

OPINIÓN CONSULTIVA DICTADA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, EN EL CASO RELATIVO AL “HÁBEAS CORPUS BAJO SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS”

Alonso GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO*

SUMARIO: I. *Problema planteado*. II. *Antecedentes*. III. *Binomio: derechos-garantías*. IV. *Prohibición de la suspensión del hábeas corpus*. V. *Garantías judiciales en estados de emergencia*. VI. *Naturaleza de la situación de excepción o estados de emergencia*. VII. *Principio de “no derogabilidad”: su alcance jurídico*. VIII. *Principio de “proporcionalidad”: su alcance jurídico*. IX. *Principio de “no discriminación”: su alcance jurídico*. X. *Principio de “compatibilidad”: su alcance jurídico*. XI. *Derecho consuetudinario y situaciones de excepción*.

I. PROBLEMA PLANTEADO

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a la Corte (10 de octubre de 1986) una solicitud de opinión consultiva sobre la interpretación de los artículos 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH) en relación con la última frase del artículo 27.2 de la misma:

¿El recurso de hábeas corpus, cuyo fundamento jurídico se encuentra en los artículos 7.6 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es una de las garantías judiciales que, de acuerdo a la parte final del párrafo 2º del artículo 27 de la Convención, no puede suspenderse por un Estado parte de la citada Convención Americana?¹

* Investigador C de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. La Autónoma de México le reconoce con el PRIDE nivel C. El de Investigadores le reconoce como investigador nacional nivel 1.

¹ Véase CIDH, “El hábeas corpus bajo suspensión de garantías” (artículos 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), *Opinión Consultiva OC-8/87*, del 30 de

II. ANTECEDENTES

Esta opinión surge en virtud de que algunos Estados parte en la Convención de San José de 1969 han sostenido (e incluso algunos han legislado) que cuando existen situaciones de emergencia uno de los derechos que pueden ser suspendidos es el de la protección judicial a través del hábeas corpus.

Esta interpretación es negada absolutamente por la Comisión en sus consideraciones desarrolladas al solicitar la opinión, ya que si bien admite que conforme al artículo 27 de la CADH, un Estado puede, en caso de guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, adoptar disposiciones — estrictamente limitadas en tiempo y espacio — que suspendan las obligaciones contraídas en virtud de la Convención, la Comisión no tiene duda en asegurar que ni aún bajo una situación de emergencia (*emergency situations*) el hábeas corpus pueda suspenderse, ya que su “finalidad inmediata” es poner a disposición del juez a la persona detenida.

Aun respecto de la libertad personal, cuya suspensión temporal es posible en circunstancias excepcionales, el hábeas corpus permitirá al juez comprobar si la orden de arresto se apoya en un criterio de razonabilidad. Sostener lo contrario, esto es, que el Poder Ejecutivo no se encontraría obligado a fundamentar una detención o a prolongar ésta indefinidamente durante situaciones de emergencia... implicaría, en concepto de la Comisión, atribuirle al Poder Ejecutivo las funciones específicas del Poder Judicial...²

III. BINOMIO: DERECHOS-GARANTÍAS

El artículo 25.1 de la Convención, que dispone que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo y expedito ante un juez competente que

enero de 1987, serie A, núm. 8, p. 25. El profesor Héctor Fix-Zamudio, al hacer un espléndido comentario del artículo 14 de nuestra Constitución Política, ha escrito lo siguiente: “Actualmente se impugnan todas las resoluciones judiciales de todos los jueces y tribunales del país ante los tribunales federales por conducto del juicio de amparo, que de esta manera, no sólo procede por violaciones directas a los derechos fundamentales realizados por cualquier autoridad, sino también cuando se infringen disposiciones legales secundarias y aun reglamentarias, con lo cual se ha establecido un recurso de casación federal, que por ello recibe el nombre del amparo judicial o amparo casación”. Véase Fix-Zamudio, Héctor, “Comentario al artículo 14”, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, 7a. ed., México, Porrúa, 1995, p. 137.

² CIDH, *Opinión Consultiva OC-8/87, cit.*, pp. 7-9, párrafo 12.

lo “ampare” contra actos violatorios de sus derechos fundamentales, debe ser leído en conjunción con el artículo 7.6, que establece que toda persona privada de la libertad posee el derecho a recurrir ante un juez competente, a fin de decidir en forma inmediata sobre la legalidad o no de su arresto.

