.74, párr. 14; Colombia (1997), CCPR/C/79/Add.76, párr. 25; Líbano (1997), CCPR/C/79/Add.78, párr. 10; Uruguay (1998), CCPR/C/79/Add.90, párr. 8; Israel (1998), CCPR/C/79/Add.93, párr. 11.

2 Véanse, por ejemplo, los artículos 12 y 19 del Pacto.

de los Estados Partes, el Comité ha expresado su preocupación por el hecho de que no se presta suficiente atención al principio de proporcionalidad<sup>3</sup>.

5. La cuestión de cuándo pueden suspenderse los derechos, y en qué medida, no puede separarse del texto del párrafo 1 del artículo 4 del Pacto, según el cual las disposiciones que suspendan obligaciones contraídas por los Estados Partes en virtud del Pacto deben adoptarse únicamente “en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación”. Esta condición significa que los Estados Partes deben justificar escrupulosamente no sólo su decisión de proclamar el estado de excepción sino también las medidas concretas que adopten sobre la base de esa declaración. Si los Estados se proponen invocar el derecho a suspender obligaciones contraídas en virtud del Pacto durante, por ejemplo, una catástrofe natural, una manifestación en gran escala con incidentes de violencia, o un accidente industrial de grandes proporciones, deben poder justificar no solamente que la situación constituye un peligro para la vida de la nación, sino también que todas las disposiciones que suspenden la aplicación de disposiciones del Pacto son estrictamente necesarias según las exigencias de la situación. En opinión del Comité, la posibilidad de limitar algunos de los derechos enunciados en el Pacto, por ejemplo, en relación con la libertad de circulación (art. 12) o la libertad de reunión (art. 21) generalmente basta en esas situaciones, y las exigencias de la situación no justificarían ninguna suspensión de los artículos de que se trata.

6. El hecho de que algunas de las disposiciones del Pacto se hayan enumerado en el párrafo 2 del artículo 4 como disposiciones que no pueden ser objeto de suspensión no significa que otros artículos del Pacto puedan ser suspendidos discrecionalmente, aun cuando exista una amenaza a la vida de la

50 Véanse, por ejemplo, las observaciones finales sobre Israel (1998), CCPR/C/79/Add.93, parr. 11.

nación. La obligación en derecho de restringir todas las medidas de suspensión a las estrictamente limitadas a las exigencias de la situación impone tanto a los Estados Partes como al Comité el deber de proceder a un análisis minucioso en relación con cada artículo del Pacto, sobre la base de una evaluación objetiva de la situación de hecho.

7. El párrafo 2 del artículo 4 del Pacto establece expresamente que no pueden ser suspendidos en ningún caso los artículos siguientes: artículo 6 (derecho a la vida), artículo 7 (prohibición de las torturas y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, o de los experimentos médicos o científicos de no mediar libre consentimiento), párrafos 1 y 2 del artículo 8 (prohibición de la esclavitud, la trata de esclavos y la servidumbre), artículo 11 (prohibición de ser encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual), artículo 15 (principio de legalidad en materia penal, esto es, el requisito de que la responsabilidad penal y la pena vengan determinadas exclusivamente por disposiciones claras y concretas de la ley en vigor y aplicable en el momento de cometerse el acto o la omisión, salvo que por ley posterior se imponga una pena más leve), artículo 16 (reconocimiento de la personalidad jurídica de todo ser humano) y artículo 18 (libertad de pensamiento, de conciencia y de religión). Los derechos reconocidos en estos artículos no pueden ser suspendidos por el mero hecho de que están enumerados en el párrafo 2 del artículo 4. Lo mismo es aplicable, en relación con los Estados que son Partes en el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto, destinado a abolir la pena de muerte, según lo prescrito en el artículo 6 de ese Protocolo. Teóricamente, calificar cualquier disposición del Pacto de disposición que no puede ser suspendida no significa que en caso alguno se justifiquen limitaciones o restricciones. La referencia hecha en el párrafo 2 del artículo 4 al artículo 18, que contiene en su párrafo 3 una cláusula específica sobre limitaciones, demuestra que la permisibilidad de las restricciones es independiente de la cuestión de la suspensión. Aun en las situaciones excepcionales más graves, los

Estados que ponen trabas a la libertad de profesar la propia religión o expresar las propias creencias deben justificar sus medidas por remisión a los requisitos enumerados en el párrafo 3 del artículo 18. En varias ocasiones, el Comité ha expresado su preocupación porque algunos derechos que no pueden ser suspendidos conforme al párrafo 2 del artículo 4 están siendo suspendidos o están expuestos a suspensión en razón de una falta de adecuación del ordenamiento jurídico de un determinado Estado Parte <sup>4</sup>.

8. Según el párrafo 1 del artículo 4, una de las condiciones para la justificación de cualquier suspensión de las disposiciones del Pacto es la de que las medidas adoptadas no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. Aun cuando el artículo 26 y las demás disposiciones del Pacto relativas a la no discriminación (artículos 2 y 3, párrafo 1 del artículo 14, párrafo 4 del artículo 23, párrafo 1 del artículo 24 y artículo 25) no figuran entre las disposiciones que según el párrafo 2 del artículo 4 no pueden ser suspendidas, existen elementos o dimensiones del derecho a la no discriminación que no admiten excepción en circunstancia alguna. En particular, se debe dar cumplimiento a esta disposición del párrafo 1 del artículo 4 cuando se hagan cualesquiera distinciones entre las personas al recurrir a medidas que suspenden la aplicación de determinados artículos del Pacto.

