



Estrasburgo, 26 de mayo de 2020

CDL-PI(2020)005rev

Estudio 987/2020

O. Engl.

COMISIÓN EUROPEA PARA LA DEMOCRACIA POR DEL DERECHO
(COMISIÓN DE VENECIA)

**RESPECTO POR LA DEMOCRACIA,
DERECHOS HUMANOS Y EL ESTADO DE DERECHO
DURANTE LOS ESTADOS DE EMERGENCIA –
REFLEXIONES**

de

Nicos ALIVIZATOS (Miembro, Grecia)
Veronika BÍLKOVÁ (Miembro, República Checa)
Iain CAMERON (Miembro, Suecia)
Oliver KASK (Miembro, Estonia)
Kaarlo TUORI (Miembro, Finlandia)

Índice

I.	Introducción.....	3
II.	Reflexiones	3
A.	Estado de emergencia: definición y requisitos sustantivos	3
B.	Principios que rigen el estado de emergencia	4
a.	El principio general del Estado de derecho.....	4
b.	Necesidad	4
c.	Proporcionalidad	5
d.	Temporalidad	5
e.	Control (parlamentario y judicial) efectivo.....	5
f.	Predictibilidad de la legislación de emergencia.....	5
g.	Cooperación leal entre las instituciones estatales	5
C.	Motivos para declarar el estado de emergencia	6
D.	Declaración del estado de emergencia.....	6
E.	Declaración, activación y aplicación de los poderes de emergencia	9
F.	Competencia para declarar	9
G.	Tipos y alcance de las medidas de emergencia	9
a.	Protección de los derechos humanos.....	9
b.	Distribución de poderes.....	14
c.	Restricciones impuestas por el Ejecutivo al funcionamiento de los órganos y tribunales elegidos.....	18
H.	Procedimiento de adopción de medidas de emergencia.....	18
I.	Duración del estado de emergencia	18
J.	Control de la declaración y prolongación del estado de emergencia y de las medidas de emergencia	19
a.	Supervisión parlamentaria.....	19
b.	El poder judicial.....	20
c.	Supervisión por parte del Defensor del Pueblo o de las instituciones nacionales de derechos humanos.....	21
d.	La vigilancia de los medios de comunicación	21
K.	Elecciones durante estados de emergencia	21
III.	Conclusión	27

I. Introducción

1. La lucha contra la pandemia del Covid-19 ha llevado a muchos países a recurrir a poderes de emergencia. La inmensa magnitud del desafío planteado por la pandemia exige una gran capacidad de recuperación democrática a fin de evitar que los poderes de emergencia restrinjan derechos fundamentales y entren en conflicto con el Estado de derecho. Por otra parte, se espera que los Estados anticipen los peligros pertinentes, sean proactivos y adopten de antemano medidas que consideren apropiadas, aplicando el “principio de precaución”.¹

2. La Comisión de Venecia ha estudiado anteriormente los estados de emergencia elaborando informes generales y opiniones específicas para cada país tanto sobre disposiciones constitucionales como legislación de emergencia. Existe una compilación de los trabajos realizados por la Comisión en esta temática y que da orientación sobre las conclusiones específicas de la Comisión (CDL-PI(2020)003). La Comisión también ha puesto en marcha un Observatorio cuyo objetivo es determinar cómo es que se han venido implementando las declaraciones de estado de emergencia y de legislación de emergencia emitidas por los Estados miembros de la Comisión de Venecia.

3. La reflexión sobre los desafíos que plantean los estados de emergencia continúa. El presente informe debe considerarse como una contribución a dicha reflexión. Se basa en la observación de los actuales estados de emergencia, pero puede aplicarse mutatis mutandis a cualquier situación de emergencia.

4. Hay que decir desde un comienzo que la identificación de las mejores prácticas en esta esfera no es sencilla: la experiencia actual demuestra que incluso los Estados con modelos constitucionales muy similares, como Suecia y Finlandia, pueden tener formas muy diferentes de hacer frente a las emergencias. Parece evidente que la historia y los factores culturales desempeñan un papel importante en este contexto.²

II. Reflexiones

A. Estado de emergencia: definición y requisitos sustantivos

5. El estado de emergencia es una situación - temporal - en la que se otorgan poderes excepcionales al ejecutivo y se aplican normas excepcionales en respuesta a una situación extraordinaria que representa una amenaza fundamental para un país, teniendo como fin la superación de dicha situación. Ejemplos para esto son los desastres naturales, los disturbios civiles, las epidemias, los ataques terroristas masivos, las crisis económicas, las guerras y las amenazas militares. La existencia del estado de emergencia se basa en la dicotomía entre la norma(lidad) y la excepción. Por consiguiente, una precondition necesaria para declarar el estado de emergencia debería ser que las facultades previstas en la legislación normal no basten para superar la emergencia. El objetivo último de todo estado de emergencia debería ser que el Estado supere la emergencia y vuelva a una situación de normalidad.

