



Asamblea General

Distr. general
1 de marzo de 2018
Español
Original: inglés

Consejo de Derechos Humanos

37º período de sesiones

26 de febrero a 23 de marzo de 2018

Tema 3 de la agenda

**Promoción y protección de todos los derechos humanos,
civiles, políticos, económicos, sociales y culturales,
incluido el derecho al desarrollo**

Informe de la Relatora Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo sobre el obstáculo para los derechos humanos que suponen los estados de emergencia en el contexto de la lucha contra el terrorismo*

Nota de la Secretaría

La Secretaría tiene el honor de transmitir al Consejo de Derechos Humanos el informe de la Relatora Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Fionnuala Ní Aoláin, presentado en cumplimiento de la resolución 72/180 de la Asamblea General y las resoluciones del Consejo de Derechos Humanos 31/3 y 35/34. En el informe, la Relatora Especial aborda el obstáculo para los derechos humanos que suponen los estados de emergencia en el contexto de la lucha contra el terrorismo. En particular, señala nuevas prácticas de emergencia en vigor tras los atentados del 11 de septiembre y sus efectos adversos. Las situaciones de emergencia no son un fenómeno nuevo para los Estados. El derecho de los derechos humanos permite a los Estados limitar el pleno ejercicio de los derechos humanos derogables cuando los Gobiernos se enfrentan a problemas excepcionales que requieren restricciones proporcionales y necesarias de los derechos humanos. Sin embargo, las facultades excepcionales son un recurso limitado. La aplicación por los Estados de medidas de seguridad nacional de excepción y de emergencia debería proporcionar un fundamento positivo para reinstaurar el régimen de protección plena de los derechos humanos en un plazo razonable. Durante mucho tiempo, los estados de emergencia han venido relacionándose con la comisión de violaciones de los derechos humanos amplias y generalizadas. La Relatora Especial profundiza sobre la relación entre la normalización de las facultades excepcionales y la perpetuación de las violaciones de los derechos humanos, y afirma que la institucionalización de los estados de excepción no es conveniente para los Estados. Establece directrices y buenas prácticas que recomienda adoptar a los Gobiernos en el contexto de sus iniciativas de lucha contra el terrorismo para solucionar sistemáticamente el pernicioso problema que suponen los estados de emergencia

* Este informe se presentó con retraso para poder incluir en él información sobre los acontecimientos más recientes.



permanentes. La Relatora Especial ofrece asimismo su opinión sobre los mecanismos internacionales de supervisión de los derechos humanos y promueve la utilización de un enfoque de la supervisión judicial y regulatoria más riguroso y más firme. Afirma que se avanzará en el desafío mundial más general de hacer frente a las condiciones que propician el terrorismo y el extremismo violento si las prácticas de los estados de emergencia *de facto* y permanentes se combaten con firmeza. Los Estados, así como el estado de derecho definido en un sentido amplio, tienen mucho que ganar si desmantelan sus estructuras de emergencia *de facto* y permanentes.

**Informe de la Relatora Especial sobre la promoción
y protección de los derechos humanos y las libertades
fundamentales en la lucha contra el terrorismo
sobre el obstáculo para los derechos humanos
que suponen los estados de emergencia en el contexto
de la lucha contra el terrorismo**

Índice

	<i>Página</i>
I. Concepto y fundamento jurídico de las facultades excepcionales en el contexto de la lucha contra el terrorismo	4
A. Derecho internacional	5
B. Legislación nacional	7
II. Declaración del estado de emergencia y el problema de los estados de emergencia <i>de facto</i>	9
A. Las obligaciones en virtud del derecho internacional y la declaración	9
B. Supervisión internacional de la declaración del estado de emergencia.....	10
C. Obligaciones de los Estados al declarar un estado de emergencia.....	11
D. Estados de emergencia encubiertos, <i>de facto</i> y complejos	11
III. Medidas de protección de los derechos humanos que deben adoptarse durante los estados de emergencia	14
A. Derechos que no pueden limitarse ni suspenderse	14
B. Principios de adecuación, necesidad y proporcionalidad al limitar los derechos en el contexto de la lucha contra el terrorismo	14
C. Supervisión nacional e internacional de las facultades de excepción	16
IV. Levantamiento de los estados de emergencia.....	17
V. Prohibición de las facultades de excepción complejas y permanentes	17
VI. Prácticas tras el 11 de septiembre de 2001	19
A. Declaraciones de guerra y estados de emergencia	19
B. Uso extraterritorial de facultades excepcionales.....	20
VII. Conclusiones y recomendaciones.....	21

I. Concepto y fundamento jurídico de las facultades excepcionales en el contexto de la lucha contra el terrorismo

1. Las situaciones de emergencia son, en general, fenómenos imprevistos e inesperados que requieren la adopción inmediata de medidas. Pueden ser de carácter político, social, económico y ecológico. Si bien la Relatora Especial reconoce que existen diversos tipos de emergencias ante los cuales los Gobiernos están obligados a responder por ley, este informe se centra en la manera en que debe garantizarse la protección de los derechos humanos en las situaciones en que el terrorismo, el extremismo violento y la lucha contra el terrorismo pueden crear condiciones de emergencia que requieren de los Estados respuestas de emergencia. El derecho internacional reconoce la posibilidad de establecer ciertas restricciones a algunos derechos y libertades en caso de emergencia y permite a los Gobiernos adoptar medidas que sean necesarias y proporcionadas y se ajusten a las obligaciones que impone el derecho internacional.

2. El terrorismo es un fenómeno mundial antiguo que tiene diversas manifestaciones y formas. El derecho internacional no contempla una definición amplia y consensuada de terrorismo en ningún tratado. No obstante, se han logrado avances sustanciales por consenso en relación con una serie de actos y actores que tienen por objeto provocar temor en la población y que los Estados prohíben y castigan. Desde 1963, la comunidad internacional ha elaborado 19 instrumentos jurídicos internacionales para prevenir los actos terroristas¹. El derecho internacional establece el deber general de los Estados de proteger a las personas bajo su jurisdicción contra la injerencia en el disfrute de los derechos humanos, lo que incluye facilitar su seguridad, entendida en un sentido amplio. Más concretamente, este deber se reconoce en el contexto de la obligación de los Estados de garantizar el respeto del derecho a la vida² y el derecho a la seguridad personal³.

3. Por lo general, se reconoce que algunos actos terroristas y las actividades de las organizaciones terroristas pueden crear las condiciones necesarias y suficientes para activar el umbral de emergencia en virtud del derecho nacional e internacional, con sujeción a los requisitos de legalidad, proporcionalidad y no discriminación. Los actos aislados de terrorismo, aunque sean atroces y produzcan daños, pueden no alcanzar el umbral necesario o no plantear un nivel de amenaza suficiente para activar las facultades excepcionales en virtud del derecho nacional e internacional. La Relatora Especial opina, de conformidad con la práctica y la jurisprudencia de los tribunales regionales de derechos humanos, que cada país debe demostrar que el nivel y el alcance de la amenaza que experimenta exigen el uso de facultades excepcionales. No hay ninguna autorización genérica para las situaciones de emergencia, ya que ese proceso menoscabaría considerablemente la soberanía de los Estados. Muchos Estados cuentan con sistemas jurídicos sólidos, efectivos y altamente funcionales que son capaces de resistir diversas situaciones difíciles, incluidas las planteadas por los delincuentes violentos con motivaciones políticas, y están diseñados para ello. Por lo tanto, el terrorismo puede causar condiciones equivalentes a una emergencia, pero ello no significa en sí que los Estados deban hacer uso de facultades excepcionales para regular el terrorismo, especialmente cuando la legislación ordinaria del Estado es sólida y suficiente.

4. En el presente informe se manifiesta preocupación por el hecho de que la normativa de lucha contra el terrorismo pueda funcionar como una forma establecida de práctica de emergencia. No todas las leyes y prácticas administrativas antiterroristas constituyen una normativa de emergencia. Por ejemplo, las normas de lucha contra el terrorismo que regulan esferas hasta el momento no reguladas, como las que se elaboraron para combatir la financiación del terrorismo después de los atentados del 11 de septiembre de 2001 (11S), no conllevan necesariamente ningún efecto específico de emergencia. En ese caso, las leyes de lucha contra el terrorismo son simplemente un tipo particular de legislación ordinaria. Ahora bien, cuando las leyes de lucha contra el terrorismo obstaculizan de manera directa y

¹ Véase www.un.org/counterterrorism/ctitf/en/international-legal-instruments.

² Véase el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 6.

³ *Ibid.*, art. 9.

sustancial el disfrute pleno y en condiciones de igualdad de los derechos humanos, apoyándose en la premisa de la existencia o amenaza de actos o actores terroristas, entonces sí se trata tanto de restricciones de derechos como de legislación de emergencia. En ese contexto, la legislación y la práctica de lucha contra el terrorismo deben entenderse como un subtipo particular de normativa de emergencia y ser objeto de mayor supervisión.

5. El hecho de que los actos de terrorismo y las actividades de las organizaciones terroristas puedan alcanzar el umbral de emergencia con arreglo tanto al derecho nacional como al internacional no significa que las respuestas de los Estados estén exentas de limitaciones. Las resoluciones de las Naciones Unidas sobre el particular exigen a los Estados que garanticen que cualquier medida que adopten, como la activación del estado de emergencia, para luchar contra el terrorismo y el extremismo violento, incluidos los actos de incitación y apoyo a actos terroristas, se ajuste a todas las obligaciones que les incumben en virtud del derecho internacional, en particular el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho de los refugiados y el derecho internacional humanitario⁴.

6. La Relatora Especial afirma que, en muchos contextos, los Estados lograrían mejor su cometido si regularan el terrorismo con la legislación ordinaria en lugar de recurriendo a una normativa de emergencia. El derecho internacional obliga a los Estados a utilizar la legislación ordinaria si las medidas de excepción no son estrictamente necesarias. Una reacción exagerada de los Gobiernos puede intensificar los niveles de violencia y enfrentamiento, además de socavar la lucha más general contra el terrorismo y potenciar involuntariamente las condiciones que lo propician. Los Estados deben calibrar exactamente la forma en que utilizan la ley y limitar la vulneración de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo. Deberían entender que el uso abusivo, excesivo e indebido de facultades excepcionales tiene consecuencias devastadoras para el estado de derecho, la rendición de cuentas y la transparencia⁵.