4 Véanse las siguientes observaciones finales: República Dominicana (1993), CCPR/C/79/Add.18, párr. 4; Jordania (1994), CCPR/C/79/Add.35, párr. 6; Nepal (1994), CCPR/C/79/Add.42, párr. 9; Federación de Rusia (1995), CCPR/C/79/Add.54, párr. 27; Zambia (1996), CCPR/C/79/Add.62, párr. 11; Gabón (1996), CCPR/C/79/Add.71, párr. 10; Colombia (1997), CCPR/C/79/Add.76, párr. 25; Israel (1998), CPR/C/79/Add.93, párr. 11; Iraq (1997), CCPR/C/79/Add.84, párr. 9; Uruguay (1998), CPR/C/79/Add.90, párr. 8; Armenia (1998), CCPR/C/79/Add.100, párr. 7; Mongolia (2000), CCPR/C/79/Add.120, párr. 14; Kirguistán (2000), CCPR/CO/69/KGZ, párr. 12.

9. Por otra parte, el párrafo 1 del artículo 4 establece que ninguna disposición que suspenda obligaciones contraídas en virtud del Pacto puede ser incompatible con las demás obligaciones que impone a los Estados Partes el derecho internacional, especialmente las normas del derecho internacional humanitario. El artículo 4 del Pacto no puede interpretarse como justificación para suspender la aplicación de disposiciones del Pacto si tal suspensión entrañase la infracción de otras obligaciones internacionales del Estado, contraídas ya sea en virtud de un tratado o del derecho internacional general. Esto también se refleja en el párrafo 2 del artículo 5 del Pacto, con arreglo al cual no podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos en otros instrumentos so pretexto de que el Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

10. Si bien no es función del Comité de Derechos Humanos examinar el comportamiento de un Estado Parte en el marco de otros tratados, en el ejercicio de sus funciones en virtud del Pacto el Comité tiene competencia para tener en cuenta otras obligaciones internacionales de un Estado Parte al examinar si el Pacto autoriza a ese Estado para suspender la aplicación de determinados artículos del Pacto. Por consiguiente, al invocar el párrafo 1 del artículo 4, o al informar sobre el marco jurídico que rige las situaciones de excepción en los informes previstos en el artículo 40, los Estados Partes deben presentar información acerca de otras obligaciones internacionales que les incumban y que guarden relación con la protección de los derechos de que se trate, en particular las obligaciones vigentes en períodos de excepción<sup>5</sup>. A este respecto, los Estados Partes deben tener debidamente en cuenta la evolución del derecho

5 Se hace referencia a la Convención sobre los Derechos del Niño, que ha sido ratificada por casi todos los Estados Partes en el Pacto y no contiene ninguna cláusula de suspensión. Como lo señala claramente el artículo 38 de esa Convención, su texto es aplicable en situaciones de excepción.

internacional en cuanto a las normas de derechos humanos aplicables en situaciones de excepción<sup>6</sup>.

11. La enumeración contenida en el artículo 4 de las disposiciones cuya aplicación no puede suspenderse guarda relación, aunque no sea lo mismo, con la cuestión de si ciertas obligaciones en materia de derechos humanos tienen el carácter de normas imperativas de derecho internacional. El hecho de que en el párrafo 2 del artículo 4 se declare que la aplicación de ciertas disposiciones del Pacto no puede suspenderse debe considerarse en parte como el reconocimiento del carácter de norma imperativa de ciertos derechos fundamentales garantizados por el Pacto en la forma de un tratado (por ejemplo, los artículos 6 y 7). Sin embargo, es evidente que en la lista de disposiciones cuya aplicación no puede suspenderse se incluyeron algunas otras disposiciones del Pacto porque nunca será necesario suspender la vigencia de esos derechos durante un estado de excepción (por ejemplo, los artículos 11 y 18). Además, la ca-

6 Se hace referencia a los informes del Secretario General a la Comisión de Derechos Humanos presentados de conformidad con las resoluciones 1998/29, 1999/65 y 2000/69 de la Comisión sobre normas humanitarias mínimas (posteriormente: normas fundamentales de humanidad), E/CN.4/1999/92, E/CN.4/2000/94 y E/CN.4/2001/91, y a los esfuerzos hechos para determinar los derechos fundamentales vigentes en toda circunstancia, por ejemplo, los Principios mínimos de las normas relativas a los derechos humanos en los estados de excepción, aprobados en París (Asociación de Derecho Internacional, 1984); os Principios de Siracusa sobre la limitación o suspensión de disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el informe final del Sr. Leandro Despouy, Relator Especial de la Subcomisión sobre los derechos humanos y los estados de excepción (E/CN.4/Sub.2/1997/19 y Add.1); los Principios rectores de los desplazamientos internos (E/CN.4/1998/53/Add.2); y la Declaración de Normas Humanitarias Mínimas de Turku (Åbo), de 1990 (E/CN.4/1995/116). En lo que respecta a otros trabajos en curso sobre este tema, también se hace referencia a la decisión adoptada en la 26ª Conferencia Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja (1995) por la que se asigna al Comité Internacional de la Cruz Roja la tarea de preparar un informe sobre las normas consuetudinarias del derecho internacional humanitario aplicable en situaciones de conflicto armado internacional y no internacional.

tegoría de normas imperativas va más allá de la lista de disposiciones cuya aplicación no puede suspenderse, que figura en el párrafo 2 del artículo 4. Los Estados Partes no pueden en ningún caso invocar el artículo 4 del Pacto como justificación de actos que violan el derecho humanitario o normas imperativas de derecho internacional, por ejemplo, la toma de rehenes, la imposición de castigos colectivos, la privación arbitraria de la libertad o la inobservancia de los principios fundamentales de juicio imparcial, en particular la presunción de inocencia.

12. A fin de evaluar el alcance de una suspensión legítima de algunas disposiciones del Pacto, uno de los criterios puede ser el de definir ciertas violaciones de los derechos humanos como crímenes de lesa humanidad. Si un acto cometido dentro de la jurisdicción de un Estado es la base para establecer la responsabilidad penal individual por crimen de lesa humanidad de quienes hayan participado en él, el artículo 4 del Pacto no puede invocarse como justificación para alegar que el estado de excepción eximía al Estado de que se trate de su responsabilidad en relación con el mismo comportamiento. Por consiguiente, la reciente codificación de los crímenes de lesa humanidad a efectos jurisdiccionales en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional es pertinente para la interpretación del artículo 4 del Pacto<sup>7</sup>.