Así, la Corte, al referirse a ambos textos precitados (artículos 25.1 y 7.6), dirá lo siguiente:

El texto citado (25.1) es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, entendido como el procedimiento judicial sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por las Constituciones y leyes de los Estados partes y por la Convención... El hábeas corpus... tutela de manera directa la libertad personal o física contra detenciones arbitrarias... a fin de que se lleve al detenido a la presencia del juez, para que éste pueda examinar la legalidad de la privación y, en su caso, decretar su libertad.³

IV. PROHIBICIÓN DE LA SUSPENSIÓN DEL HÁBEAS CORPUS

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, antes de rendir su fallo, dejará muy en claro que cualquier Estado parte que en sus ordenamientos jurídicos internos autorice, en cualquier forma que sea, una “suspensión” del procedimiento del hábeas corpus o del amparo, en “situaciones de emergencia” (*emergency situations*), estará infringiendo el derecho internacional, pues debe considerarse que serían incompatibles con las obligaciones internacionales que les han sido impuestas por la Convención Americana.

De esta suerte, la Corte, el 30 de enero de 1987, dictará por unanimidad su opinión consultiva en los siguientes términos:

Que los procedimientos jurídicos consagrados en los artículos 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no pueden ser suspendidos conforme al artículo 27.2 de la misma, porque constituyen garantías judiciales indispensables para proteger derechos y libertades que tampoco pueden suspenderse según la misma disposición.⁴

³ Véase CIDH, *Opinión Consultiva OC-8/87, cit.*, pp. 18 y 19. Es en este sentido que la Corte entiende al hábeas corpus como uno de los aspectos específicos de la institución del “amparo”. Anteriormente la Corte puntualizó lo siguiente: “En una sociedad democrática los derechos y las libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de derecho, constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros”. *Ibidem*, p. 17, párrafo 26.

⁴ *Ibidem*, p. 24. Los jueces para conocer de este caso fueron Buergenthal; R. Nieto; R. E. Piza; P. Nikken; H. Fix-Zamudio; H. Gros-Espiell, y J. H. Alcerro.

V. GARANTÍAS JUDICIALES EN ESTADOS DE EMERGENCIA

Poco tiempo después, el 17 de septiembre de 1986, el gobierno de la República Oriental de Uruguay, mediante comunicación sometida a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, solicitaría una opinión consultiva sobre el alcance de la prohibición contenida en el artículo 27, ordinal 2, de suspender las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos mencionados en la Convención.

Aquí la Corte IDH hará amplia y extensiva referencia a su anterior opinión consultiva del 30 de enero de 1987, pero hará además una serie de precisiones de gran interés jurídico.

Uno de los puntos más interesantes fue el de puntualizar que el artículo 25, ordinal 1, de la Convención incorpora el principio de la efectividad de los recursos o medios procesales destinados a garantizar los derechos en cuestión, obligando a los Estados parte a suministrar recursos judiciales “efectivos”, los que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8o., ordinal 1).

Luego entonces, si existe un recurso, pero éste no es “efectivo”, se estará incumpliendo la obligación impuesta al Estado parte. De esta suerte, por ejemplo, no habrá “recursos efectivos” si, por ejemplo, el Poder Judicial de un país determinado carece de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad.

El hecho de que un recurso cualquiera esté formalmente previsto en la legislación interna, e incluso sea admisible, no prueba nada acerca de la idoneidad o efectividad del mismo.

Sólo si el recurso es idóneo, esto es, solamente si el recurso en cuestión es susceptible de establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos, y puede proveer lo necesario para su restablecimiento, sólo entonces podrá el Estado parte argumentar que está cumpliendo con la obligación legal mencionada.⁵

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, después de recordar que el hábeas corpus, el amparo u otro recurso cualquiera destinado a garantizar el respeto de los derechos, deben considerarse como garantías ju-

⁵ CIDH, “Garantías judiciales en estados de emergencia” (artículos 27.2; 25 y 8o., Convención Americana sobre Derechos Humanos), *Opinión Consultiva OC-9/87*, del 6 de octubre de 1987, serie A, núm. 9, pp. 10-15. El artículo 8o. (“debido proceso legal”) denominado por la CADH como “garantías judiciales” puede inducir a confusión, dice la Corte, porque “...no contiene un recurso judicial propiamente dicho, sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales según la Convención”. *Ibidem*, p. 15, numeral 27, párrafo 2.

diciales indispensables no susceptibles de suspenderse, acordó por unanimidad lo siguiente:

También deben considerarse como garantías judiciales indispensables que no pueden suspenderse, aquellos procedimientos judiciales, inherentes a la forma democrática representativa de gobierno (artículo 29. c), previstos en el derecho interno de los Estados partes como idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos a que se refiere el artículo 27.2 de la Convención y cuya supresión o limitación comporte la indefensión de tales derechos (punto 2).⁶

VI. NATURALEZA DE LA SITUACIÓN DE EXCEPCIÓN O ESTADOS DE EMERGENCIA

Sin duda, uno de los más importantes problemas en el campo de la protección internacional de los derechos humanos es el de identificar los parámetros que deben gobernar a esa serie precisa de derechos, en situaciones de emergencia.