A. Derecho internacional

7. Un elemento determinante de los principales tratados de derechos humanos regionales e internacionales es que en ellos se reconocen y prevén expresamente las situaciones de crisis. Este mecanismo de adaptación es posible gracias al proceso de suspensión o derogación contemplado en los tratados de derechos humanos. La derogación se refiere al privilegio de los Estados establecido legalmente por el cual pueden restringir determinados derechos individuales en circunstancias excepcionales de emergencia o de guerra. Se utilizan diversos términos para describir esas circunstancias excepcionales. El Convenio Europeo de Derechos Humanos utiliza la frase “en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación”, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos utiliza una terminología similar. La Convención Americana sobre Derechos Humanos considera como circunstancias excepcionales el “caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte”. En ambos tratados se exige que la escala de la amenaza para el Estado sea excepcional y afecte la capacidad de este para funcionar de manera eficaz. Es importante destacar que el Estado no necesita promulgar legislación de “emergencia” para que la derogación se haga efectiva; la legislación ordinaria o su aplicación, sobre la base suficientemente demostrada de una amenaza real para el Estado, cuando dicha aplicación implique una vulneración sustancial de derechos, pueden obligar a un Estado a declarar la suspensión de sus obligaciones dimanantes de los tratados internacionales.

8. Asimismo, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados de derechos humanos permiten a los Estados restringir parcialmente el pleno disfrute de los derechos humanos mediante cláusulas de limitación de alcance específico y por motivos

⁴ Véase www.un.org/counterterrorism/ctitf/en/international-legal-instruments. Véanse también la resolución 35/34 del Consejo de Derechos Humanos y las resoluciones de la Asamblea General 49/60, 51/210, 72/123 y 72/180.

⁵ Véase Emilie M. Hafner-Burton, Laurence R. Helfer y Christopher J. Fariss, “Emergency and escape: explaining derogations from human rights treaties”, *International Organization*, vol. 65, núm. 4 (otoño de 2011), págs. 673 a 707.

fundados cuando se cumplan determinadas condiciones. Las limitaciones deben: a) ser necesarias; b) obstaculizar mínimamente el ejercicio de los derechos (ser la opción menos restrictiva); c) demostrar claramente la proporcionalidad entre los medios y los objetivos, que deben exponerse claramente; y d) ser compatibles con otros derechos fundamentales y no discriminatorias en su finalidad y en la práctica. Los Estados pueden responder a las situaciones de emergencia, incluido el terrorismo, limitando determinados derechos en lugar de derogándolos⁶. Las limitaciones son conceptualmente más precisas que la derogación y se establecieron para atender objetivos específicos dentro de unos límites concretos y por determinados motivos fundados en el marco de la democracia. Por ejemplo, un derecho puede limitarse para evitar conflictos con otros derechos. Las limitaciones son medidas prudentes destinadas a proteger los bienes públicos y los derechos de los demás, sin menoscabar los derechos humanos fundamentales que constituyen los cimientos de una sociedad basada en la dignidad. Desde el punto de vista jurídico, la suspensión de determinadas obligaciones dimanantes de los tratados en situaciones de emergencia es distinta de las restricciones autorizadas en tiempo normal. Estas últimas pueden considerarse (en teoría) menos perjudiciales para la protección de los derechos humanos, aunque el problema de los estados de emergencia *de facto* en los que se recurre a la legislación y las medidas de lucha contra el terrorismo pone de manifiesto que no es así en la práctica.

9. Las disposiciones de los tratados han dado lugar a una cantidad considerable de jurisprudencia de órganos nacionales, regionales e internacionales que desarrolla e interpreta los casos en que una derogación está justificada y qué tipos de medidas y en qué grado están justificadas, además de supervisar la presentación de información por los Estados y su notificación de las derogaciones. Cuando los Estados redactaron esos tratados, eran conscientes de los retos que planteaban el terrorismo, la insurrección, los conflictos armados internos y la violencia colectiva. La derogación sigue siendo una respuesta efectiva y útil para los Estados que afrontan crisis en la actualidad. Aunque en los últimos decenios hayan surgido nuevos métodos y medios de terrorismo, el lenguaje de la derogación es suficientemente amplio y exhaustivo para hacer frente a los desafíos y contextos nuevos. Las nuevas aplicaciones de facultades de excepción deben examinarse a la luz de esas normas internacionales para determinar si las medidas de lucha contra el terrorismo utilizadas son necesarias, proporcionadas y lícitas en virtud del derecho internacional.

10. Si los Estados deben suspender sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos en una situación de emergencia, todas las medidas de derogación de las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (o de los tratados regionales de derechos humanos) deben ser de carácter excepcional y temporal. Antes de que un Estado invoque una derogación, se deben reunir dos condiciones fundamentales: que la situación sea de un carácter excepcional que ponga en peligro la vida de la nación y que el Estado haya proclamado oficialmente el estado de emergencia.

11. En virtud del Pacto y los tratados regionales de derechos humanos, aun en un conflicto armado, las medidas que deroguen disposiciones del Pacto se permitirán solo en la medida en que la situación constituya una amenaza fundamental para el Estado. Un requisito fundamental de las medidas de derogación del Pacto es que se adopten en la medida estrictamente requerida por las exigencias de la situación⁷. Los tribunales interpretan que este requisito se aplica a la duración, el ámbito geográfico y el alcance material del estado de emergencia y de cualesquiera medidas de derogación. La obligación de limitar las derogaciones a las estrictamente requeridas por las exigencias de la situación refleja los principios de legitimidad, proporcionalidad y necesidad.

12. La derogación exige que la escala de la amenaza sea excepcional y afecte la capacidad fundamental del Estado de funcionar eficazmente, y repercuta en la seguridad básica, la independencia y la función del Estado. La Relatora Especial subraya que el

⁶ Véase Alexandre Kiss, "Permissible limitations on rights", en *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights*, Louis Henkin (ed.) (Columbia University Press, 1981).

⁷ Véase A/36/40, anexo VII, observación general 5/13.

ejercicio de facultades de excepción debe alcanzar unos umbrales elevados específicos para que sea lícito con arreglo al derecho internacional.

13. La Relatora Especial recuerda a los Estados el umbral necesario para activar las facultades excepcionales, de conformidad con el derecho internacional. En *Lawless v. Irlanda*⁸, la Comisión Europea de Derechos Humanos definió una “emergencia pública” a efectos del artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos como “una situación excepcional de crisis o emergencia inminente que afecta al conjunto de la población, y no a grupos determinados, y constituye una amenaza a la vida organizada de la comunidad sobre la que se fundamenta el Estado”⁹ [cita traducida]. En *El caso de Grecia*¹⁰, la Comisión definió cuatro características de una “emergencia pública” en virtud del artículo 15 del Convenio Europeo: debe ser real o inminente; sus efectos deben afectar a toda la nación; la continuidad de la vida organizada de la comunidad debe verse amenazada; y la crisis o el peligro deben ser excepcionales, de modo que las medidas o restricciones normales contempladas en el Convenio para Mantener la Seguridad Pública, la Salud y el Orden sean manifiestamente insuficientes¹¹.

14. En su observación general núm. 5, el Comité de Derechos Humanos indicó que una situación de emergencia justificará la derogación únicamente si las circunstancias en cuestión son de carácter excepcional y temporal¹². El Comité determinó que los Estados tienen la obligación de demostrar que esas condiciones se dan¹³. Los principios establecidos en la observación general núm. 5 se examinaron y ampliaron en la observación general núm. 29 (2001), en la que se volvió a hacer hincapié en el carácter excepcional y temporal de las emergencias¹⁴. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos también han aceptado el requisito de que una emergencia debe ser excepcional y temporal. La Comisión Interamericana ha expresado con frecuencia la opinión de que las medidas de emergencia de los Gobiernos solo pueden adoptarse cuando medien “consideraciones de extrema gravedad” y jamás deberán suspender ciertos derechos fundamentales¹⁵. En su opinión consultiva sobre el *habeas corpus* en los estados de emergencia, la Corte Interamericana afirmó que el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos era “un precepto concebido solo para situaciones excepcionales”¹⁶. Existe un amplio consenso internacional sobre los límites generales del término “emergencia”, concretamente su carácter contingente y excepcional, la necesidad de supervisar y regular los estados de emergencia y el carácter finito y limitado de los fines de las facultades de excepción.

B. Legislación nacional

15. Los Estados disponen de múltiples y variados procedimientos internos para proclamar en el marco de la ley el estado de emergencia. Esos procedimientos incluyen mecanismos constitucionales, ejecutivos y legislativos del derecho interno que activan facultades de excepción, las cuales pueden obstaculizar el disfrute pleno y en condiciones de igualdad de los derechos humanos. Cabe señalar que los Estados no pueden invocar las

⁸ Véase Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Lawless v. Ireland*, demanda núm. 332/57 (A/3), sentencia de 1 de julio de 1961, confirmada en *A. and Others v. the United Kingdom*, demanda núm. 3455/05, sentencia de 19 de febrero de 2009, párr. 176.

⁹ Véase *Lawless v. Ireland*, párr. 90.

¹⁰ Véase Comisión Europea de Derechos Humanos, *The Greek Case*, demandas núms. 3321 a 3323 y 3344/67, informe de la Comisión (1969).

¹¹ *Ibid.*, párr. 153.

¹² Véase A/36/40, anexo VII, observación general 5/13.

¹³ Véase Jaime Oraá, *Human Rights in States of Emergency in International Law* (Oxford, Clarendon Press, 1992), pág. 21.

¹⁴ Véase la observación general núm. 29 (2001) del Comité de Derechos Humanos, sobre el estado de excepción, párr. 2.

¹⁵ Véase, por ejemplo, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina* (OEA/Ser.L/V/II.49, Doc. 19 Corr.1) (abril de 1980).