7 Véanse los artículos 6 (genocidio) y 7 (crímenes de lesa humanidad) del Estatuto de la Corte Penal Internacional que, al 1° de julio de 2001, había sido ratificado por 35 Estados. Si bien muchas de las formas específicas de comportamiento enunciadas en el artículo 7 del Estatuto se relacionan directamente con violaciones de los derechos humanos que figuran en el párrafo 2 del artículo 4 del Pacto entre las disposiciones cuya aplicación no puede suspenderse, la categoría de crímenes de lesa humanidad, tal como se define en el artículo 7 del Estatuto, abarca también las violaciones de ciertas disposiciones del Pacto que no se han mencionado en el artículo antes señalado del Pacto. Por ejemplo, ciertas violaciones graves del artículo 27 pueden al mismo tiempo constituir genocidio con arreglo al artículo 6 del Estatuto de Roma; a su vez, el artículo 7 abarca prácticas que están relacionadas con los artículos 9, 12, 26 y 27, además de los artículos 6 a 8 del Pacto.

13. En las disposiciones del Pacto que no figuran en el párrafo 2 del artículo 4, hay elementos que, a juicio del Comité, no pueden ser objeto de suspensión legítima con arreglo al artículo 4. A continuación figuran algunos casos ilustrativos.

- (a) Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. Aunque este derecho, reconocido en el artículo 10 del Pacto, no se mencione separadamente en la lista de derechos que no pueden ser suspendidos en virtud del párrafo 2 del artículo 4, el Comité estima que el Pacto expresa una norma de derecho internacional general cuya aplicación no puede ser objeto de suspensión. Esto se sustenta en la referencia que se hace en el preámbulo del Pacto a la dignidad inherente a los seres humanos y en la estrecha relación existente entre los artículos 7 y 10.
- (b) Las prohibiciones de la toma de rehenes, los secuestros o la detención no reconocida son disposiciones que no pueden ser objeto de suspensión. El carácter absoluto de estas prohibiciones, aun en situaciones excepcionales, se justifica por su condición de normas de derecho internacional general.
- (c) A juicio del Comité, la protección internacional de los derechos de las personas pertenecientes a minorías comprende elementos que deben respetarse en toda circunstancia. Esto se refleja en la prohibición del genocidio en el derecho internacional, en la inclusión de una cláusula de no discriminación en el propio artículo 4 (párr. 1) así como en el carácter de disposición cuya aplicación no puede suspenderse del artículo 18 .
- (d) Como confirma el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, la deportación o el traslado forzo-

so de población sin motivos autorizados por el derecho internacional, en forma de desplazamiento forzado de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, constituye un crimen de lesa humanidad<sup>8</sup>. El derecho legítimo a suspender la aplicación del artículo 12 del Pacto durante un estado de excepción no puede aceptarse jamás como justificación de esas medidas.

- (e) La proclamación de un estado de excepción de conformidad con el párrafo 1 del artículo 4 no podrá invocarse en caso alguno como justificación por un Estado Parte para incurrir, en violación del artículo 20, en propaganda en favor de la guerra o apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia.

14. El párrafo 3 del artículo 2 del Pacto exige a los Estados Partes en el Pacto que proporcionen recursos para cualquier violación de las disposiciones del Pacto. Aunque esta cláusula no se mencione entre las disposiciones que no pueden ser objeto de suspensión enumeradas en el párrafo 2 del artículo 4, constituye una obligación inherente del Pacto en su conjunto. Incluso si los Estados Partes pueden, durante un estado de excepción y en la estricta medida que la situación exige, introducir ajustes en el funcionamiento práctico de los procedimientos relativos a los recursos judiciales o de otra índole, deben conformarse a la obligación fundamental de garantizar un recurso efectivo, en virtud del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto.

<sup>8</sup> Véanse el apartado d) del párrafo 1 y el apartado d) del párrafo 2 del artículo 7 del Estatuto de Roma.

15. Es inherente a la protección de los derechos expresamente reconocidos como no susceptibles de suspensión en el párrafo 2 del artículo 4, que han de ser garantizados mediante garantías procesales, generalmente de carácter judicial. Las disposiciones del Pacto que se refieran a las garantías procesales nunca podrán ser el objeto de medidas que de alguna forma socaven la protección de los derechos que no son susceptibles de suspensión; la revocación o utilización del artículo 4 nunca podrá realizarse de forma que produzca la suspensión de alguno de los derechos cuya suspensión no esta autorizada. Más aún, al ser imposible la suspensión de la totalidad de las disposiciones del artículo 6 del Pacto, cualquier imposición de la pena de muerte durante un estado de emergencia no debe contradecir las disposiciones de Pacto y, consecuentemente, ha de cumplir *inter alia* con todos los requisitos de los artículos 14 y 15.

16. Las garantías relacionadas con la institución de la suspensión, según se definen en el artículo 4 del Pacto, se basan en los principios de legalidad y del Estado de derecho inherentes al Pacto en su conjunto. Como ciertos elementos del derecho a un juicio imparcial están explícitamente garantizados por el derecho humanitario internacional en tiempo de conflicto armado, el Comité no encuentra ninguna justificación para suspender dichas garantías durante cualquier otra situación de excepción. A juicio del Comité, dichos principios y la disposición sobre recursos efectivos exigen que los principios fundamentales del derecho a un juicio imparcial se respeten durante un estado de excepción. Sólo un tribunal de derecho puede enjuiciar y condenar a una persona por un delito, y se debe respetar la presunción de inocencia. Con el objeto de proteger los derechos que no pueden ser objeto de suspensión, se sigue de este mismo principio que el derecho de acceso a los tribunales, para que éstos decidan sin demora sobre la legalidad de cualquier clase de detención, no debe ser afectado por

la decisión del Estado Parte de suspender ciertas garantías del Pacto<sup>9</sup>.