De entrada, al Estado se le presentan dos graves problemas, a saber: por un lado, hacer frente al estado de emergencia y restaurar el orden público en el país, pero, por otro lado, no dejar de respetar los derechos humanos fundamentales de los individuos.

Además es un hecho que en los últimos tiempos, las más graves violaciones a los derechos humanos han ocurrido en el contexto de “estados de emergencia”, también llamados *situations of exception; emergency powers; état d’urgence*; suspensión de garantías, etcétera.

En estas situaciones parece muy tentador que el Estado utilice la pretendida situación de emergencia como una excusa para negar la aplicación de los estándares básicos, y adoptar medidas derogativas que llegan a ser excesivas y en franca violación de los tratados y convenciones sobre derechos humanos.⁷

⁶ *Ibidem*, p. 21, numeral 41, párrafo 2. En este caso, como es común, varias organizaciones no gubernamentales ofrecieron sus puntos de vista como *amici curiae*: The International Human Rights Law Group; The International Commission of Jurists; Lawyers Committee for Human Rights, y Amnesty International. *Ibidem*, p. 6, numeral 8.

⁷ Véase Despouy, L., *Etat d’exception en Europe Continentale et en Amérique Latine*, International Institute of Human Rights Strasbourg, 14a. sesión, 1983, pp. 1-15. Si además tomamos en cuenta que un gran número de Estados no son parte de convenciones de derechos humanos que consagran un régimen legal para las “emergencias”, y por lo tanto los parámetros de los tratados no les son aplicables, en cuanto tales, a dichos Estados, se comprenderá mejor la

De la jurisprudencia analizada por Jaime Oraá, tomando como base la Convención Europea sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (1959), la Convención Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (1966), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), este autor desprende las principales características que parece deben tomarse en cuenta en las situaciones de emergencia que “amenacen la vida de la nación” (CEDH), o “amenacen la independencia o seguridad del Estado parte” (CADH):

- 1) La emergencia debe ser actual o al menos inminente; por lo tanto, una emergencia de “naturaleza preventiva” no podrá ser legal.
- 2) La emergencia debe ser de tal magnitud como para verse afectada la totalidad de la nación, y no únicamente una parte de ésta.
- 3) La amenaza en cuestión debe ir en contra de la existencia misma de la nación, entendiéndose por esto, la amenaza a la integridad física de la población, de la integridad territorial, o del funcionamiento de los órganos del Estado.
- 4) La declaración de emergencia debe ser utilizada como un último recurso, es decir, únicamente después de haber agotado las medidas que normalmente son utilizadas cuando ocurren disturbios al orden público.
- 5) La declaración de emergencia es una medida temporal que no puede durar más allá de la emergencia misma; luego entonces, los mal llamados “estados de emergencia permanentes” son jurídicamente ilícitos.⁸

VII. PRINCIPIO DE “NO DEROGABILIDAD”: SU ALCANCE JURÍDICO

Uno de los más importantes principios en la reglamentación de los derechos humanos en situaciones de emergencia es el principio de “no derogabilidad” de ciertos derechos fundamentales, incluso en situaciones de *public emergency* que sean susceptibles de amenazar la independencia o seguridad del Estado parte.

importancia de saber cuál es la situación de esta materia en el marco del derecho internacional consuetudinario.

⁸ Véase Oraá, Jaime, *Human Rights in States of Emergency in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1992, pp. 11-33. Las declaraciones de emergencia pueden surgir por crisis políticas, como amenazas graves al orden público y situaciones graves de inestabilidad interna, o por crisis surgidas de desastres naturales o, en fin, por crisis de orden económico. *Idem*.