¹⁶ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías*, opinión consultiva OC-8/87 (OEA/Ser.L/V/111.17, Doc. 13) (enero de 1987), párr. 19.

disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de las obligaciones internacionales que les incumben¹⁷.

16. En el caso de muchos Estados, la competencia para el ejercicio de las facultades de excepción está consagrada en su Constitución. Las constituciones pueden variar en la formulación, pero todas tienen un elemento en común: enumeran las circunstancias que justifican la proclamación del estado de emergencia¹⁸. Los modelos legislativos también dominan la regulación nacional de las crisis, incluidas las respuestas al terrorismo. En general, el modelo legislativo delega, en la legislación, las facultades excepcionales al poder ejecutivo para que responda a las exigencias de una situación de emergencia. Por lo general, este modelo permite que, una vez que la situación de emergencia ha terminado, las facultades caduquen. En la práctica, el problema en relación con la protección de los derechos humanos ha sido la absorción de las facultades de excepción en el marco jurídico ordinario, en particular en la legislación de lucha contra el terrorismo, lo que esencialmente normaliza la excepción¹⁹.

17. Una categoría residual de la autorización legal para declarar los estados de emergencia se inscribe en la doctrina de la necesidad. Esta se basa en la premisa de que las situaciones de peligro extremo justifican la aplicación de normas de excepción que, en otras circunstancias, se considerarían ilícitas. Habida cuenta del amplio margen de que disponen los Gobiernos para definir subjetivamente lo que constituye un peligro extremo y de la falta de una supervisión regulatoria sistemática, esta categoría menoscaba considerablemente el disfrute de los derechos humanos.

18. Un principio fundamental de los procedimientos internos es que cumplen y posibilitan el principio de legalidad y proclamación en el Estado y dan (idealmente) información amplia y suficiente a la población acerca de la existencia de una crisis y de los medios jurídicos específicos que se están empleando para responder a los problemas que plantea. El incumplimiento de los procedimientos jurídicos internos para declarar una situación de emergencia, incluidas las emergencias provocadas por el terrorismo, es un indicio de falta de rendición de cuentas y transparencia en los sistemas nacionales y de debilidad del estado de derecho.

19. La Relatora Especial señala que la reglamentación jurídica supranacional, que incluye instrumentos como las resoluciones del Consejo de Seguridad y las directivas de la Unión Europea, puede interferir con las prerrogativas de los sistemas jurídicos nacionales y socavar la protección procesal basada en los derechos reconocida en la legislación nacional y establecida precisamente para proteger contra el abuso de las facultades excepcionales. Afirma que las medidas de los órganos supranacionales para luchar contra el terrorismo no deben afectar la protección de los derechos reconocida en las constituciones y los procedimientos nacionales. Esta advertencia debe tenerse en cuenta a la luz de la creciente producción de normativas mundiales de lucha contra el terrorismo y el extremismo violento, que con frecuencia ignoran las protecciones de los derechos humanos y los procedimientos previstos en el derecho interno que amplían y apoyan esos derechos.

20. Además, preocupa a la Relatora Especial la manera en que se recurre a las obligaciones internacionales para justificar el incumplimiento de las normas de derechos humanos nacionales. La normativa jurídica internacional debería apoyar —no socavar— la protección de los derechos humanos prevista en la legislación nacional. Habida cuenta de la aprobación de numerosas resoluciones del Consejo de Seguridad, sumada a la diversa normativa no vinculante, la Relatora Especial observa que las nuevas formas de reglamentación antiterrorista limitan o sortean expresamente el pleno funcionamiento de las

¹⁷ Véase la resolución 56/83 de la Asamblea General, anexo, “Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”, art. 32.

¹⁸ Véase, por ejemplo, el artículo 141A (Disposiciones para situaciones de emergencia) de la Constitución de Bangladesh, introducido en virtud de la Ley de la Constitución (segunda modificación) de 1973, que confiere al Presidente la responsabilidad de declarar el estado de emergencia si la vida de la nación se ve amenazada por una “guerra o agresión externa o disturbios internos” [cita traducida].

¹⁹ Véase John Ferejohn y Pasquale Pasquino, “The law of the exception: a typology of emergency powers”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, núm. 2 (abril de 2004), págs. 210 a 239.

restricciones jurídicas internas destinadas a proteger los derechos humanos a nivel nacional. En concreto, los preceptos jurídicos supranacionales ignoran los requisitos de legalidad de los sistemas jurídicos nacionales²⁰. Asimismo, la Relatora Especial observa que el uso de legislación antiterrorista ordinaria como vehículo para imponer restricciones sustanciales y de gran alcance a los derechos humanos elude los requisitos del derecho internacional. Cabe señalar además que los Gobiernos tienden en la actualidad a aprobar por vía urgente amplias leyes de lucha contra el terrorismo, lo que deja poco tiempo para examinar los efectos sobre los derechos, dificulta el cumplimiento de las obligaciones internacionales de derechos humanos y afianza la imposición permanente de los imperativos de seguridad.

II. Declaración del estado de emergencia y el problema de los estados de emergencia *de facto*

A. Las obligaciones en virtud del derecho internacional y la declaración

21. Un principio generalmente aceptado que rige el uso de facultades de excepción es que la existencia de un estado de emergencia y la modificación de la normativa jurídica que afecta el ejercicio de los derechos humanos se hagan públicas y sean notificadas. En general, el derecho de los tratados internacionales establece que, cuando un Estado declare un estado de emergencia y adopte medidas expresas para limitar la plena protección de los derechos humanos prevista en el derecho interno, deberá notificar de manera oficial y pronta la derogación a los demás Estados partes. Los Estados también deberían indicar las medidas adoptadas y sus efectos en el disfrute de los derechos y las libertades establecidos en los artículos del tratado en cuestión. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos obligan a los Estados a comunicar los motivos de la derogación. Normalmente, la comunicación deberá presentarse al depositario del tratado. También deberá presentarse una comunicación cuando el Estado ponga fin a la derogación. El Pacto y los convenios europeo y americano imponen la obligación de restablecer plenamente la protección de los derechos cuando termine la derogación.

22. Ante determinadas condiciones, la derogación es una obligación para los Estados que son partes en los tratados internacionales de derechos humanos. La Relatora Especial considera que las dimensiones obligatorias de la derogación son necesarias para la transparencia y la rendición de cuentas cuando los Estados ejercen facultades excepcionales. En concreto, se debe declarar la derogación cuando las leyes de lucha contra el terrorismo permiten el uso de facultades de excepción o funcionan como una forma de estado de emergencia *de facto* que afecta considerablemente el pleno disfrute de los derechos humanos. La no declaración de la derogación crea zonas grises en la práctica de los Estados; deja abierta la posibilidad de que se haga un uso indebido de las facultades de excepción aduciendo un acto o una amenaza de terrorismo y socava la integridad de las obligaciones de derechos humanos.

23. El segundo aspecto de procedimiento de la derogación es el requisito de proclamación, que está estrechamente vinculado al objetivo de legalidad. Los Estados que utilizan facultades de excepción, ya sea desplazando la legislación ordinaria para hacer frente a una crisis o utilizándola como medio para limitar el pleno ejercicio de los derechos humanos, tienen la obligación de informar a sus ciudadanos y a las personas sujetas a su jurisdicción que han cambiado las normas jurídicas. La proclamación fomenta el estado de derecho, la transparencia y la posibilidad de objetar si las facultades excepcionales son excesivas, desproporcionadas o contravienen otras normas jurídicas en la jurisdicción. La Relatora Especial subraya que, en el caso de los Estados que no han firmado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos u otros convenios regionales de derechos

²⁰ Véase Kim Lane Scheppele, “The migration of anti-constitutional ideas: the post-9/11 globalization of public law and the international state of emergency”, en *The Migration of Constitutional Ideas*, Sujit Choudhry (ed.) (Cambridge University Press, 2006).

humanos, proclamar el estado de emergencia sigue siendo una buena práctica esencial que reafirma las obligaciones más amplias de protección de los derechos humanos contempladas en el derecho internacional consuetudinario que se aplican tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra.

24. A nivel nacional, muchos Estados están obligados a realizar la proclamación, la cual debe ser clara y más que un mero procedimiento interno del Gobierno. Asimismo, la proclamación debe provenir de una fuente clara y accesible, ser pública y estar disponible para la población en general, que debe poder comprenderla. Los Estados deberían garantizar que la proclamación se lleve a cabo en todos los idiomas oficiales del Estado, así como en los idiomas utilizados por un amplio sector de la población. Habida cuenta de que las leyes de lucha contra el terrorismo cada vez engloban más actividades que antes los Estados no habrían considerado delictivas, y de las definiciones de terrorismo cada vez más amplias de los países²¹, la Relatora Especial subraya la importancia de una notificación clara, ya que es esencial para que se cumpla el principio *nullem crimen sine lege*.

25. El ejercicio de facultades de excepción, incluidas las previstas en la legislación de lucha contra el terrorismo o las medidas ejecutivas, debe ser compatible con las demás obligaciones de los Estados en virtud del derecho internacional, que incluye el derecho de los conflictos armados, el derecho penal internacional y el derecho internacional de los refugiados²².

B. Supervisión internacional de la declaración del estado de emergencia

26. En la práctica, la notificación y la proclamación tienen dos limitaciones. La primera es el enfoque “autómata” que parece adoptarse cuando un Estado parte comunica que ha declarado un estado de emergencia. Los depositarios de los tratados y los órganos de derechos humanos que supervisan su aplicación rara vez han emprendido una verdadera labor de comunicación con el Estado a raíz de la notificación, ni siquiera en los casos en que la notificación plantea interrogantes en cuanto a la legalidad, la legitimidad, la proporcionalidad y la necesidad de las medidas adoptadas, con algunas excepciones importantes. La renuencia de los órganos de tratados de derechos humanos a objetar desde un principio las prácticas de derogación preocupantes emana de la deferencia histórica a la evaluación de la amenaza realizada por los Estados. La Relatora Especial considera que urge revisar esta cultura complaciente para hacer frente al abuso generalizado de las facultades de excepción, la práctica de los Estados de utilizarlas sin cuestionarse en profundidad su necesidad y la superposición de los estados de excepción y un alto nivel de violaciones de los derechos humanos. En el contexto de los estados de emergencia, las organizaciones internacionales deben fomentar una cultura y una práctica de justificación pública por parte de los Estados. Este cambio en la política y la práctica se adecuaría a los requisitos impuestos en los tratados de derechos humanos y satisfaría los intereses de seguridad a largo plazo de los Estados, ya que proporcionaría una base jurídica sólida para hacer un uso legítimo de las facultades de excepción, y permitiría una interacción temprana con los Estados que abusan de dichas facultades.