¹ Véase, por ejemplo, la orden dada por el Consejo de Estado francés al Primer Ministro y al Ministro de Salud respecto del alcance de las medidas de emergencia: <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/dernieres-decisions-importantes/conseil-d-etat-22-mars-2020-demande-de-confinement-total>.

² Véase, por ejemplo, Jonsson Cornell, Anna, Salminen, Emergency laws in comparative constitutional law, German Law Journal, 2019, 233-249. Para ejemplos nacionales, véase, entre otros, <https://verfassungsblog.de/category/debates/covid-19-and-states-of-emergency-debates/>.

B. Principios que rigen el estado de emergencia

6. El único objetivo y motivo legítimo para la adopción de medidas de emergencia es ayudar al Estado a superar una situación excepcional. La naturaleza, la gravedad y la duración de esta situación excepcional son las que determinan el tipo, el alcance y la duración de las medidas a las que el Estado puede recurrir legítimamente. Las medidas de emergencia deben respetar ciertos principios generales que tienen por objeto reducir al mínimo los daños a los derechos fundamentales, la democracia y el Estado de derecho. Así pues, las medidas están sujetas a las tres condiciones generales de necesidad, proporcionalidad y temporalidad.

7. La evaluación de las tres condiciones no es una cuestión de “una vez y para siempre”. A medida que la situación cambia con el tiempo, las medidas deben reflejar esos cambios (pueden hacerse más estrictas, si la situación empeora, y han de hacerse menos estrictas, si la situación mejora).³

a. El principio general del Estado de derecho

8. La existencia del estado de emergencia se basa en la visión dicotómica entre la norma(lidad) y la excepción. Según el llamado enfoque de la soberanía, el estado de emergencia queda fuera de la regulación legal y no está sujeto a ella. Según el denominado enfoque del Estado de derecho, el estado de emergencia es en sí mismo una institución jurídica, que está sujeta a la reglamentación jurídica, aunque las normas aplicables a él pueden ser algo diferentes de las aplicables en tiempos de normalidad. El derecho internacional actual, así como prácticamente todos los ordenamientos jurídicos nacionales, se adhieren a este último enfoque.

9. La Comisión de Venecia afirmó respecto a esto que “[e]l concepto de gobierno de emergencia se basa en el supuesto de que en determinadas situaciones de emergencia política, militar y económica, el sistema de limitaciones al gobierno constitucional tiene que ceder ante el aumento del poder del ejecutivo. Sin embargo, incluso en un estado de emergencia pública el principio fundamental del Estado de derecho debe prevalecer.⁴ El Estado de derecho consta de varios aspectos que tienen gran importancia y que deben preservarse de manera integral. Estos elementos son el principio de legalidad, la separación de poderes, la división de poderes, los derechos humanos, el monopolio de la fuerza por parte del Estado, la administración de justicia pública e independiente, la protección de la privacidad, el derecho al voto, la libertad de acceso al poder político, la participación democrática y la supervisión del proceso de toma de decisiones públicas, la transparencia del gobierno, la libertad de expresión, asociación y reunión, los derechos de las minorías, así como la regla de la mayoría en el proceso de toma de decisiones políticas.⁵ El Estado de derecho implica además que los organismos gubernamentales deben operar dentro del marco de la ley, y sus acciones deben estar sujetas a la revisión de tribunales independientes. La seguridad jurídica de los individuos debe estar garantizada.⁶

b. Necesidad

10. En virtud de la condición de necesidad (vínculo directo), sólo pueden justificarse aquellas medidas que sean necesarias para ayudar al Estado a superar la situación excepcional. El

³ Srov. “Las autoridades deben evaluar permanentemente la necesidad de mantener la vigencia de cada una de las medidas temporales de suspensión o restricción adoptadas.” CIDH, Resolución No. 1/2020, *Pandemia y Derechos Humanos en Las Américas*, el 10 de abril de 2020, para 28.