El problema de cuáles son los derechos humanos que en ninguna circunstancia son susceptibles de derogación es un problema serio que permanece así hasta el día de hoy; baste mencionar que en tanto que para la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos son siete los derechos inderogables, para la Convención de San José de Costa Rica de 1969, ésta acepta que en caso de guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá llevar a cabo una “suspensión de garantías” por tiempo limitado, pero en ningún momento (artículo 27.2) podrán suspenderse los siguientes derechos:

- 1) El derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica (artículo 3o.).
- 2) El derecho a la vida, a partir del momento de su concepción (artículo 4o.).
- 3) El derecho al respeto a su integridad física, psíquica y moral (artículo 5o.).
- 4) El derecho a no ser sometido a esclavitud o servidumbre (artículo 6o.).
- 5) El derecho a no ser condenado por hechos que en el momento de su comisión no fueren ilícitos, ni la imposición de penas más graves que las aplicables (artículo 9o.).
- 6) El derecho de toda persona a la libertad de conciencia y de religión, implicando su divulgación tanto en público como en privado (artículo 12).
- 7) El derecho de la familia a ser protegida por la sociedad y el Estado (artículo 17).
- 8) El derecho de toda persona a poseer un nombre propio y al apellido de sus padres (artículo 18).
- 9) El derecho de todo niño a las medidas de protección por parte de su familia, la sociedad y el Estado (artículo 19).
- 10) El derecho de toda persona a poseer una nacionalidad (artículo 20).
- 11) El derecho de todo ciudadano al goce de sus derechos políticos (artículo 23).⁹

Por su parte, la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades de 1950 establece (artículo 15) que en tiempos de guerra o de cualquier otra emergencia de orden público que amenace “la vida de la nación”, cualquiera de las altas partes contratantes puede tomar

⁹ Véase *Documentos básicos, OEA/UE, cit.*, pp. 25-48.

medidas que deroguen sus obligaciones a las que están sujetos por la Convención hasta donde sea estrictamente requerido por las exigencias de la situación, con tal y que dichas medidas no sean inconsistentes con sus otras obligaciones impuestas por el derecho internacional.

Sin embargo, de acuerdo con la misma Convención Europea, ninguna de las altas partes contratantes bajo ninguna circunstancia, incluyendo las situaciones de emergencia, pueden derogar o suspender el ejercicio de los siguientes derechos:

- 1) El derecho a la vida protegida por el orden jurídico, a favor de todo individuo (artículo 2.1).
- 2) El derecho de todo individuo a no ser objeto de tortura, tratos o castigos inhumanos y degradantes (artículo 3o.).
- 3) El derecho de toda persona a no ser sometida a esclavitud o servidumbre alguna (artículo 4.1).
- 4) El derecho a no ser declarado culpable de ningún delito (*criminal offense*) que no fuese considerado como tal en el momento en que se cometió, ya sea bajo el ordenamiento jurídico nacional, o el ordenamiento jurídico internacional (artículo 7o.).¹⁰

Por último, por lo que se refiere al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, éste dispone (artículo 40) que en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación (y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente), los Estados parte podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan sus obligaciones, siempre y cuando las disposiciones no sean incompatibles con el resto de las obligaciones a que están sometidos por el derecho internacional.

Sin embargo, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no autoriza a los Estados partes, bajo ninguna circunstancia, incluso las situaciones excepcionales que pongan en peligro a la nación, a la suspensión de ninguno de los siguientes derechos:

¹⁰ Véase Mark Janis *et al.*, “Texto de la Convención Europea de 1950”, *European Human Rights Law, Text and Materials*, Oxford, Clarendon Press, 1995, pp. 468 y ss.

Al igual que la Convención de San José, la Convención Europea contempla en el artículo 7o. el principio de legalidad y retroactividad. Sin embargo, nos parece más correcta la redacción de esta última al precisar que el ilícito debe ser considerado *under national or international law*, en tanto que la Convención Americana se refiere a hechos que no fueren delictivos, “según el derecho aplicable”.

- 1) El derecho a la vida inherente a la persona humana, y del cual no puede privarse arbitrariamente (artículo 6.1).
- 2) El derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, incluyendo los experimentos científicos (artículo 7o.).
- 3) El derecho a no ser sometido a esclavitud, ni a forma alguna de servidumbre (artículo 8o.).
- 4) El derecho a no ser encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual (artículo 11).
- 5) El derecho a no ser condenado por hechos que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional.

Lo anterior no se opone al juicio de una persona según “los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional” (artículo 15.1 y 2).

- 6) El derecho de todo ser humano, en todo tiempo y lugar, al reconocimiento de su personalidad jurídica (artículo 16).
- 7) El derecho de toda persona a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, no pudiendo nadie ser objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar las anteriores libertades, siempre y cuando su manifestación no vaya en contra de la seguridad, el orden, la salud o la moral pública, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.¹¹

Así pues, es claro que el principio de no derogabilidad, o inderogabilidad de ciertos derechos, puede con toda certeza ser considerado como uno de los más importantes principios de la cláusula derogativa (“estados de emergencia”).