17. En virtud del párrafo 3 del artículo 4, los Estados Partes se han comprometido a observar un régimen de notificación internacional cuando hagan uso de su derecho de suspensión con arreglo al artículo 4. Un Estado Parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Dicha notificación es esencial no solamente para que el Comité pueda desempeñar sus funciones, especialmente la de evaluar si las medidas tomadas por el Estado Parte eran las estrictamente requeridas por las exigencias de la situación, sino también para permitir que los Estados Partes cumplan con su obligación de velar por el cumplimiento de las disposiciones del Pacto. Habida cuenta del carácter sumario de muchas de las notificaciones recibidas hasta ahora, el Comité desea subrayar que la notificación de los Estados Partes deberá incluir información detallada sobre las medidas adoptadas, una clara

9 Véanse las observaciones finales del Comité sobre el informe de Israel (1998) (CCPR/C/79/Add.93, párr. 21): “El Comité considera que la aplicación actual de la detención administrativa es incompatible con los artículos 7 y 16 del Pacto, ninguno de los cuales se puede suspender en situaciones de emergencia pública [...]. Sin embargo, el Comité subraya que un Estado Parte no puede apartarse del requisito de una revisión judicial efectiva de la detención”. Véase también la recomendación que el Comité formula a la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías acerca de un proyecto de tercer protocolo facultativo del Pacto: “El Comité tiene el convencimiento de que los Estados Partes entienden, por lo general, que no se debe restringir en situaciones de excepción el derecho al hábeas corpus y al amparo. Además, el Comité opina que los recursos a que se refieren los párrafos 3 y 4 del artículo 9, interpretados junto con el artículo 2, son inherentes al Pacto considerado en conjunto”. Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento N° 40 (A/49/40), vol. I, anexo XI, párr. 2.

explicación de los motivos por los que se hayan adoptado, e ir acompañada de una documentación completa sobre las disposiciones jurídicas. Se necesitarán notificaciones adicionales si un Estado Parte posteriormente adopta medidas adicionales bajo el artículo 4, por ejemplo prolongando la duración de un estado de excepción. El requisito de la notificación inmediata también se aplica, en su caso, a la terminación de la suspensión. No siempre se han respetado estas obligaciones: algunos Estados Partes no han cumplido con informar inmediatamente a los otros Estados Partes, por intermedio del Secretario General, acerca de la proclamación de un estado de excepción y de las medidas de la suspensión de una o más de las disposiciones del Pacto, o no han cumplido con informar al Secretario General acerca de modificaciones territoriales o de otra índole en el ejercicio de sus facultades excepcionales<sup>10</sup>. En algunas ocasiones, la existencia de un estado de excepción y la cuestión de si un Estado Parte ha suspendido la aplicación de alguna de las disposiciones del Pacto, sólo ha llegado a conocimiento del Comité incidentalmente, durante el examen del informe de ese Estado Parte. El Comité hace hincapié en la obligación de la notificación internacional inmediata toda vez que un Estado haga uso del derecho de suspensión. Sin embargo, el deber del Comité de vigilar la legislación y la práctica de los Estados Partes en lo que respecta a su observancia del artículo 4 no depende de que el Estado Parte haya presentado la notificación.

10 Véanse las siguientes observaciones finales: Perú (1992), CCPR/C/79/Add.8, párr. 10; Irlanda (1993),

CCPR/C/79/Add.21, párr. 11; Egipto (1993), CCPR/C/79/Add.23, párr. 7; Camerún (1994), CPR/C/79/Add.33, párr. 7; Federación de Rusia (1995), CCPR/C/79/Add.54, párr. 27; Zambia (1996), CCPR/C/79/Add.62, párr. 11; Líbano (1997), CCPR/C/79/Add.78, párr. 10; India (1997), CCPR/C/79/Add.81, párr. 19; México (1999), CCPR/C/79/Add. 109, párr. 12.



### ANEXO III

SEMINARIO INTERNACIONAL DE EXPERTOS  
SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS  
HUMANOS BAJO LOS ESTADOS  
DE EXCEPCIÓN, ESPECIALMENTE,  
EL DERECHO A UN PROCESO JUSTO



## SEMINARIO INTERNACIONAL DE EXPERTOS SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS BAJO LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN, ESPECIALMENTE, EL DERECHO A UN PROCESO JUSTO

El seminario fue organizado por el Alto Comisionado de Naciones Unidas (ACNUDH), a iniciativa del Relator Especial sobre la independencia de jueces y abogados, doctor Leandro Despouy, que lo presidió, y en colaboración con la Comisión Internacional de Juristas (ICJ, por sus siglas en inglés). Reunió a juristas internacionales y regionales<sup>1</sup> en el Palacio de las Naciones en Ginebra el 3 y 4 de diciembre de 2007<sup>2</sup>.

1 Participaron, entre otros, Leandro Despouy, Relator Especial sobre la independencia de jueces y abogados, del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas; Janelle Diller, Jefe de Despacho del Asesor Legal, Organización Internacional del Trabajo; Michael O'Boyle, Secretario Administrativo, Corte Europea de Derechos Humanos, Strasbourg; Hichem Bastaouichi, Counselor, Vicepresidente de la Corte de Casación, Egipto; Ingeborg Schwartz, Secretaria del Comité de Derechos Humanos, Unión Interparlamentaria, Ginebra; Jelena Pejic, Asesora Legal del Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra; Cordula Droge Asesora legal, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra; Wilder Tayler, Vice Secretaria General, Comisión Internacional de Juristas, Ginebra; Federico Andreu, Asesor Legal, Comisión Internacional de Juristas, Ginebra; Ian Seiderman, Asesor Legal Senior, Amnistía Internacional, Londres; Gabor Rona, Director Jurídico, Human Rights First, Nueva York; Victor-Yves Ghebali, Profesor, Instituto de Graduados de Estudios Internacionales, Ginebra; Dan O'Donnell, Jurista, Relator de la Reunión de Expertos sobre Estados de Excepción de 1995, Divonne.

2 El informe refleja los puntos de vista de los participantes y no vincula a ninguna de las organizaciones a las que pertenecen los expertos.