27. En segundo lugar, muchos Estados han dejado de derogar oficialmente sus obligaciones derivadas de tratados de derechos humanos, incluso en situaciones en que sus acciones reflejan la derogación *de facto* de derechos derogables e inderogables. Ello sucede a pesar de la amplia utilización de facultades de excepción o de seguridad nacional urgente que tienen, en la práctica, el mismo efecto que establecer prácticas y condiciones de emergencia en respuesta al terrorismo. Los órganos de tratados están mal informados y no han sido suficientemente notificados de las consecuencias de las medidas de lucha contra el

²¹ Por ejemplo, en 2016, el Presidente de Hungría aprobó un conjunto de medidas de lucha contra el terrorismo que comprendía la sexta modificación de la Constitución, así como modificaciones a las leyes que regulan la policía, los servicios de seguridad nacional y las fuerzas de defensa. La ley se basa en el concepto de “situación de amenaza terrorista”, que está insuficientemente definido en la legislación.

²² Véase A/71/384.

terrorismo sobre la protección de los derechos. La no derogación es una nueva práctica grave que se debe eliminar para garantizar la supervisión legal de las facultades de excepción. La derogación y los estados de emergencia están entrando en una nueva y, posiblemente, más dañina fase de limitaciones de derechos humanos en nombre de la defensa de la seguridad. La normalización de la excepción²³ está adoptando formas nuevas. En particular, la Relatora Especial pone de relieve la utilización de la legislación ordinaria como el vehículo más habitual para la legislación antiterrorista. Esto crea situaciones de emergencia constantes y duraderas a nivel nacional, durante las que se aplican restricciones graves y a menudo infundadas de muchos derechos inderogables. Este es un ámbito sumamente problemático de la práctica de los Estados en el que la falta de notificación y proclamación contribuye a una falta más general de rendición de cuentas y de supervisión.

C. Obligaciones de los Estados al declarar un estado de emergencia

28. La derogación requiere el intercambio oportuno de información con los depositarios de tratados, los órganos de tratados y los Estados partes pertinentes. La jurisprudencia de diversos órganos de tratados de derechos humanos ha afirmado reiteradamente que los Estados deben aplicar los criterios de legitimidad, proporcionalidad y necesidad a la hora de elegir las medidas para responder a una crisis. Cuando sea posible y apropiado, debería utilizarse la legislación ordinaria para regular las dificultades políticas. Cabe recordar que el terrorismo atenta contra la fortaleza y la resistencia del estado de derecho en igual medida que contra cualquier objetivo físico concreto. En caso necesario, los Estados pueden complementar la legislación ordinaria con la aplicación de las limitaciones o restricciones permitidas en los tratados de derechos humanos (con sujeción a los requisitos de no discriminación, proporcionalidad y necesidad). Las obligaciones de los Estados no varían si la amenaza proviene del terrorismo, un desastre natural o una guerra. Además, los Estados deben cerciorarse de que las medidas adoptadas no afecten negativamente a las minorías y los grupos vulnerables (entre ellos las mujeres y los niños), ni afecten a grupos religiosos, étnicos o sociales específicos en forma selectiva o discriminatoria. La Relatora Especial considera una buena práctica que los Estados afirmen en la notificación de un estado de emergencia que se han establecido y respetado parámetros de no discriminación.

29. La Relatora Especial exhorta a los Estados a que cumplan sus obligaciones dimanantes de los tratados de derechos humanos cuando recurran a facultades de seguridad nacional, lucha contra el terrorismo o excepción. Exhorta asimismo a los órganos de tratados de derechos humanos y a las entidades de supervisión internacionales a que presten especial atención a los requisitos de procedimiento para la derogación en el contexto de la lucha contra el terrorismo, en particular, la necesidad de los Estados de notificar las medidas adoptadas. Cuando un Estado no proporcione información suficiente, deberían entablarse procedimientos de seguimiento y diálogo sólidos que promuevan una amplia interacción.

D. Estados de emergencia encubiertos, *de facto* y complejos

30. Los estados de emergencia *de facto* son situaciones de emergencia que frecuentemente se ocultan con el ejercicio de facultades restrictivas sin que medie un reconocimiento oficial de la existencia de una emergencia²⁴. Varios ejemplos ilustran esta práctica. En primer lugar, tras la aprobación como ley de un instrumento legislativo de emergencia que establece explícitamente restricciones temporales e incluye, quizá, una cláusula de extinción, se plasman las mismas facultades de excepción, o unas facultades

²³ Véase Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, *Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice* (Cambridge University Press, 2006).

²⁴ Véase Comisión Internacional de Juristas, *States of Emergency — Their Impact on Human Rights: A Comparative Study by the International Commission of Jurists* (Ginebra, 1983), pág. 413. Más recientemente, algunos Estados no han notificado la suspensión de obligaciones a pesar de haber pruebas de violaciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Véase Fionnuala Ní Aoláin, “The cloak and dagger game of emergency and war” en *Human Rights in Emergencies*, Evan J. Criddle (ed.) (Cambridge University Press, 2016).

equivalentes, en leyes ordinarias que no llevan en el título la palabra “emergencia”. Se trata de un enfoque jurídico bastante engañoso, en el que la superposición entre la legislación de excepción y la legislación ordinaria es fácticamente amplia e innegable, pero el título y la ilusión de un proceso legislativo ordinario tienen el efecto de disfrazar la ley de ordinaria en vez de excepcional. La Relatora Especial afirma que no solo es el título de la ley el que le confiere la categoría de emergencia, sino también su alcance, sus efectos y su carácter limitador de derechos.

31. En segundo lugar, se observa una creciente tendencia en los Estados a aprobar, *ab initio*, leyes ordinarias que, por su naturaleza y alcance, son excepcionales, a raíz de un atroz atentado terrorista o de la amenaza de que se cometa uno, ignorando que debería tratarse de un instrumento legislativo excepcional de vigencia finita y obligando al Estado a vivir en un estado de excepcionalidad permanente.

32. En tercer lugar, algunos países recurren a facultades de “reserva” en su legislación ordinaria, es decir, leyes de lucha contra el terrorismo que prevén medidas excepcionales que el Gobierno puede adoptar cuando lo estime necesario, de modo que se elude la obligación de declarar oficialmente el estado de emergencia²⁵.

33. En cuarto lugar, el uso excesivo e indebido de las cláusulas de limitación contribuye considerablemente al fenómeno de los estados de emergencia *de facto*. Los Estados invocan cláusulas tales como las relativas a la seguridad y la protección nacionales como base para derogar derechos en el contexto de la lucha contra el terrorismo. No obstante, la legislación nacional en la materia a menudo contiene definiciones vagas de terrorismo y prevé derogaciones generales de derechos humanos fundamentales, incluidos los derechos a la vida, a la libertad y a la seguridad, a las debidas garantías procesales, a un juicio imparcial y a la libertad de expresión, de reunión pacífica y de asociación, y de religión o de creencias. Deben adoptarse medidas contundentes para hacer frente al abuso de las cláusulas de limitación y a la falta de reconocimiento a largo plazo del efecto acumulativo de esa práctica en la integridad del estado de derecho.

34. En quinto lugar, se crea una forma peligrosa de práctica de emergencia *de facto*, que elude por completo la autorización legislativa expresa. En este caso, los Gobiernos recurren predominante o exclusivamente a las facultades ejecutivas para regular el terrorismo y facilitar las respuestas para combatirlo.

35. Por último, cabe señalar una nueva modalidad: los estados de emergencia “encubiertos”²⁶. Implican persuadir sutilmente a los parlamentos y los tribunales para que acepten “las interpretaciones mínimas de algunos derechos [humanos] que despojan [a los derechos] de gran parte de su contenido. Esta táctica tiene el efecto de, en el peor de los casos, intentar crear en la práctica derogaciones encubiertas y, en el mejor de los casos, redefinir los derechos, diluyéndolos en la práctica” [cita traducida]²⁷. Para hacer esto posible, los Estados emplean tácticas como, por ejemplo, ofrecer simples garantías a los parlamentarios de que las medidas adoptadas respetan las obligaciones dimanantes de los tratados de derechos humanos o, en el caso de que se exijan más explicaciones, el ejecutivo garantiza que las medidas solo conllevan una restricción parcial de los derechos que se justifica por la amenaza excepcional que plantean los terroristas. Generalmente, estas garantías son meramente retóricas y no se fundan en un examen de la legislación vigente ni en el fondo de las consecuencias para los derechos humanos.

36. Amplias leyes antiterroristas se han fundido ahora en la legislación ordinaria de muchos Estados²⁸. Esas leyes suelen utilizar el término “terrorismo” sin ofrecer orientación alguna sobre su definición, y cada vez es más frecuente encontrarlo asociado con términos como “extremismo violento” y “radicalización”, que tampoco se definen. Muchas leyes

²⁵ Véase Amnistía Internacional, “Dangerously disproportionate: the ever-expanding security state in Europe” (enero de 2017), pág. 13.

²⁶ Véase Helen Fenwick y Gavin Phillipson, “Covert derogations and judicial deference: redefining liberty and due process rights in counterterrorism law and beyond”, *McGill Law Journal*, vol. 56, núm. 4 (junio de 2011), pág. 863.

²⁷ *Ibid.*, pág. 867.

²⁸ Véase Kent Roach (ed.), *Comparative Counter-Terrorism Law* (Cambridge University Press, 2015).

nacionales incluyen definiciones generales y vagas de terrorismo que limitan tanto la aplicación válida del derecho internacional humanitario a los conflictos contemplados en las disposiciones del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 y a aquellos que llegan a los umbrales establecidos en el Protocolo Adicional II como el reconocimiento de las reivindicaciones de libre determinación legítimas en virtud de los tratados de derechos humanos. Las lagunas de esas definiciones dificultan el desafío que supone hacer frente a los estados de emergencia *de facto*.