Si bien existe unanimidad de criterio respecto al hecho de que incluso en situaciones de emergencia que amenazan la integridad o seguridad de un Estado, éste no puede derogar ciertos derechos fundamentales, sin em-

¹¹ Véase “Texto del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en vigor desde el 23 de marzo de 1976, y para México desde el 23 de junio de 1981”, en *Recopilación de instrumentos internacionales*, Ginebra, Nueva York, Centro de Derechos Humanos, ONU, 1988, pp. 18-38. Hay que decir que el hecho de que un pacto internacional sobre derechos humanos como este de 1966 disponga que nada de lo dispuesto, en su artículo 15, ordinal 1, se opone al juicio o condena de una persona por hechos delictivos “según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional” es poco afortunado en este tipo de instrumentos, independientemente de que parece inútil la mención, toda vez que ya se ha especificado que nadie podrá ser condenado por hechos delictivos “según el derecho nacional o internacional” que en el momento de su comisión no poseían la tipificación o carácter de tales.

bargo, y como se ha visto, no existe unanimidad de criterio respecto a cuáles deben ser aquellos derechos no derogables.

Todo parece indicar que en la redacción de los tres tratados anteriores (Pacto de San José, Convención Europea, Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos) se utilizaron dos diferentes criterios, bastante inconsistentes entre sí, para excluir unos derechos e incluir otros.

Por un lado se pensó incluir aquellos derechos que se estimaban como absolutamente fundamentales e indispensables para la protección de los seres humanos. Pero por otro lado se estimó conveniente incluir aquellos derechos cuya derogación por parte de un Estado no podía ser nunca justificable, ya que eran derechos que no tenían relación con la situación de emergencia.

Del examen de los tratados y la práctica internacional, parece fuera de toda duda que existen por lo menos cuatro derechos no derogables bajo circunstancia alguna, y que serían los siguientes:

- a) El derecho a la vida inherente a la persona humana.
- b) El derecho a no ser sometido a torturas ni penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.
- c) El derecho a no ser sometido a esclavitud ni a ningún tipo de servidumbre.
- d) El derecho a no ser condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran penalmente delictivos (según el derecho nacional o internacional).

Estos cuatro derechos no sólo serían oponibles a todo Estado por ser derecho internacional consuetudinario, sino además tendrían el estatus de normas de *ius cogens*, en el sentido de ser normas imperativas de derecho internacional general, aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, como normas que no admiten acuerdo en contrario.¹²

VIII. PRINCIPIO DE “PROPORCIONALIDAD”: SU ALCANCE JURÍDICO

El principio de “proporcionalidad”, que no es exclusivo del derecho de los derechos humanos, es un principio general de derecho internacional.

¹² Véase el artículo 53 que establece el *ius cogens*. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, documento oficial A/CONF.39/27. Para un acucioso estudio sobre la noción de *ius cogens* véase el curso dictado en la Haya por Antonio Gómez-Robledo: “Le Ius Cogens en Droit International”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, La Haya, núm. 172, vol. III, 1981.

El principio de “proporcionalidad”, contenido en la Convención Americana, en la Convención Europea y en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, significa que las medidas adoptadas en situaciones de emergencia deberán adoptarse por el tiempo y en la medida estrictamente limitados a las exigencias de la situación, esto es, que dichas medidas deben ser necesarias y proporcionales a la gravedad de la amenaza que se notifica.

De la práctica americana, europea y de Naciones Unidas se pueden inferir, de acuerdo a Jaime Oraá, los principales elementos constitutivos del principio de proporcionalidad aplicado a los “estados de emergencia”, en la forma siguiente:

- Las medidas derogativas de los estándares de los derechos humanos sólo pueden ser adoptadas cuando las medidas normales del derecho interno y las limitantes previstas para tiempos de paz sean insuficientes.
- La sola existencia de una emergencia de orden público que amenace la seguridad de la nación, en el marco del concepto de la cláusula derogatoria, no justifica *ipso facto* cualquier derogación tomada dentro de un estado de emergencia; deben ser, a todas luces, necesarias y estrictamente proporcionales a la supuesta amenaza.
- Cada medida de derogación tiene que poseer una relación con la amenaza; en otras palabras, debe existir necesariamente un vínculo entre los hechos del estado de emergencia y las medidas adoptadas.
- Las medidas derogativas tomadas por el gobierno deben ser susceptibles, potencialmente al menos, de superar el estado de emergencia.
- En la estimación acerca de si el Estado que ha derogado derechos, temporalmente, ha cumplido o no con el principio de proporcionalidad, los órganos que supervisan o “monitorean” este tipo de situaciones tienen que tomar en cuenta no sólo la necesidad de instrumentar las medidas derogativas, sino también la forma en que dichas medidas derogativas han sido llevadas a la práctica.
- Al analizar la proporcionalidad de las medidas derogatorias y hacer su estimación y evaluación, los órganos de “monitoreo” deberán examinar otras alternativas menos graves que pudiera adoptar el gobierno al estar enfrentando el estado o situación de emergencia.
- En la estimación del cumplimiento o incumplimiento con el principio de proporcionalidad, una especial importancia debe darse a las necesarias salvaguardas tomadas por el gobierno a fin de evitar la serie de abusos que se presenta con frecuencia en este rubro.