### *Introducción*

La mayoría de los sistemas jurídicos prevén medidas excepcionales para actuar en situaciones de crisis. Sin embargo, la adopción de dichas medidas y su impacto en el goce de los derechos humanos deben ser, y son, regulados de forma estricta. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) proporciona equilibrios para proteger el disfrute de los derechos humanos; si bien permite que se deroguen algunos, establece una serie de salvaguardas: exigencias y condiciones específicas, en diversos instrumentos del Derecho Internacional: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEPDHLF), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y la Carta Árabe de Derechos Humanos<sup>3</sup>. Por otra parte, el Derecho Internacional Humanitario (DIH) también contiene normas para la protección de los derechos humanos durante las situaciones de conflicto. Sin embargo, a pesar de las garantías existentes, se puede observar que continúan teniendo lugar graves violaciones de derechos humanos durante los estados de excepción. Esto se debe, en particular, a la falta de cumplimiento de las disposiciones previstas para tutelar los derechos humanos y evitar interpretaciones incorrectas.

Con el objetivo de echar luz sobre el tema y recomendar nuevas y posibles estrategias para enfrentar este fenómeno, el seminario fue dividido en dos partes. Durante la primera, los participantes intercambiaron información sobre los recientes progresos en materia de normas y jurisprudencia relativas a la temática y adoptadas a nivel nacional, regional y universal,

3 La Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos no incluye ninguna disposición que permita derogaciones en estados de excepción.

y se exploraron los enfoques comunes. Durante la segunda parte, se debatieron posibles estrategias para garantizar la protección de los derechos humanos bajo los estados de excepción.

A continuación, se presenta una síntesis de las propuestas y conclusiones de los participantes.

### *Principales preocupaciones*

En el mundo entero siguen registrándose graves violaciones de derechos humanos bajo los estados de excepción, sean éstos formalmente declarados o no. Se discutieron algunas de las violaciones más frecuentes y preocupantes, particularmente las de los siguientes derechos: a no ser detenido arbitrariamente ni torturado, a no ser sometido a una desaparición forzada, a cuestionar la legalidad de la detención de una persona ante un tribunal, a ser juzgado por un tribunal independiente, a un justo proceso, a la libertad de expresión y asociación, y a no ser sometido a trabajos forzados.

En particular en los últimos años, se ha incrementado el número de Estados que declaran el estado de excepción invocando, muchos de ellos, razones de seguridad. Si bien este tipo de situaciones comenzó a implementarse en Latinoamérica en la década del 70, en los últimos años ha llegado a afectar todos los continentes. Tras los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001, el problema se ha extendido a países de Europa, América y Asia. Otros Estados, aun sin declarar el estado de excepción, han adoptado o reforzado medidas de seguridad nacional o leyes y regulaciones antiterroristas que permiten limitaciones a los derechos humanos comparables a –y a veces aun más drásticas que– las que podrían adoptarse en situaciones de excepción.

Más allá de esas medidas y disposiciones, se puede observar una erosión del respeto por los derechos y libertades fundamentales cada vez en más países. En algunos casos, se derogan derechos considerados de forma explícita por algunos tra-

tados como inderogables en todo momento y circunstancia, incluso en situaciones de excepción. En otras ocasiones, los Estados derogan derechos sin seguir las garantías de procedimiento establecidas por algunos tratados. Si se toma como ejemplo el artículo 4° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en muchos casos, los Estados no notifican al Secretario General la declaración de un estado de excepción que comporta derogaciones del Pacto o, cuando lo hacen, la notificación suele ser incompleta porque el Estado no especifica qué derechos está derogando, no proporciona razones contundentes y no indica la duración de las derogaciones. En otros países, el estado de excepción se convierte en permanente, lo que viola el principio de temporalidad.

Además, con demasiada frecuencia los estados de excepción afectan la independencia del Poder Judicial y confieren poderes excepcionales a tribunales militares o especiales, particularmente para enjuiciar a civiles, lo que viola las garantías del proceso justo. Ésta es una de las mayores amenazas al Estado de derecho, pues los estados de excepción están contemplados en la ley y deben por lo tanto cumplir los requisitos legales establecidos, especialmente permitiendo que el Poder Judicial revise la legalidad de la declaración de un estado de excepción y las medidas adoptadas.

El derecho a un proceso justo y el derecho a cuestionar la legalidad de la detención de una persona ante un tribunal (*habeas corpus*), sobre todo en relación con las disposiciones concurrentes del DIH y de los derechos humanos, no deberían ser derogables, en especial en situaciones complejas como las de las personas detenidas por fuerzas militares que operan en un tercer país.

A veces, el Poder Legislativo se ve afectado negativamente por un estado de excepción. Sin embargo, desempeña un importante rol en asegurar el respeto por los derechos humanos bajo los estados de excepción, particularmente cuando se respeta su participación en la proclamación, levantamiento y seguimiento durante el período en que está vigente.

Por último, se abordó la cuestión de cómo enfrentar aquellas situaciones en las no se declara un estado de emergencia, pero las medidas o leyes excepcionales que se adoptan equivalen a un estado de emergencia *de facto*.

*Las normas y la jurisprudencia en los niveles universal, regional y nacional*

Durante los últimos diez años se ha dado una importante evolución en el plano legislativo, a través de la adopción de diferentes instrumentos legales de alcance regional e internacional, y en el plano de la jurisprudencia nacional, regional y universal, relativa a la protección de los derechos humanos en estados de excepción. Una de las principales consecuencias es la ampliación de la lista de los derechos no derogables incluida en el PIDCP que se adoptó hace 31 años.