37. Los estados de emergencia complejos son un tipo distinto y poco reconocido de práctica de emergencia en el contexto de la lucha contra el terrorismo. Dimanan de la acumulación de las diversas formas de legislación y prácticas administrativas, incluido el ejercicio constitucional de facultades de excepción, conjugada con las medidas legislativas de lucha contra el terrorismo y sumada a los usos descentralizados de facultades de excepción en los sistemas federales (gobiernos regionales, estatales y locales), lo cual crea un mosaico complejo y solapado de reglamentación jurídica. Los órganos internacionales de supervisión de los derechos humanos deben supervisar rigurosamente y de forma constante los estados de emergencia complejos. Es esencial hacer un balance completo de las medidas de lucha contra el terrorismo; ello significa no solo conocer los distintos instrumentos legislativos o decretos ejecutivos, sino comprender el efecto acumulativo de esa normativa sobre el disfrute pleno de los derechos humanos.

38. Los órganos internacionales de derechos humanos han puesto de relieve el problema de los estados de emergencia *de facto* y han exhortado expresamente a los Estados a que declaren o abandonen las prácticas de emergencia encubiertas²⁹. Habida cuenta del uso generalizado de leyes ordinarias de lucha contra el terrorismo que limitan o menoscaban considerablemente el pleno disfrute de los derechos humanos, los órganos de supervisión pertinentes deben prestar una mayor atención al aumento del recurso *de facto* y complejo a facultades de excepción por conducto de la legislación antiterrorista. El hecho de que no se nombren expresamente como tales ni se reconozcan los regímenes antiterroristas nacionales como elementos facilitadores del estado de emergencia es un problema fundamental para garantizar la protección de los derechos humanos en todas las circunstancias.

39. La Relatora Especial insta a los Estados, al Consejo de Seguridad y al Comité contra el Terrorismo a que sean conscientes de que las limitaciones sustanciales al ejercicio de los derechos implican un estado de emergencia y que las afirmaciones genéricas de protección de los derechos humanos son insuficientes, y a que se lo recuerden a los Estados que crean nuevas obligaciones jurídicas supranacionales. Los Estados tienen obligaciones de derechos humanos específicas y concretas cuando sus leyes y prácticas de lucha contra el terrorismo dan lugar a facultades excepcionales. Sin duda, todas las medidas de lucha contra el terrorismo consistentes en medidas de emergencia que limiten o menoscaben significativamente el pleno disfrute de los derechos humanos deben regularse con normas nacionales transparentes y específicas que establezcan un mecanismo claro de puesta en marcha de esas medidas, de plena conformidad con las obligaciones internacionales de derechos humanos.

²⁹ En 2002, al examinar el estado de emergencia mantenido durante 21 años en Egipto, el Comité de Derechos Humanos instó al Estado parte a que considerara la posibilidad de proceder a un nuevo examen de la necesidad de mantener el estado de excepción (CCPR/CO/76/EGY, párr. 6). En 2001, al examinar el estado de emergencia mantenido durante 38 años en la República Árabe Siria, el Comité recomendó que el estado de excepción fuera derogado oficialmente a la mayor brevedad posible (CCPR/CO/71/SYR, párr. 6). En relación con la India, en 1997, el Comité lamentó que algunas partes del país hubieran tenido que ser declaradas zonas de disturbios durante muchos años. La Ley (de Facultades Especiales) de las Fuerzas Armadas, por ejemplo, se había aplicado en un estado durante más de 17 años (desde 1980) y en algunas zonas de ese Estado parte se aplicaba, de hecho, el estado de excepción sin recurrir al párrafo 3 del artículo 4 del Pacto (CCPR/C/79/Add.81, para. 19). El Comité también ha recriminado de manera más general la utilización de estados de emergencia *de facto* por parte de los Estados. Véanse CCPR/C/79/Add.42, párr. 9; CCPR/C/79/Add.62, párr. 11; y CCPR/C/79/Add.19, párr. 8.

III. Medidas de protección de los derechos humanos que deben adoptarse durante los estados de emergencia

40. De conformidad con el derecho internacional, los Estados están obligados a respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales. Durante una emergencia, independientemente de cómo se haya ocasionado, si la situación constituye un peligro para la vida de la nación y sus exigencias requieren la suspensión de determinados derechos humanos internacionales, las medidas que se adopten a este respecto deben cumplir las obligaciones del Estado en virtud del derecho internacional.

A. Derechos que no pueden limitarse ni suspenderse

41. En caso de emergencia, únicamente los derechos derogables pueden ser limitados. Los derechos inderogables son aquellos que el derecho de los tratados protege especialmente y que no pueden limitarse ni suspenderse, independientemente del alcance o el origen de la crisis a que se enfrente el Estado. Hay cierta discrepancia entre los tratados acerca de qué derechos son inderogables. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no permite la derogación de la privación arbitraria de la vida, la protección contra la tortura y los tratos inhumanos y degradantes, la esclavitud y la servidumbre, el encarcelamiento por no poder cumplir una obligación contractual, la aplicación retroactiva de la ley y la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. El Convenio Europeo de Derechos Humanos contiene disposiciones mínimas sobre los derechos inderogables, entre los que incluye el derecho a la vida (salvo en el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra), el derecho a no ser objeto de tortura o tratos inhumanos y degradantes, el derecho a no ser objeto de esclavitud y el derecho a no ser sometido a una aplicación retroactiva de la ley.

42. El Comité de Derechos Humanos ha prestado especial atención a la derogación de los derechos derogables y ha destacado que su carácter derogable no significa que puedan ser derogados discrecionalmente³⁰. Cabe sumar a este enfoque el adoptado al respecto por la Corte Interamericana en dos importantes opiniones consultivas, en las que determinó que algunos derechos derogables con arreglo a la Convención Americana son, en la práctica, inderogables en virtud de la interpretación amplia del término “garantías judiciales” del artículo 27 de la Convención Americana³¹. El Comité de Derechos Humanos también ha introducido otra ampliación importante de la protección de los derechos derogables en las situaciones de emergencia al considerar que, en tales situaciones, los derechos derogables que también constituyen normas imperativas de derecho internacional son inderogables en la práctica. Asimismo, el Comité ha señalado que, en su opinión, la derogación de determinados derechos nunca puede considerarse proporcional (por ejemplo, la toma de rehenes, la privación arbitraria de la libertad o la inobservancia de los principios de juicio imparcial)³². La Relatora Especial comparte esa opinión.

B. Principios de adecuación, necesidad y proporcionalidad al limitar los derechos en el contexto de la lucha contra el terrorismo

43. La derogación no es un mecanismo que pueda aplicarse de manera general. Los Estados deben alcanzar el mismo umbral de necesidad y proporcionalidad para cada una de las medidas adoptadas, que deberán responder “a un peligro real, claro, presente o

³⁰ Véase la observación general núm. 29 del Comité, párr. 6. Véase también la observación general núm. 35 (2014), sobre la libertad y la seguridad personales, párrs. 65 y 66.

³¹ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Garantías judiciales en estados de emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-9/87 (octubre de 1987) (OEA/Ser.L/V/111.9, doc. 13), pág. 40; y *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-8/87 (enero de 1987) (OEA/Ser.L/V/111.17, doc. 13), pág. 33.

³² Véase la observación general núm. 29 del Comité de Derechos Humanos, párr. 11.

inminente”³³. En otras palabras, cada una de las medidas de lucha contra el terrorismo adoptadas por un Estado que funcione como una facultad de excepción por modificar la protección de los derechos humanos establecida en la legislación ordinaria debe sopesarse aplicándole los mismos criterios y requisitos.

44. Los órganos creados en virtud de tratados aplican de forma diferente los requisitos de proporcionalidad (por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos utiliza la doctrina del “margen de apreciación”)³⁴. La Relatora Especial reconoce la necesidad de dar a los Estados la flexibilidad necesaria para hacer frente a una situación de crisis provocada por actos de terrorismo, pero destaca que, cuanto más se prolongue o consolide el estado de emergencia, menor debería ser el margen de deferencia concedido al Estado, especialmente cuando haya pruebas reiteradas de violaciones sistemáticas de los derechos humanos resultantes de las medidas de lucha contra el terrorismo o de emergencia.

45. La Relatora Especial expresa preocupación por determinadas leyes de lucha contra el terrorismo que, a primera vista, parecen menoscabar particularmente los principios de legalidad y juicio imparcial, así como la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Los aspectos fundamentales de esos derechos son inderogables en la práctica y su alteración repercute en los derechos humanos más elementales.

46. Los Estados deben demostrar que el uso de facultades excepcionales es estrictamente necesario para aplicar las medidas de lucha contra el terrorismo que limiten el ejercicio de los derechos humanos³⁵. Las referencias generales a una amenaza de terrorismo indeterminada no cumplen esta norma. Los Estados deben explicar expresamente de qué manera se ven afectados por la naturaleza exacta de la amenaza cuando adopten medidas jurídicas excepcionales que afecten el pleno disfrute de los derechos humanos. Los Estados partes tienen “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”³⁶.

47. En todo el mundo se están adoptando nuevas leyes antiterroristas que penalizan la libertad de expresión o las opiniones que parecen celebrar, glorificar, apoyar, defender, disculpar o tratar de justificar los actos definidos como “terrorismo” en el derecho interno. Estas leyes son motivo de profunda preocupación en cuanto a su legalidad y entrañan limitaciones a la libertad de pensamiento y de expresión. Se han venido aplicando para sancionar las actividades legítimas de opositores políticos, críticos, disidentes, miembros de la sociedad civil, defensores de los derechos humanos, abogados, religiosos, blogueros, artistas y músicos, entre otras personas. Además, las críticas no violentas de las políticas o las instituciones del Estado, incluido el poder judicial, no deberían tipificarse como delito en virtud de la lucha contra el terrorismo en una sociedad en la que impere el estado de derecho y se respeten los principios y las obligaciones de derechos humanos.