- El estado o situación de emergencia decretado por un gobierno es especialmente de orden temporal; sólo se justifica en tanto la emergencia siga en pie.¹³

IX. PRINCIPIO DE “NO DISCRIMINACIÓN”: SU ALCANCE JURÍDICO

El principio de “no discriminación” constituye la segunda condición sustantiva para hacer efectiva la derogación de los derechos de acuerdo con el régimen jurídico establecido por la “cláusula derogativa”, y consiste en que, en estados de emergencia, las medidas de suspensión no deben suponer, en forma alguna, una discriminación con base en la raza, color, sexo, lengua, religión u origen social.

Esta condición de “no discriminación”, si bien aparece en la Convención Americana en su artículo 27.1, y en el Pacto de Naciones Unidas en su artículo 4.1, no está consagrado en la Convención Europea.

Esta ausencia, que a primera vista parece de suma importancia, sin embargo la doctrina más autorizada sostiene que no tiene mayores consecuencias, en tanto que la aplicación de medidas derogativas por discriminación está igualmente prohibido en el sistema europeo, en virtud de la estipulación general de no discriminación que opera a través del artículo 14 de la Convención.¹⁴

¹³ Véase Oraá, Jaime, *Human Rights in States of Emergency in International Law*, cit., pp. 140-170. Hay que puntualizar que ni el sistema americano, ni el sistema europeo tienen por función el reemplazar la autoridad de los gobiernos; su principal objetivo es el de alcanzar un efectivo y uniforme estándar de protección de los derechos humanos. De ahí que, en especial con la Corte de Estrasburgo, se haya desarrollado el concepto de *margin of appreciation*. La idea es sencilla, esto es, que respecto a muchas materias, la Convención deja a las partes contratantes un área de discreción. Pero así de fácil que es su enunciación, muy difícil es su aplicación en situaciones concretas, sobre todo si tomamos en cuenta que el concepto de “margen de apreciación” no está contenido en la Convención y que éste ha sido desarrollado: *on a case-by-case basis*. Véase Merrills, J. G., *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, Gran Bretaña, Manchester University Press, 1988, capítulo 7, pp. 136-159.

¹⁴ Véase McKean, W., *Equality and Discrimination under International Law*, Oxford, 1983. También, Merrills, J. G., *op. cit.*, pp. 152-159. El artículo 14 de la CEDH dice: “La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race la couleur, la langue, la religion, les opinions, politiques ou toutes autres opinions, l’origine nationales ou sociale, l’appartenance a une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation”. Así, este artículo 14 ha sido interpretado como complementario de estipulaciones sustantivas, a la vez que como un artículo autónomo, en el sentido de que ha podido ser aplicado en situaciones en las cuales no ha existido violación de ninguna otra norma convencional. Según el profesor Merrills,

A este respecto, y dentro del sistema interamericano, es interesante el “Caso Nicaragua-Miskitos”, examinado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.¹⁵

La Comisión Interamericana trató de establecer si la reubicación forzosa de la población indígena miskita, en enero de 1982, de las comunidades del Rio Coco a los cinco campos de Tasba Pri, era legalmente justificada por el hecho de que existía en ese entonces un estado de emergencia en Nicaragua.

El derecho que concretamente se estaría derogando en este caso sería el derecho de circulación y residencia, reconocido en el artículo 22 de la Convención Americana.

Después de revisar la jurisprudencia de la Corte y Comisión Europea, y la doctrina del Comité de Naciones Unidas para la Protección de los Derechos Humanos, la Comisión consideró que la situación de emergencia debía ser de naturaleza seria, creada por una situación excepcional que verdaderamente representara una amenaza a la convivencia nacional.

La Comisión encontró fundamentado el estado de emergencia por la infiltración y las incursiones de grupos de antiguos miembros de la guardia nacional.¹⁶

Más adelante, la Comisión analizaría si la reubicación de los miskitos habría violado alguna de las formas de discriminación prohibidas por la Convención.

La Comisión examinaría si la reubicación forzada podría ser una forma velada de castigo en contra de un grupo étnico considerado desleal al gobierno, por lo que recordó que en estos casos los gobiernos debían señalar en forma expresa las razones que se encuentran en la base de este tipo de restricciones.