⁴ CDL-AD(2011)049, Opinión sobre el proyecto de ley sobre el régimen jurídico del estado de emergencia de Armenia, § 44.

⁵ CDL-AD(2006)015, Opinión sobre la protección de los derechos humanos en situaciones de emergencia, § 34.

⁶ CDL-AD(2011)049, Opinión sobre el proyecto de ley sobre el régimen jurídico del estado de emergencia de Armenia, § 44.

propósito general de las medidas de emergencia es superar la emergencia y volver a la "normalidad". Esto implica que el estado de emergencia debe cesar inmediatamente después de que la emergencia haya pasado y las facultades establecidas por la legislación normal basten para hacer frente a la situación.

c. Proporcionalidad

11. En virtud de la condición de proporcionalidad, los Estados no podrán recurrir a medidas que sean manifiestamente desproporcionadas con respecto al objetivo legítimo (en cuanto a su gravedad o a la zona geográfica abarcada por las medidas de emergencia). Si pueden elegir entre varias medidas, deben elegir las menos radicales.

12. Los principios de necesidad y proporcionalidad son relevantes no sólo porque que las medidas de emergencia limitan y pueden llegar hasta suspender derechos fundamentales constitucionales, sino también pueden hacerlo respecto a los derechos humanos consagrados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas (en adelante PIDCP). Ambos principios son pertinentes incluso como restricciones a las medidas de emergencia que no tienen esos efectos.

d. Temporalidad

13. Bajo la condición de temporalidad, las medidas de emergencia sólo podrán aplicarse durante el tiempo en que el Estado atraviese la situación excepcional. Deben cesar una vez que la situación excepcional haya terminado. Por lo tanto, no deben tener efectos permanentes. Los decretos de emergencia u otras medidas de urgencia no deben ser (ab)usados para introducir cambios permanentes en la legislación o la administración. En principio, no deben introducirse enmiendas a la constitución durante los estados de emergencia.

e. Control (parlamentario y judicial) efectivo

14. Es esencial que tanto la declaración y posible prolongación del estado de emergencia, por un lado, como la activación y aplicación de los poderes de emergencia, por otro, estén sujetos a un control parlamentario y judicial efectivo.

f. Predictibilidad de la legislación de emergencia

15. El régimen de emergencia debe establecerse preferentemente en la constitución y, con más detalle, en una ley separada, preferiblemente una ley orgánica o constitucional. Esta última debe ser aprobada por el parlamento con antelación, en tiempos normales, mediante el procedimiento ordinario. A fin de evitar excesos y presiones de tiempo, incluso los decretos de emergencia y otras medidas de urgencia deben, en la medida de lo posible, redactarse con antelación.

g. Cooperación leal entre las instituciones estatales

16. Dado que el estado de emergencia implica derogaciones de las normas ordinarias que regulan la distribución de poderes, es importante, para que la gestión de la crisis sea eficaz y coordinada y en aras de la igualdad y la equidad de trato de todos los ciudadanos, que todas las instituciones y organismos estatales, regionales y locales respeten el principio de cooperación leal y respeto mutuo entre ellos.

C. Motivos para declarar el estado de emergencia

17. Una precondition necesaria para declarar el estado de emergencia debería ser que las facultades previstas por la legislación normal no basten para hacer frente a la situación.

18. La regulación de los motivos para declarar el estado de emergencia es principalmente una tarea de la legislación nacional. Cada país tiene su propia definición de las circunstancias que pueden dar lugar a un estado de emergencia. Sin embargo, el derecho internacional impone ciertos límites a esta regulación. Esos límites provienen de los tratados internacionales, especialmente los tratados de derechos humanos, el derecho consuetudinario internacional y los principios generales del derecho internacional (instituciones jurídicas comunes que están presentes en los ordenamientos jurídicos de todo el mundo). Aunque se deja a los Estados una discreción relativamente amplia (margen de apreciación) en esta esfera, esta discreción no es ilimitada. No existe una lista cerrada de situaciones excepcionales que puedan dar lugar a la declaración del estado de emergencia. Sin embargo, si las medidas de emergencia conllevan la suspensión de los derechos humanos, entonces la situación excepcional tiene que ajustarse a la definición de “*emergencia pública que ponga en peligro la vida de una nación*” (Artículo 4 del PIDCP y Artículo 15 del CEDH).