Por ejemplo, la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, adoptada por la Asamblea General el 20 de diciembre de 2006 (aún no ha entrado en vigor), no contiene ninguna disposición que autorice derogaciones bajo estados de excepción, pero sí enuncia una serie de derechos no derogables, a saber: a no ser forzosamente “desaparecido”; a conocer la verdad en lo que respecta a las circunstancias de una desaparición forzada; los derechos de la persona detenida a cuestionar la legalidad de su detención y a ser visitada por su familia y su abogado. Por otra parte, tres tratados sobre la lucha contra el terrorismo adoptados en la última década<sup>4</sup> explicitan la obligación de los Estados de respetar los derechos humanos en la lucha contra

4 Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, adoptada por la Asamblea General de las NU el 15 de diciembre 1997; Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, adoptada por la Asamblea General el 9 de Diciembre de 1999; Convención Internacional para la Supresión de Actos de Terrorismo Nuclear, adoptada por la Asamblea General de las UN el 13 de abril de 2005.

el terrorismo, que suele ser una de las razones invocadas por los Estados para declarar el estado de excepción.

*Los convenios de la OIT.* Protegen una serie de derechos, entre otros: a no ser sometido a trabajos forzados, a la libertad de asociación y a no ser discriminado laboralmente. El principio de que los Estados pueden adoptar derogaciones “siempre que dichas medidas no sean incompatibles con sus obligaciones derivadas del Derecho internacional” (*PIDCP, art. 4º, párrafo 1*) se aplica tanto a los convenios de la OIT como a muchos otros convenios en otras áreas. También se recordó que, conforme al DIH aplicable en situaciones de conflictos armados –específicamente, situaciones de crisis– no se permiten derogaciones en estados de excepción.

### *El derecho al debido proceso*

Según el **Comité de Derechos Humanos** (CDH) (*Observaciones Generales 29 y 32*), algunos aspectos del derecho a un proceso justo no son derogables; por ejemplo, el derecho a ser juzgado por un tribunal competente, independiente e imparcial, la presunción de inocencia, el derecho a no ser obligado a autoincriminarse. Y en los países donde rige la pena de muerte, las garantías de un proceso justo son imperativas en todo juicio donde podría imponerse esa pena.

En numerosas decisiones, en comentarios y en su Observación General 32, el CDH especifica que, aunque el artículo 14 del Pacto<sup>5</sup> no está incluido en la lista de derechos no deroga-

5 Artículo 14: 1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria

bles que cita el artículo 4°, se le aplican diversas garantías. Específicamente, que las derogaciones del artículo 14 no pueden exceder aquellas estrictamente requeridas por la situación concreta, y que “alejarse de los principios fundamentales de

en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores. 2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley. 3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella; b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas; d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo; e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo; f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal; g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable. 4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social. 5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. 6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido. 7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

un juicio justo, incluyendo la presunción de inocencia, está prohibido, en todo momento". Asimismo, no está permitida ninguna derogación del artículo 14 para procedimientos en los cuales está en juego la protección de los derechos no derogables.

Los juicios a civiles por tribunales militares o especiales, deberían ser excepcionales y estar estrictamente limitados a los casos en que el Estado pueda demostrar que:

- Los procesos son necesarios y están justificados por razones serias y objetivas. Además, el Estado deberá demostrar que en esos casos concretos los tribunales civiles regulares no pueden llevarlos adelante. El Comité insiste en que las garantías del artículo 14 no pueden ser limitadas ni modificadas aunque el tribunal de que se trate sea de carácter militar o especial<sup>6</sup>.

Los elementos que integran el derecho a un proceso justo, garantizados de forma explícita por el DIH, no pueden derogarse en situaciones de emergencia puesto que constituyen las garantías mínimas que deben protegerse, incluso en situaciones de guerra. En este sentido, sólo un tribunal creado conforme a derecho puede procesar y condenar a una persona por un crimen, y la presunción de inocencia ha de respetarse. A fin de proteger los derechos inderogables, el derecho a recurrir ante un tribunal para que decida sin mora respecto de la legalidad de la detención no debe ser debilitado por la decisión de un Estado parte de denunciar el PIDCP.

En el **Pacto de Derechos Civiles y Políticos**, los artículos 9° y 14 complementan el DIH en situaciones de conflicto armado no internacional, en la medida en que refuerzan el contenido

6 Ver Informe sobre Justicia Militar del Relator Especial sobre Independencia de jueces y abogados, A/61/384, Cap. IV.

del derecho a cuestionar la detención y del derecho a un proceso justo, descritos en el DIH aplicable. En ese sentido, se examinaron situaciones complejas como las de personas que son apartadas del procedimiento penal y mantenidas en detención administrativa sin imputación de cargos, o personas detenidas por fuerzas extranjeras en el Estado anfitrión.

Todos los participantes coincidieron en que los derechos humanos también se aplican durante conflictos armados. En este sentido, se discutieron las circunstancias por las que el DIH puede considerarse como *lex specialis, vis-à-vis* el derecho de los derechos humanos; concretamente, con relación al derecho de *habeas corpus* para los prisioneros de guerra o los civiles detenidos durante un conflicto armado internacional.

Se destacó la importancia de las conclusiones a las que arribó la **Comisión de Investigación** creada en el seno de la OIT con respecto a la suspensión de los Convenios N° 87 y 88 de la OIT por el gobierno de los coroneles de 1967, donde se estableció que la no aplicación de dichas convenciones sólo era aceptable en circunstancias excepcionales y siempre y cuando se garantizara que un órgano judicial revisara de manera independiente los derechos afectados.

En el nivel regional, la jurisprudencia del Tribunal Europeo especifica el alcance de aplicación del artículo 15 de la **Convención Europea de Derechos Humanos**. Con relación al derecho a un justo proceso, el Tribunal estableció en diversos fallos que el derecho a un remedio judicial para proteger un derecho no derogable era, en sí mismo, no derogable.