48. En el contexto de la lucha contra el terrorismo, el extremismo violento y otros delitos contra la seguridad del Estado, los Estados pueden imponer limitaciones a los derechos y las libertades, pero únicamente las “establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”³⁷. Se trate o no de una situación de emergencia, los Estados deben alcanzar el mismo umbral de legalidad, legitimidad, necesidad y proporcionalidad para cada una de las medidas adoptadas, que deberán responder “a un peligro real, claro, presente o

³³ Véanse los Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (E/CN.4/1985/4, anexo), principio 9.

³⁴ Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, “From discretion to scrutiny: revisiting the application of the margin of appreciation doctrine in the context of article 15 of the European Convention on Human Rights”, *Human Rights Quarterly*, vol. 23, núm. 3 (2001), págs. 625 a 649.

³⁵ Véase Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *James and Others v. the United Kingdom* (demanda núm. 8793/79), sentencia de 21 de febrero de 1986, párr. 50; y *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey*, sentencia de 13 de febrero de 2003, párr. 133.

³⁶ Véase la observación general núm. 29 del Comité de Derechos Humanos, párr. 6.

³⁷ Véase la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 29, párr. 2.

inminente”³⁸. Las medidas adoptadas deben ser lo menos invasivas posibles para lograr su objetivo.

49. Es importante señalar que la discreción concedida a los Estados no es ilimitada. Las facultades excepcionales deben adaptarse a una crisis inmediata y urgente y no deben utilizarse como medio para limitar la disidencia, protesta, expresión y labor legítimas de la sociedad civil. Ello podría vulnerar, entre otras cosas, el derecho a un juicio imparcial y a las debidas garantías procesales, la prohibición de la tortura e incluso el derecho a la vida. El principio de no discriminación debe respetarse siempre y se debe hacer todo lo posible para salvaguardar los derechos de los grupos vulnerables. Las medidas de lucha contra el terrorismo que afecten a determinados grupos étnicos o religiosos contravienen las obligaciones de derechos humanos que incumben a los Estados.

50. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha adoptado una postura firme y muy comprometida con respecto a la necesidad y la proporcionalidad de las medidas adoptadas por los Estados, en particular en el contexto de la lucha contra el terrorismo. Por ejemplo, en *Öcalan c. Turquía*, el Tribunal falló que, si bien la investigación de delitos de terrorismo presentaba, sin duda, problemas especiales a las autoridades, “ello no significa, sin embargo, que las autoridades encargadas de la investigación tengan carta blanca en virtud del artículo 5 para detener a sospechosos para interrogarlos sustrayéndolos al control efectivo de los tribunales nacionales” [cita traducida]³⁹. En *Al-Nashif c. Bulgaria*, asunto relativo a una expulsión y detención, el Tribunal determinó que las autoridades nacionales no podían “eliminar” el control efectivo de la legalidad de la detención optando por invocar la seguridad nacional y el terrorismo⁴⁰. La Relatora Especial suscribe y apoya estas firmes posturas judiciales.

C. Supervisión nacional e internacional de las facultades de excepción

51. La supervisión de las medidas de lucha contra el terrorismo es esencial para asegurar la protección de los derechos humanos cuando los Estados responden al terrorismo o a una amenaza de terrorismo. Los Estados deben garantizar la adopción de una serie de medidas internas para salvaguardar los derechos humanos durante los estados de emergencia, que se complementan con la supervisión internacional.

52. La Relatora Especial considera imprescindible que los órganos de supervisión nacional e internacional tengan debidamente en cuenta el solapamiento existente entre la legislación de lucha contra el terrorismo y el ejercicio de facultades de excepción, ya sea este oficial o *de facto*. Durante demasiado tiempo, desde el 11S, se ha dado por sentado erróneamente que las medidas de lucha contra el terrorismo no son una práctica de emergencia porque no se emplea el término “emergencia” en el título o la ejecución de esas medidas ni en la información al respecto.

53. La Relatora Especial subraya que, en virtud del derecho internacional de los derechos humanos, los Estados están obligados a dar a conocer y notificar, así como a cumplir, sus obligaciones dimanantes de los tratados de derechos humanos, también en los casos en que las medidas de lucha contra el terrorismo equivalgan a facultades excepcionales o tengan el mismo efecto que estas. La Relatora Especial afirma que los órganos internacionales de derechos humanos tienen la obligación de insistir en que se notifiquen esas medidas como facultades y prácticas de excepción cuando equivalgan a un estado de emergencia a efectos legales y prácticos, así como de examinar esas medidas como tales facultades y prácticas de excepción. Como se expone a continuación, cuanto más consolidadas y permanentes se tornan esas medidas, más ineludibles son las obligaciones de supervisión y menor es la discrecionalidad de los Estados.

³⁸ Véanse los Principios de Siracusa, principio 9.

³⁹ Véase Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Öcalan v. Turkey* (demanda núm. 46221/99), sentencia de 12 de marzo de 2003, párr. 106.

⁴⁰ *Ibid.*, *Al-Nashif v. Bulgaria* (demanda núm. 50963/99), sentencia de 20 de junio de 2002, párrs. 94, 123 y 124.

IV. Levantamiento de los estados de emergencia

54. El ejercicio de las facultades de excepción es finito y el propósito de que estén reguladas por el derecho internacional es limitar y acotar su uso. Aunque resulte contradictorio, el objetivo de que el estado de emergencia sea excepcional es crear y conservar los medios para que vuelva a regir la normativa jurídica ordinaria. La reglamentación jurídica mediante la legislación ordinaria promueve un gobierno abierto y transparente, refuerza la rendición de cuentas y se asocia, según demuestran las estadísticas, con un menor nivel de violaciones de los derechos humanos.

55. ¿Cuál es la mejor manera de poner fin a las facultades de excepción? En primer lugar, es menos probable que las facultades de emergencia perduren cuando están especialmente concebidas para responder a crisis concretas y definidas. La creación a medida de las facultades excepcionales empleadas hará más patente el fin de la crisis. En segundo lugar, es menos probable que persistan y se tornen permanentes las facultades excepcionales que son objeto de una supervisión nacional e internacional sólida, sobre todo porque los avisos enviados a los Estados, los organismos de seguridad, los tribunales y otras instancias encargadas de hacer cumplir las normas jurídicas modificadas dejarán claro que el Gobierno en cuestión ha excedido los límites de la reglamentación excepcional permisible. En tercer lugar, es más fácil poner fin a las facultades excepcionales cuando no están ocultas en la legislación ordinaria.

56. Por lo tanto, los Estados deberían tener la doble prioridad de incentivar el levantamiento de la normativa de excepción y reforzar la capacidad del sistema jurídico ordinario para hacer frente a las situaciones difíciles. Someter el ejercicio de las facultades de excepción y las leyes de la lucha contra el terrorismo a un escrutinio y examen constantes puede crear el tipo de incentivos que alienten a los Estados a utilizar la legislación ordinaria. Cuando el uso de facultades de excepción a través de la legislación de lucha contra el terrorismo no es objeto de una verdadera labor de supervisión, escrutinio, evaluación independiente y comparación con parámetros rigurosos, se incentiva lo contrario; es entonces cuando los Estados y las instituciones del sector de la seguridad consideran las facultades de excepción un recurso atractivo porque les ofrecen un atajo.

V. Prohibición de las facultades de excepción complejas y permanentes

57. Los estados de emergencia permanentes y complejos plantean graves problemas para la protección de los derechos humanos. Los abundantes datos empíricos recabados desde hace varios decenios demuestran inequívocamente el nexo entre los estados de emergencia prolongados y la persistencia de violaciones graves de los derechos humanos. Estudios recientes realizados tras el 11S ofrecen análisis de datos exhaustivos a este respecto⁴¹. Los datos también revelan una pauta preocupante: durante los estados de emergencia, los derechos inderogables se vuelven más vulnerables a la erosión y a la falta de protección, y existe un riesgo particular de que aumenten las violaciones de la prohibición de las ejecuciones extrajudiciales. Los procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos refuerzan su contacto con los países que se encuentran en estado de emergencia, en particular en los casos en que las facultades de excepción decretan normas de lucha contra el terrorismo y han dado lugar a numerosas denuncias de violaciones de los derechos humanos⁴². Organizaciones independientes de la sociedad civil y de derechos humanos de múltiples países han aportado información concreta y detallada sobre el índice de violaciones graves de los derechos humanos cometidas en los Estados que han recurrido a facultades excepcionales durante un período prolongado.

⁴¹ Véase Eric Neumayer, “Do governments mean business when they derogate? Human rights violations during notified states of emergency”, *The Review of International Organizations*, vol. 8, núm. 1 (marzo de 2013); y David L. Richards y K. Chad Clay, “An umbrella with holes: respect for non-derogable human rights during declared states of emergency, 1996-2004”, *Human Rights Review*, vol. 13, núm. 4 (diciembre de 2012), págs. 443 a 471.

⁴² Véase www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=22390&LangID=E.

58. Es evidente que el derecho internacional no permite el uso permanente de facultades excepcionales que conlleven la imposición de restricciones más amplias o la suspensión de los derechos humanos y las libertades fundamentales por tiempo indefinido. Además, aun cuando se permite, la prolongación rutinaria por muchos años, incluso decenios, de un estado de emergencia equivale a un estado de emergencia permanente, que obstaculiza considerablemente la protección efectiva de los derechos humanos.

59. El uso por tiempo indefinido de facultades excepcionales por conducto de la legislación y las prácticas administrativas de lucha contra el terrorismo “infecta” invariablemente a todo el ordenamiento jurídico ordinario. Cuanto más larga sea la crisis, mayor será la posibilidad de que las medidas excepcionales contempladas en la legislación de lucha contra el terrorismo para hacer frente a actos terroristas, reales o supuestos, penetren insidiosamente en la legislación ordinaria. A medida que la duración de un estado de emergencia se prolonga, resulta más difícil aislar del sistema ordinario de justicia penal que se ocupa de los delitos comunes a las partes de los sistemas de seguridad, inteligencia y policía que funcionan de manera distinta con arreglo a la legislación de lucha contra el terrorismo. Es posible citar numerosos ejemplos de ello, como la erosión del derecho a guardar silencio y el uso en algunos países de tribunales penales especiales o especializados que, en principio, son para los sospechosos de terrorismo, pero cuyas competencias se han ampliado para enjuiciar otros delitos y a bandas delictivas relacionadas con ámbitos más amplios de la seguridad del Estado⁴³.