19. Hasta ahora, los Estados han invocado principalmente los conflictos armados en curso, los ataques terroristas masivos, los desastres naturales y, más recientemente, las pandemias, para justificar tales medidas suspensivas.

20. Dado que el estado de emergencia está concebido para situaciones excepcionales, sólo debe aplicarse en caso de amenazas verdaderamente excepcionales (y a corto plazo). Por el contrario, no debe aplicarse en caso de amenazas que, por muy desafortunadas y dramáticas que sean, sean endémicas de las sociedades modernas y nunca puedan erradicarse completamente (delincuencia común, ataques terroristas esporádicos, etc.). Sin embargo, la línea entre los dos escenarios no puede trazarse *in abstracto*.

21. Si bien la idea que subyace a la declaración del estado de emergencia es una dicotomía entre la normalidad y la excepción, en la práctica puede existir un espectro entre las facultades utilizadas en la situación ordinaria y las utilizadas en una emergencia. Se puede suponer que todos los Estados cuentan ya con estatutos relativos a la salud pública y las epidemias, que otorgan amplias facultades al gobierno, las cuales pueden o no ser delegadas ulteriormente a las autoridades sanitarias, para adoptar medidas drásticas de contención (emitir cuarentenas, etc.). Las facultades ordinarias de contención de enfermedades en algunos Estados pueden ser amplias, por lo que la necesidad de declarar un estado de emergencia puede ser menor. No obstante, no debe atenuarse la distinción entre la legislación ordinaria y la de emergencia (véase el párrafo 33 infra).

D. Declaración del estado de emergencia

22. Existen dos tipos de poderes de emergencia: constitucionales y extra-constitucionales. En el primer caso, los poderes de emergencia se basan en la constitución (escrita) o en una ley orgánica u ordinaria promulgada de conformidad con la constitución; el Estado proclama oficialmente el estado de emergencia (en una de las formas previstas por la legislación nacional) y, por lo general, promulga medidas de emergencia. En el segundo caso, las autoridades ejecutivas actúan -y se considera que tienen derecho a actuar- en una emergencia sobre la base de principios no escritos (constitucionales) con el fin de superar la emergencia; el Estado promulga medidas de emergencia sin proclamar oficialmente el estado de emergencia.

23. La primera forma de estado de emergencia puede considerarse *de jure*, la segunda de *facto*. La segunda forma no constituye necesariamente una violación del derecho internacional. Sin embargo, la ausencia de una declaración formal puede impedir que los Estados recurran a determinadas medidas (por ejemplo, en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, una suspensión de los derechos humanos sólo puede tener lugar *"en tiempo de emergencia pública /.../ cuya existencia se proclame oficialmente"*, artículo 4 1)).

24. Un sistema de poderes de emergencia constitucional de jure puede proporcionar mejores garantías para los derechos fundamentales, la democracia y el Estado de derecho, y servir mejor al principio de seguridad jurídica que se deriva de ello. En su informe de 1995 sobre *los poderes de emergencia*, la Comisión de Venecia expresó su preferencia por la forma de jure, recomendando que *"se evitara el estado de emergencia de facto y se declarara oficialmente el estado de emergencia"*.⁷

25. La declaración del estado de emergencia está sujeta a las normas consagradas en el ordenamiento jurídico interno. Las normas deben ser claras, accesibles y prospectivas (disponibles con antelación).

26. Dentro del sistema de poderes de emergencia escritos, las disposiciones básicas sobre el estado de emergencia y sobre los poderes de emergencia deben incluirse en la constitución, incluida una clara referencia a los derechos que pueden suspenderse y los que no pueden ser suspendidos y deben respetarse en toda circunstancia.⁸ La Comisión de Venecia ha indicado anteriormente que *"las situaciones de emergencia que puedan dar lugar a la declaración del estado de emergencia deben estar claramente definidas y delimitadas por la constitución"*.⁹ Esto es necesario porque los poderes de emergencia suelen restringir principios constitucionales básicos, tales como los derechos fundamentales, la democracia y el Estado de derecho. Corresponde a cada Estado decidir si se reconocerán uno o varios regímenes de emergencia. Si existen varios regímenes de emergencia, las diferencias entre ellos (causas, niveles de supervisión parlamentaria, niveles de facultades del gobierno, medidas de emergencia disponibles) deben establecerse claramente en la norma jurídica. El Estado siempre debe optar por el régimen menos radical disponible en las circunstancias dadas.