La Comisión, en su Informe, consideró que la reubicación, por razones muy claras de estrategia militar, no había sido realizada en forma discriminatoria, pero al mismo tiempo tuvo mucho cuidado en enfatizar que una vez el estado de emergencia llegara a su fin, los miskitos deberían de ser ayudados a regresar a sus tierras si así lo deseaban, ya que de no proceder así el gobierno sí estaría entonces infringiendo el derecho interamericano al obligarlos a residir en los campos de reubicación.¹⁷

casos en los cuales el único punto de la controversia ante la Corte sea el de la discriminación, son bastante raros. Véase Merrills, J. G., *op. cit.*, p. 152.

¹⁵ Véase IACHR, *Report on the Situation of Human Rights of a Segment of the Nicaraguan Population of Miskito Origin*, OAS. Ser. L/V/II. 62, doc. 10, rev. 3 (29 Nov. 1983), pp. 113 y ss.

¹⁶ Véase *ibidem*, pp. 115, numeral 8 y 116, numeral 12.

¹⁷ Véase *ibidem*, p. 120. Parece evidente que si se trata de poblaciones indígenas, la prue-

X. PRINCIPIO DE “COMPATIBILIDAD”: SU ALCANCE JURÍDICO

Por último, la cláusula de derogación que establece el derecho del Estado a adoptar medidas de suspensión de garantías en estados de emergencia estaría limitada por la condición de que dichas medidas no fueran “incompatibles” (*inconsistent*) con las demás obligaciones.

El principio de “compatibilidad” sólo entra en juego una vez que hayan satisfecho las otras condiciones de la “cláusula derogatoria”, esto es, cuando se haya probado: *a*) la existencia de una situación de emergencia que amenaza la independencia o seguridad del Estado; *b*) que el estado de emergencia ha sido oficialmente proclamado y los Estados parte han sido notificados; *c*) que no ha sido afectado jurídicamente uno de los derechos no derogables; *d*) que las medidas adoptadas estén estrictamente requeridas por el estado de emergencia, y *e*) que no entrañe discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

Este examen de las condiciones requeridas y satisfechas fue el que precisamente llevó a cabo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso que ya hemos visto entre el Estado de Nicaragua y el grupo étnico de los miskitos.

Como se recordará, la Comisión Interamericana examinaría fundamentalmente si las medidas de reubicación forzosa de alrededor de unos ocho mil quinientos miskitos en cinco campos, mucho muy alejados de sus tierras, en enero de 1982, podía considerarse como una medida legítima de derogación de su “derecho de circulación y residencia” consagrado en el artículo 22 de la Convención Americana.¹⁸

De acuerdo con los hechos del caso, el gobierno de Nicaragua había planeado de tiempo atrás la posible reubicación de los miskitos por razones de orden económico principalmente. Sin embargo, cuando la situación militar empeoró, tuvo que olvidarse del plan anterior y evacuar a la población indígena para poner a salvo sus vidas, y a la vez para poder responder en forma efectiva a las agresiones y ataques de los llamados “contras” desde el territorio de Honduras.

Aquí, sin embargo, el Informe de la Comisión no es nada claro y se presta a interpretaciones ambiguas. Esto es posible que se haya dado a conciencia de la Comisión, pues lo que ésta pretendía, antes que nada, era

ba de la necesidad de medidas derogatorias se hace más estricta que por lo que se refiere al caso de otro tipo de poblaciones, cuya vida no depende tan fuertemente de su vinculación a la propia tierra. En este sentido véase Oraá, Jaime, *op. cit.*, p. 188.

¹⁸ Véase IACHR, *Nicaragua-Miskitos Case*, 1983, pp. 115-119.

evitar a toda costa que el gobierno nicaragüense fuera a perpetuar de facto las reubicaciones forzadas por razones de tipo económico, so pretexto del estado o situación de emergencia.

Pero si la práctica es escasa y no concluyente en el sistema interamericano en lo referente al principio de compatibilidad, más escasa o acaso nula lo es en el sistema europeo o en el del Pacto de Naciones Unidas.

En realidad el problema o, mejor dicho, gran parte del problema del llamado principio de “compatibilidad” reside en la dificultad con la que se encuentra el especialista de saber cómo podrían existir obligaciones adicionales de respeto a los derechos humanos en situaciones o estados de emergencia que pudieran surgir del derecho internacional consuetudinario, más allá de aquellos ya contemplados en el texto de los tratados y sus regímenes legales sobre la cláusula derogativa.