60. Al mismo tiempo, se debe tener sumo cuidado cuando se utilizan leyes o prácticas administrativas de lucha contra el terrorismo amplias y contundentes para ocuparse de determinadas partes del territorio, porque pueden injerirse en otras jurisdicciones. La historia demuestra que las normas, reglas y principios jurídicos diferentes que se aplican en distintas zonas geográficas amparadas bajo el mismo “sistema de control”⁴⁴ no quedan aislados durante mucho tiempo, sino que siempre acaban traspasando las fronteras administrativas y territoriales. Ha quedado demostrado reiteradamente que las zonas “anómalas” amenazan con socavar los valores fundamentales del sistema jurídico global y poner en peligro el estado de derecho en general. Habida cuenta de que en todo el mundo hay pruebas de los efectos a largo plazo que tiene el ejercicio de facultades excepcionales en la integridad de los ordenamientos jurídicos y los derechos de los ciudadanos, el alcance y la amplitud de las normas de lucha contra el terrorismo contemporáneas deberían invitar a la reflexión y evidenciar la necesidad de una mayor transparencia y rendición de cuentas.

61. Por desgracia, hay leyes de lucha contra el terrorismo que, aunque en apariencia son neutrales porque sus amplias disposiciones restrictivas de derechos se aplican teóricamente a todos por igual, siempre afectan a grupos y minorías concretos. Cuando la legislación de lucha contra el terrorismo es permanente, se instalan distinciones y discriminaciones legales contra las minorías y determinados grupos sociales y se crean pautas de anomia, exclusión y discriminación social general que han sido reconocidas como una parte del panorama jurídico negativo que alimenta el extremismo violento⁴⁵. Cada vez son más los profesionales y expertos en materia de lucha y prevención del extremismo violento que afirman que la aplicación permanente de leyes y prácticas administrativas antiterroristas que normalizan el menoscabo de los derechos de determinados grupos tiene un costo a largo plazo. Las normas de lucha contra el terrorismo que limitan con carácter permanente los derechos no son un atajo conveniente para los Estados que estén realmente dispuestos a hacer frente a las condiciones que generan y fomentan el extremismo y la movilización.

⁴³ Véase Fergal F. Davis, *The History and Development of the Special Criminal Court, 1922-2005* (Four Courts Press, 2007).

⁴⁴ Véase Baruch Kimmerling, “Boundaries and frontiers of the Israeli control system: Analytical conclusions”, en *The Israeli State and Society: Boundaries and Frontiers*, Baruch Kimmerling (ed.) (State University of New York Press, 1989), págs. 265 a 267.

⁴⁵ Véase Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Journey to Extremism in Africa: Drivers, Incentives and the Tipping Point* (2017). Puede consultarse en: <http://journey-to-extremism.undp.org/content/downloads/UNDP-JourneyToExtremism-report-2017-english.pdf>. Véase también Paddy Hillyard, *Suspect Community: People’s Experience of the Prevention of Terrorism Acts in Britain* (Pluto Press – NCCL/Liberty, 1993).

62. La Relatora Especial subraya una vez más que los órganos internacionales de supervisión de los derechos humanos deben supervisar rigurosa y constantemente los estados de emergencia complejos. El efecto acumulativo de la superposición de estados de emergencia permanentes y complejos dificulta la rendición de cuentas y la supervisión de las facultades de excepción. Para superar esos problemas de rendición de cuentas, habrá que prestar especial atención a las diferentes formas en que las prácticas de lucha contra el terrorismo y los estados de emergencia se superponen y se refuerzan mutuamente.

VI. Prácticas tras el 11 de septiembre de 2001

A. Declaraciones de guerra y estados de emergencia

63. Tras los atentados del 11S, el Gobierno de los Estados Unidos de América declaró una “guerra mundial contra el terrorismo”⁴⁶. Si bien, en cuanto a la forma, los Gobiernos posteriores de los Estados Unidos han repudiado en gran medida esa expresión, esta se convirtió en la base de un conjunto de prácticas a nivel mundial y nacional en cuyo marco se han difuminado algunas de las distinciones tradicionales entre la guerra y la paz⁴⁷. Recordando que el derecho de los derechos humanos considera la guerra como un fundamento jurídico válido para declarar el estado de emergencia —aunque un conflicto armado por sí mismo no justifica automáticamente un estado de emergencia—, el discurso de la guerra mundial librada contra el terrorismo empleado tras el 11S puede haber revuelto las aguas jurídicas y lingüísticas relativas al fundamento jurídico de las facultades excepcionales. El uso de las resoluciones del Consejo de Seguridad como vía rápida para regular el problema del terrorismo ha agravado este complejo mosaico legal.

64. Algunos países también han autorizado el uso de la fuerza y una serie de medidas extraterritoriales de amplio alcance sobre la base de la amenaza mundial del terrorismo⁴⁸. Esa autorización, en forma de instrumentos legislativos internos, establece en la práctica un estado de guerra “en todo momento”, pero también “en todas partes”⁴⁹. El concepto de guerra a que se hace referencia en dichas leyes nacionales, que se renuevan constantemente, en concreto las que autorizan el uso de la fuerza en otros territorios por tiempo indefinido, también puede entenderse como un instrumento legislativo de emergencia permanente que tiene amplias y profundas consecuencias en los numerosos países de todo el mundo donde están presentes las fuerzas militares del Estado.

65. Como se señaló anteriormente, el Consejo de Seguridad ha reconocido en varias resoluciones que el terrorismo constituye una amenaza para la paz y la seguridad internacionales⁵⁰ y ha autorizado y exigido la adopción de una serie de medidas en respuesta a esa amenaza. Si bien dichos instrumentos destinados a colmar las lagunas jurídicas posibilitan la regulación para luchar contra actos y actores terroristas específicos, no constituyen un fundamento legítimo para crear un estado de emergencia mundial. Sin embargo, hay que reconocer que la traslación de las resoluciones del Consejo de Seguridad a la legislación de muchos Estados ha tenido el efecto jurídico de permitir, ampliar y validar estados de emergencia excepcionales.

⁴⁶ Véase www.state.gov/documents/organization/63562.pdf.

⁴⁷ Véase Rosa Brooks, *How Everything Became War and the Military Became Everything* (Nueva York, Simon & Schuster, 2016).

⁴⁸ Véase, por ejemplo, Estados Unidos de América, Ley Pública núm. 107-40, de 18 de septiembre de 2001 (115 Stat. 224), aprobada el 14 de septiembre de 2001 como Resolución Conjunta del Senado núm. 23, por la que se autoriza el uso de las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos contra los autores de los ataques perpetrados el 11 de septiembre de 2001 y las “fuerzas asociadas”. Véase también Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, *Barhoumi v. Obama*, sentencia de 11 de junio de 2010.

⁴⁹ Véase Clive Walker, “Prisoners of ‘war all the time’”, *European Human Rights Law Review* (2005).

⁵⁰ Véanse las resoluciones del Consejo de Seguridad 1373 (2001), 1456 (2003), 1566 (2004), 1624 (2005), 2178 (2014), 2341 (2017), 2354 (2017), 2368 (2017), 2370 (2017), 2395 (2017) y 2396 (2017).

66. En muchos países, leyes y prácticas de lucha contra el terrorismo basadas expresamente en las resoluciones del Consejo de Seguridad han cambiado totalmente o simplificado los mecanismos habituales para crear legislación de excepción y han permitido a los Estados elaborar definiciones de terrorismo amplias, vagas y muy controvertidas, que no solo aplican los principales imperativos de las resoluciones del Consejo de Seguridad, sino que también se han utilizado para reprimir protestas nacionales legítimas, suprimir organizaciones políticas y socavar la expresión legítima. En algunos de esos casos, está por demostrar que la amenaza terrorista nacional alcance el umbral mínimo de suponer un “peligro para la vida de la nación” o merme la seguridad esencial del Estado. La Relatora Especial recuerda a los Estados que las resoluciones del Consejo de Seguridad sobre la lucha contra el terrorismo no dan carta blanca para negar los derechos humanos ni justifican adoptar medidas políticas nefastas sin relación alguna con el contenido específico de las resoluciones. Además, señala que esas prácticas son contrarias a la Estrategia Global de las Naciones Unidas contra el Terrorismo, más concretamente al pilar IV, que exige la plena protección de los derechos humanos y el estado de derecho en el contexto de la lucha contra el terrorismo.

B. Uso extraterritorial de facultades excepcionales

67. Ningún Estado ha suspendido sus obligaciones dimanantes de un tratado internacional de derechos humanos por haber desplegado extraterritorialmente sus fuerzas militares en el extranjero⁵¹. No obstante, todo despliegue militar en el extranjero, en cuanto medida adoptada de manera individual o colectiva por los Estados para eliminar el terrorismo internacional, se rige por las reglas de enfrentamiento nacionales o internacionales respectivas, que deben ajustarse al derecho internacional, en particular al derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional de los refugiados y el derecho internacional humanitario⁵².

68. Algunos Estados han examinado la viabilidad de declarar “suspensiones presuntivas para las fuerzas armadas que participan en operaciones en el extranjero”⁵³ [cita traducida]. La Relatora Especial opina que, si bien esas suspensiones no son en sí mismas imposibles, la aplicación extraterritorial requiere que se den las condiciones, sobre la base de la realidad sobre el terreno, de “un peligro para la vida de la nación”, un “caso de guerra” o un “peligro público o [...] otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado”. En *Lawless c. Irlanda*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos confirmó la validez de la suspensión que Irlanda había declarado por motivo de, entre otras cosas, las actividades de “un ejército secreto [...] que operaba también fuera del territorio del Estado”⁵⁴ [cita traducida]. A pesar de la dimensión extraterritorial de esa suspensión, cabe señalar que se cumplía el principal criterio de amenaza al “existir dentro de la República de Irlanda un ejército secreto dedicado a actividades anticonstitucionales y al uso de la violencia” [cita traducida].