En el Sistema Interamericano, el artículo 27 de la **Convención Americana** contiene una previsión similar al artículo 4° del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y al artículo 15 de la Convención Europea de Derechos Humanos, aunque incluye una lista más amplia de derechos no derogables, que también abarca las garantías judiciales esenciales para la protección de los derechos no derogables. En ese contexto, la Comisión Interamericana de derechos humanos considera que en un estado de excepción los componentes fundamentales del derecho

a un proceso justo deben respetarse, y los describe de manera muy detallada en un informe reciente sobre terrorismo y derechos humanos

Por su parte, la **Carta Africana de Derechos Humanos** no incluye ninguna provisión que permita derogaciones durante los estados de excepción. Además, en 2003, la Comisión Africana de Derechos Humanos adoptó los “Principios y directrices sobre el derecho a un proceso justo y asistencia legal en África”, que específicamente establecen que no podrá invocarse ninguna circunstancia, incluidas guerra y emergencia pública, para justificar derogaciones al derecho a un proceso justo.

La **Carta Árabe de Derechos Humanos**, revisada en 2004, contiene en su artículo 4° una disposición casi idéntica a la del artículo 4° del Pacto, pero que ofrece más garantías: contiene una lista más extensa de los derechos no derogables, entre los que incluye “el derecho a un proceso justo que otorgue garantías adecuadas ante un tribunal competente, independiente e imparcial que haya sido creado por ley”. Y añade explícitamente que no deben suspenderse las garantías judiciales requeridas para la protección de los derechos no derogables. La **Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa** (OSCE) estableció a principios de la década del 90 un régimen específico sobre estados de excepción y las derogaciones admisibles. En línea con los establecidos por otros sistemas regionales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, requiere el respeto de los principios de notificación, legalidad, proporcionalidad y no discriminación, y reconoce la obligación de los Estados de proteger los derechos no derogables y respetar en forma estricta los límites previstos por el derecho internacional.

A nivel nacional, si bien durante los últimos 20 años ha surgido una tendencia positiva en relación con la jurisprudencia de los máximos órganos jurisdiccionales, también se percibe una tendencia negativa: la adopción de leyes de seguridad nacional que limitan seriamente el disfrute de los derechos humanos, incluso en situaciones de normalidad.

### *Conclusiones*

Durante situaciones de emergencia, los Estados tienen la potestad de aplicar medidas excepcionales a fin de proteger los derechos fundamentales, pero aquellas deben cumplir estrictamente con lo dispuesto por el derecho nacional e internacional. Hay principios fundamentales del estado de derecho que se aplican en los estados de excepción, declarados o no declarados, a saber:

- Las normas de derechos humanos se aplican en caso de conflicto armado y permanecen vigentes, junto con otras ramas del derecho internacional, tales como el derecho internacional del trabajo, el de los derechos del niño, y el derecho internacional humanitario.
- El estado de excepción es una institución regulada por ordinaria bajo el estado de derecho y debe mantenerse dentro del marco de las normas y los principios que lo rigen. Su finalidad debe ser democrática; su adopción, modalidades de aplicación y mantenimiento deben estar sujetos a controles.
- Los estados de excepción nunca podrán infringir la integridad y la independencia de los poderes Judicial y Legislativo. En ese caso, el estado de derecho se vería alterado.
- Las personas siempre deben ser tratadas dentro del marco de la ley, como sujetos de derecho.

Es fundamental que el Poder Judicial pueda revisar y evaluar constantemente la legalidad de las derogaciones y restricciones impuestas durante un estado de excepción, así como el respeto de todas las obligaciones legales del Estado durante la situación de excepción. Las facultades del Poder Judicial, como guardián de los derechos humanos, no pueden ser restringidas durante situaciones de excepción. En situaciones de crisis se verifica la condenable tendencia a destituir a los jueces y

otorgar extensos poderes judiciales a los tribunales militares, incluida la facultad de enjuiciar a civiles.

Los poderes del Parlamento tampoco deben reducirse bajo los estados de excepción. Es necesario que el Poder Legislativo se involucre en la proclamación, seguimiento y levantamiento del estado de excepción. Por lo tanto, las legislaturas deberían tener injerencia en la determinación de los derechos que podrían derogarse y de las garantías que deberían acompañar tales derogaciones.

La suspensión o derogación de un derecho no implica su supresión: simplemente se restringe el alcance de su aplicación. Los derechos son inherentes al ser humano, no se suprimen, y por lo tanto deben ser respetados y preservados. De modo tal que las limitaciones que se impongan y las justificaciones que se invoquen deben controlarse constantemente y de forma estricta. Asimismo, la circunstancia de que un derecho pueda ser derogado no significa que toda derogación esté justificada o autorizada. Como regla general, los Estados deben garantizar todos los derechos, y cada derogación debe establecerse por ley y para un caso concreto y debe ser evaluada sobre la base de cada caso, para ver si cumple con todos los requisitos exigidos. Es importante identificar los principios que regulan el alcance de las derogaciones permitidas.

La rica legislación y jurisprudencia universales, regionales y nacionales desarrolladas durante la última década han extendido los derechos no derogables. El derecho a un remedio legal efectivo debe respetarse –aun en situaciones de excepción– cuando se trata de la protección de derechos no derogables. También hay una tendencia a considerar que las garantías del debido proceso son inderogables. Por otra parte, y sin perjuicio de lo dispuesto en las Convenciones de Ginebra, el derecho a petionar ante un tribunal para que éste se pronuncie sin demoras sobre la legalidad de una detención y a que el tribunal conceda la orden de libertad si la detención no es conforme a la ley, no es derogable bajo ninguna circunstancia.

Sin embargo, a pesar de la positiva evolución operada en dichas regulaciones, hay una falta de cumplimiento de estas normas, y las violaciones a los derechos humanos siguen produciéndose durante los estados de excepción. Por lo tanto, es necesario prestar particular atención a este tema, y redoblar los esfuerzos para brindar claridad a los Estados sobre las normas y principios que regulan los estados de excepción. Los recientes desarrollos normativos no son fácilmente accesibles para los Estados, como tampoco lo son para los defensores de derechos humanos, los jueces, abogados y víctimas, puesto que están dispersos en distintos tratados y en una voluminosa jurisprudencia. El desconocimiento y la dispersión de estas normas y principios y la ausencia de un *corpus iuris* que los unifique es uno de los principales obstáculos para la protección de los derechos humanos bajo los estados de excepción.