Lo que es posible es que este principio de “compatibilidad” tenga mayor aplicación en el futuro por el hecho mismo del crecimiento de las obligaciones internacionales de los Estados en el campo de los derechos humanos, no sólo a través de convenciones y tratados, sino a través del aumento de las obligaciones de derechos humanos en el campo del derecho consuetudinario y en el rubro de los principios generales de derecho.¹⁹

XI. DERECHO CONSUECUDINARIO Y SITUACIONES DE EXCEPCIÓN

Por último, no debemos olvidar que, hoy por hoy, no existe deuda alguna de que en el estado actual de evolución del derecho internacional, los Estados están jurídicamente vinculados por normas de protección a los

¹⁹ La Comisión Interamericana, en el *Caso Nicaragua-Miskitos*, tuvo muy en cuenta el Informe presentado por el profesor italiano Balladore Pallieri en el Instituto de Derecho Internacional, “Les transferts internationaux de populations”, *Annuaire de l’Institut de Droit International*, vol. 44, 1952, pp. 139-199. El profesor Jaime Oraá considera que el cuerpo normativo que actualmente podría ser más relevante en la aplicación del principio de compatibilidad es el relativo a las leyes en tiempos de guerra, especialmente las derivadas de las convenciones de Ginebra de 1949, y sobre todo de sus dos protocolos de 1977, en áreas tales como derecho a un juicio imparcial, al debido proceso legal y a las garantías en contra de detenciones arbitrarias. Oraá, Jaime, *op. cit.*, pp. 190-206.

Para un más preciso y exhaustivo análisis dentro del marco del derecho humanitario véanse las reflexiones del profesor Theodor Meron en relación con las Convenciones de Ginebra, su práctica, *opinio iuris*, y violaciones, en conjunción con el Protocolo I y el Protocolo II en: *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford, Clarendon Press, 1991: “Although the Protocols have been so disrespected, violations of a norm do not necessarily signify the demise of the norm, particularly if the norm itself is well established and recognized” (p. 77).

derechos humanos, independientemente de que sean o no sean Estados partes en tratados o convenciones internacionales. En otras palabras, existen obligaciones impuestas por el derecho internacional consuetudinario que se han venido desarrollando principalmente a partir de la Carta de la Organización de Naciones Unidas de 1945.

Por lo anterior, es cada vez más discutible sostener que la situación de los derechos humanos en un país en estado o situación de emergencia pertenece exclusivamente a la “jurisdicción doméstica” del Estado en cuestión.

Esta postura encuentra cada vez más rechazo por la comunidad internacional, y prueba de ello es el específico rechazo por parte del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y de sus comités especiales *ad hoc*, cuando en particular existe, *prima facie*, evidencia de violaciones masivas o sistemáticas a los derechos humanos.²⁰

De acuerdo con el derecho internacional general, el único medio que podría ser invocado por un Estado para incumplir con normas jurídicas en situaciones de emergencia sería la invocación de “fuerza mayor”, “legítima defensa” y el “estado de necesidad”.

El “estado de necesidad” constituiría la causa de justificación de un acto cometido deliberadamente en violación de una regla imperativa en vistas a salvaguardar, en presencia de un daño grave e inminente, un valor manifiestamente superior a aquel protegido por dicha normativa.²¹

El estado de necesidad, como excluyente de la responsabilidad estatal, es sin duda el cuerpo normativo que mayormente corresponde al llamado estado o situación de emergencia, y debe sólo presentarse frente a una amenaza grave, respetando los principios de “proporcionalidad” y de “no-derogatividad” de normas imperativas.²²

²⁰ En este punto tan delicado debe, con todo, distinguirse entre la no intervención, la no injerencia y sobre todo el supuesto “derecho de injerencia humanitaria”. La validez del principio de no intervención, como el principio consuetudinario, fue recordado por la Corte Internacional de Justicia en el *Caso de Nicaragua vs. Estados Unidos* en su fallo de 1986 (véase *Recueil des Arrêts*, 1986, p. 109, numeral 202).

²¹ Véase *Report by Roberto Ago on State Responsibility: The International Wrongful Act of State, Source of International Law Commission I*, 1980, p. 14.

²² En este sentido se pronuncia el internacionalista Jaime Oraá, para quien a la luz de la práctica internacional y de los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional, al menos parecería que los principios de “amenaza grave” (o excepcional); de proporcionalidad; de no derogabilidad de los derechos fundamentales, y del principio de no discriminación, pueden muy bien ser considerados como principios emergentes de derecho internacional general en un muy avanzado estado de cristalización: “Moreover, it could be said that some of these principles are already principles of general international law” (*op. cit.*, p. 269).