69. En el contexto de la suspensión extraterritorial de obligaciones, la revisión de la situación sobre el terreno incluiría un examen por el órgano de derechos humanos pertinente para determinar si existe una guerra —concretamente un conflicto armado internacional o no internacional— y si esta es suficiente para justificar la suspensión. Además, cuando los Estados realizan voluntariamente operaciones militares en el extranjero y pueden retirarse en cualquier momento, la necesidad de una suspensión general no parece condecirse con las circunstancias políticas que propician el uso de la fuerza militar.

⁵¹ Véase Marko Milanovic, “Extraterritorial derogations from human rights treaties in armed conflict”, en *The Frontiers of Human Rights: Extraterritoriality and its Challenges*, Nehal Bhuta (ed.) (Oxford University Press, 2014).

⁵² Véanse las resoluciones del Consejo de Seguridad 1373 (2001), 1456 (2003), 1566 (2004), 1624 (2005), 2178 (2014), 2341 (2017), 2354 (2017), 2368 (2017), 2370 (2017), 2395 (2017) y 2396 (2017); las resoluciones de la Asamblea General 49/60, 51/210, 72/123 y 72/180; y la resolución 35/34 del Consejo de Derechos Humanos.

⁵³ Véase, por ejemplo, Reino Unido, Ministerio de Defensa, “Government to Protect Armed Forces from persistent legal claims in future overseas operations” (4 de octubre de 2016).

⁵⁴ Véase *Lawless v. Ireland*, párr. 28.

70. La suspensión de obligaciones no es una vacuna a la que los Estados puedan recurrir para protegerse contra amenazas potenciales y no materializadas, sino que debe ejercerse ante la existencia de amenazas reales, concretas y mesurables para un Estado. La Relatora Especial opina que las suspensiones presuntivas son en sí mismas incompatibles con los estrictos requisitos establecidos en todos los tratados de derechos humanos pertinentes, ya que toda suspensión deberá estar justificada, por sí sola, por las características del contexto relacionadas con la participación de las fuerzas del Estado en el extranjero.

71. Si un Estado suspendiera sus obligaciones por motivo de sus actuaciones extraterritoriales, por ejemplo por participar en conflictos en otro territorio, las medidas adoptadas tendrían que ser necesarias y proporcionales a las exigencias de la situación y, por supuesto, determinados derechos serían absolutamente inderogables⁵⁵. Algunos tribunales han fallado que, en el contexto de los conflictos armados no internacionales, si se ha establecido una jurisdicción de derechos humanos y no se produce una suspensión legítima, las protecciones relativas al derecho a la libertad se mantienen plenamente vigentes⁵⁶. En términos generales, la Relatora Especial suscribe esa opinión y afirma que una suspensión no rebajaría las protecciones del derecho a la libertad por debajo de lo establecido en el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

VII. Conclusiones y recomendaciones

72. Los estados de emergencia siguen siendo una fuente nefasta e insuficientemente supervisada de violaciones de los derechos humanos en todo el mundo. El alcance y la amplitud de las leyes de lucha contra el terrorismo que permiten el establecimiento de estados de emergencia *de facto*, complejos y permanentes deben reconocerse y regularse con rigurosidad.

73. Los Estados deben cumplir las obligaciones que les incumben en virtud del derecho internacional suspendiendo sus obligaciones dimanantes de los tratados de derechos humanos aplicables cuando sus leyes y prácticas de lucha contra el terrorismo vigentes suspendan el disfrute pleno y efectivo de los derechos humanos dentro de sus territorios.

74. Los Estados deben velar por que, cuando modifiquen las leyes de lucha contra el terrorismo vigentes, o redacten otras nuevas, se cumplan los criterios de legalidad, legitimidad, necesidad y proporcionalidad establecidos en el derecho internacional para que las medidas de emergencia respeten la prohibición del uso de facultades de excepción con carácter permanente.

75. Los Estados deben revisar periódicamente, de manera rigurosa y seria, su legislación antiterrorista para evaluar si su efecto en el disfrute de los derechos humanos es necesario y proporcional. Al realizar dichas revisiones se deben estudiar los efectos acumulativos de las medidas de lucha contra el terrorismo que, sumados, podrían ser desproporcionados en relación con las exigencias de la situación. Cabe encomiar a algunos países, como el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte por su constante colaboración con el Revisor Independiente de la Legislación en materia de Terrorismo, que ofrece excelentes orientaciones muy necesarias y debería sentar un precedente para otros Estados⁵⁷. Se alienta a los Estados a que sigan este

⁵⁵ Así, por ejemplo, las suspensiones que puedan relacionarse con conflictos armados no internacionales no están exentas de la obligación de que el conflicto en otro lugar represente un “peligro para la *vida* de la nación” (sin cursiva en el original). Véase Alan Greene, “Separating normalcy from emergency: the jurisprudence of article 15 of the European Convention on Human Rights”, *German Law Journal*, vol. 12, núm. 10 (2011), págs. 1764 a 1785.

⁵⁶ Véase Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Al-Jedda v. the United Kingdom*, sentencia de 7 de julio de 2011; y *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom*, sentencia de 7 de julio de 2011.

⁵⁷ Véase <https://terrorismlegislationreviewer.independent.gov.uk>. Véase asimismo el Observador Independiente de la Legislación de Seguridad Nacional implantado por Australia como otro modelo de buenas prácticas.

ejemplo y establezcan mecanismos de expertos independientes que supervisen todo el ámbito de la lucha contra el terrorismo en cada Estado.

76. Los Estados deberían velar por que se cumplan los plazos para poner fin a las facultades excepcionales.

77. Los Estados cuyas leyes de lucha contra el terrorismo dan lugar a estados de emergencia deben mantener un acceso a la justicia y un control judicial sólidos e independientes. La supervisión judicial es necesaria en todas las fases del ejercicio de facultades excepcionales y, cuanto más largo sea el estado de emergencia, más importante y apremiante es la necesidad de revisión judicial⁵⁸.

78. Cuando un Estado recurre a leyes de lucha contra el terrorismo como facultades de excepción en la práctica, ello no lo exime de la obligación ineludible de proteger los derechos inderogables (como la prohibición de la tortura). Además, los derechos derogables que son intrínsecamente esenciales para hacer efectivos los derechos inderogables deben mantenerse (por ejemplo, la obligación de los Estados de garantizar la realización de investigaciones efectivas mediante la protección de las debidas garantías procesales). Los derechos procesales que permiten la impugnación, el debate y el examen de las facultades de excepción son fundamentales para la protección de los derechos humanos, la protección del espacio cívico y el mantenimiento de la tolerancia, la apertura y la dignidad humana en los estados de emergencia.

79. Preocupa a la Relatora Especial que en la estructura de las Naciones Unidas relativa a la lucha contra el terrorismo se estén publicando dictámenes sobre el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la resolución 1373 del Consejo de Seguridad en que se encomia a los Estados por elaborar leyes y prácticas administrativas de lucha contra el terrorismo más contundentes pero no se evalúa en profundidad el costo que supone para el Estado que los derechos humanos se vean afectados negativamente por esas nuevas normas. Las referencias meramente retóricas a las normas de derechos humanos en las resoluciones del Consejo de Seguridad son una falta de liderazgo fundamental en la reglamentación antiterrorista, y los órganos regulatorios supranacionales pueden y deben hacer más.

80. Cuando la legislación de lucha contra el terrorismo funciona como un instrumento de excepción, los Estados deben prestar especial atención al efecto desproporcionado de las facultades excepcionales sobre las minorías étnicas, los grupos vulnerables y las minorías religiosas. Los efectos de la legislación de lucha contra el terrorismo también deben calibrarse en los Estados en que existan grupos étnicos y religiosos sometidos que, en la práctica, sean una mayoría y estén en una posición no dominante, y cuya condición inferior se mantenga, en parte, debido al uso de facultades excepcionales. Las normas de lucha contra el terrorismo consolidadas también suelen afectar específicamente a las mujeres por motivos de género, y las violaciones de los derechos humanos en los estados de emergencia permanentes tienen tanto una carga como un matiz marcados por el género. La Relatora Especial recomienda encarecidamente que se adopte la práctica de establecer parámetros nacionales, entre otras cosas, recopilando datos nacionales independientes y sólidos sobre el uso de facultades excepcionales y sus efectos específicos sobre esos grupos.

81. Los mecanismos internacionales y regionales de protección y supervisión de los derechos humanos deben reavivar su interés por las prácticas de emergencia en vigor, y más específicamente por los efectos de excepción de las normas de lucha contra el terrorismo de amplio alcance. Se debe insistir y recordar a los Estados que deroguen los estados de emergencia y, en caso de que no lo hagan, se los debe impulsar a que faciliten información suficiente para poder evaluar si los estados de emergencia están fundados y las medidas adoptadas son proporcionadas. Es fundamental promover una cultura de justificación en la que las autoridades tengan la obligación de aducir las

⁵⁸ Véase Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *African Commission on Human and Peoples' Rights v. Libya*, demanda núm. 002/2013, sentencia de 3 de junio de 2016.

razones cuando tomen decisiones importantes que afecten los derechos de las personas.

82. Las facultades excepcionales creadas y perpetuadas por las leyes y prácticas de lucha contra el terrorismo deberían precipitar su propio final contribuyendo a superar la crisis que requirió su promulgación⁵⁹. Cuando los Estados mantienen estados de emergencia *de facto* y permanentes —en algunos casos, suspendiendo implacablemente derechos y libertades durante decenios—, los tribunales y los órganos de supervisión deberían pronunciarse de manera más crítica acerca de la necesidad y la eficacia de dichas medidas y se debería limitar la deferencia al Estado. Cuanto más se prolonga un estado de emergencia, mayor es la carga de justificación del Estado y mayor hincapié debería hacerse en el costo que supone mantener limitados los derechos de personas y grupos.

⁵⁹ Véase Alan Greene, *Permanent States of Emergency and the Rule of Law: Constitutions in an Age of Crisis* (Hart Publishing, 2018).