Además, como el PIDCP y otros tratados internacionales y regionales relevantes sólo se aplican a los Estados que los hayan ratificado, el seminario concentró su atención en identificar las normas y principios vinculantes para *todos* los Estados de tal forma que puedan ser considerados como parte del derecho internacional consuetudinario.

### *Recomendaciones generales para futuras estrategias*

-Realizar un estudio que permita sistematizar, en un corpus normativo, los progresos registrados en la práctica y la jurisprudencia universal, regional y nacional, con respecto a la protección de los derechos humanos en los estados de excepción. La finalidad de esta investigación tiene un doble objetivo:

- 1) Sistematizar el voluminoso *corpus iuris* de normas y principios, que actualmente se encuentra disperso y es de muy difícil acceso, y ponerlo a disposición de los Estados, los defensores de derechos humanos, jueces y abogados.

- 2) Identificar las normas y principios comunes que surgen de las recientes tendencias normativas, y aquellos que deberían considerarse como principios generales del derecho o se han transformado en derecho consuetudinario y que, por lo tanto, son aplicables por todos los Estados.

-Proyectar sobre la base de las conclusiones del estudio sugerido, y bajo la forma de un instrumento internacional, un corpus de principios sobre la protección de los derechos humanos bajo los estados de excepción, con el fin de ser sometido a consideración de los Estados para su aprobación. La adopción de tal instrumento, conteniendo el corpus de principios ayudaría a los Estados a cumplir con sus obligaciones y permitiría a víctimas, defensores de derechos humanos, jueces y abogados bregar mejor por la protección de los derechos humanos en las situaciones de emergencia<sup>7</sup>.

### *Recomendaciones específicas*

#### *Al Consejo de Derechos Humanos*

-Prestar particular atención a la situación de los derechos humanos bajo los estados de excepción, incluso en el marco del Examen Periódico Universal, donde este tópico debería observarse de forma sistemática como un asunto de preocupación.

-Establecer un procedimiento ágil que permita verificar si los Estados respetan debidamente las normas y principios de derechos humanos, tanto al declarar el estado de excepción

7 Durante la presentación del Relator Especial ante el Consejo de Derechos Humanos (4ª sesión) y ante la Asamblea General (62 período de sesiones), muchas delegaciones apoyaron la iniciativa y animaron a que se realizara un estudio.

como durante su aplicación; o bien cuando la legislación interna de los países introduce restricciones, ya que pueden derivar en estado de emergencia de facto.

-Invitar a todos los Procedimientos Especiales del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas a tomar en cuenta el impacto de los estados de excepción en los derechos que abarcan sus respectivos mandatos.

-Nombrar un Experto independiente para realizar –con la asistencia del ACNUDH- el estudio recomendado y redactar las bases del proyecto de declaración internacional que compile las normas, principios y criterios que habrán de conformar un *corpus iuris* de alcance universal.

La adopción de ese texto facilitaría su implementación por los Estados, al igual que la supervisión internacional de su cumplimiento. Mejoraría la protección de los derechos humanos y contribuirían a crear conciencia sobre la gravedad e importancia de este tema, colocándolo en un lugar prioritario en la agenda del Consejo y dando lugar a que más países se interesen por la propuesta de elaborar un instrumento internacional.

### *Al ACNUDH*

-Colaborar debidamente con la realización del estudio recomendado y tomar todas las medidas apropiadas para que se concrete lo antes posible.

-Crear dentro del sitio Web de la Oficina del Alto Comisionado un espacio específico sobre los estados de excepción (Naciones Unidas no dispone actualmente de una clara compilación de información sobre este tema). Esta página debe incluir: jurisprudencia, conclusiones y comentarios generales de los órganos de tratados, extractos relevantes de los informes de los Relatores Especiales, antecedentes y demás materiales sobre los mecanismos regionales de derechos humanos, y las notificaciones enviadas por los Estados parte al Secretario Ge-

neral conforme al artículo 4° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

-Incluir esta temática en su agenda de reuniones con organizaciones regionales, en el marco del fortalecimiento de la cooperación con el Consejo de Europa, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y otras organizaciones regionales.

-Incorporar esta temática en la agenda de reuniones anuales de los procedimientos especiales y de los órganos de tratados, en la reunión conjunta entre los dos y en la agenda de reuniones de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos que se celebren en el marco de las Naciones Unidas.

-Redactar directrices para el personal de la ONU sobre las normas que deben aplicarse para proteger los derechos humanos durante los estados de excepción.

*Al ACNUDH, la OIT y la IPU*

-Incrementar la cooperación mutua e intercambiar información sobre el tema, para asegurar un enfoque integral.

-Incluir en el análisis el impacto de los estados de excepción sobre el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales.

**Colección**  
**"INDEPENDENCIA Y ACCESO A LA JUSTICIA**  
**EN AMÉRICA LATINA"**



- *Hacia una Justicia Independiente y eficaz. Informes 2006-2007 al Consejo de Derechos Humanos y a la Asamblea General de las Naciones Unidas del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados*  
**Leandro Despouy**
- *Mujer y acceso a la Justicia. Conferencia 2008*  
**Autores varios**
- *Niñez y acceso a la Justicia. Conferencia 2008*  
**Aldo Etchegoyen (compilador)**
- *Principios y normas sobre la independencia de jueces y abogados. Marco Jurídico del Relator Especial de la ONU*  
**Leandro Despouy**
- *En defensa de jueces y abogados. Informes 2008-2009 al Consejo de Derechos Humanos y a la Asamblea General de las Naciones Unidas del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados*  
**Leandro Despouy**
- *Pueblos Originarios y acceso a la justicia. Jornada sobre la Región del Gran Chaco. Textos de Augusto Roa Bastos*  
**Aldo Etchegoyen (compilador)**
- *Voces y silencios de la discriminación. Acceso a la Justicia. Conferencia 2009*  
**Aldo Etchegoyen (compilador)**





Este libro se terminó de imprimir  
en Buenos Aires - Argentina  
en el mes de marzo de 2010