27. Si la emergencia se refiere únicamente a un territorio determinado, la declaración debe incluir una limitación territorial.

28. La declaración debe indicar los motivos del estado de emergencia y enumerar los poderes excepcionales a los que se puede recurrir. Las medidas que se autorizarán posteriormente no necesitan ser enumeradas en un solo acto jurídico y, obviamente, pueden cambiar con el tiempo. Debe adjuntarse un informe explicativo a la declaración original, así como a todo acto jurídico que introduzca una medida de emergencia, en el que se especifiquen los motivos de hecho y de derecho por los que se promulgan las medidas.

29. El régimen de emergencia debe establecerse con más detalle en una ley separada, preferiblemente una ley orgánica, si el sistema constitucional incluye ese nivel.¹⁰ La ley debería incluir disposiciones sobre las circunstancias excepcionales en que puede declararse el estado de emergencia; la proclamación del estado de emergencia; la activación del uso de los poderes de emergencia; la aplicación de los poderes de emergencia; el control parlamentario de la

⁷ Comisión de Venecia, CDL-STD(1995)012, *Emergency Powers*, 1995, p. 30.

⁸ Comisión de Venecia, CDL-STD(1995)012, *Emergency Powers*, 1995.

⁹ Comisión de Venecia, CDL-STD(1995)012, *Emergency Powers*, 1995, p. 30.

¹⁰ CDL-AD(2015)037, Primera Opinión sobre el Proyecto de Enmiendas a la Constitución (Capítulos 1 a 7 y 10) de la República de Armenia, § 93.

proclamación y la terminación del estado de emergencia y de las normas jurídicas dictadas por el ejecutivo durante dicho estado; el control judicial de las medidas de emergencia específicas.

30. Es importante que la ley sobre el régimen del estado de emergencia se adopte con antelación, durante las épocas normales. Esa ley suele abarcar diversos tipos de emergencia e incluye disposiciones sobre facultades que sólo son pertinentes en determinados tipos de emergencia. Por lo tanto, es fundamental que en la declaración del estado de emergencia o en un decreto separado, que también se someterá a la aprobación del parlamento, se enumeren las facultades que pueden aplicarse en la emergencia. Lo mismo ocurre con su ámbito de aplicación territorial. Una vez más, el principio de necesidad exige que los poderes de emergencia sólo puedan activarse para aquellas medidas que se consideren necesarias para superar la emergencia pero que queden fuera de los poderes establecidos por la legislación normal.

31. No sólo debe adoptarse la ley sobre el régimen de los estados de excepción en condiciones normales. A fin de evitar excesos y presiones de tiempo, incluso los decretos de emergencia y otras medidas de urgencia deben, en la medida de lo posible, redactarse con antelación. Esto permite un debate adecuado y sin prisas sobre los equilibrios que deben establecerse entre los intereses en conflicto.

32. No obstante, no puede excluirse que una emergencia presente retos impredecibles. Por ejemplo, muchos Estados han sentido la necesidad y han optado por legislar especialmente para la situación causada por la epidemia del Coronavirus, incluidos varios Estados que prevén, ya sea en su constitución o en la legislación ordinaria, medidas de emergencia de amplio alcance.¹¹ Esto parece indicar que pocos Estados, si es que hay alguno, han considerado que sus leyes de emergencia existentes son adecuadas para la presente emergencia, y han optado por crear un nuevo tipo de ley especial de emergencia, o han complementado sus leyes existentes relativas a las enfermedades infecciosas con facultades adicionales. La amenaza para la nación en tiempos de paz que se puede suponer que es el desencadenante "estándar" de los poderes de emergencia es "los disturbios civiles generalizados". Una característica compartida entre esta amenaza y la actual epidemia es la necesidad de restringir las reuniones públicas. Sin embargo, la actual epidemia plantea diferentes amenazas, por lo que requiere diferentes poderes.¹² En la mayoría de los Estados europeos se han adoptado medidas drásticas encaminadas a limitar la propagación de la enfermedad, medidas tales como la cuarentena de grandes zonas en las que se presume que la infección está extendida, la restricción del acceso a localidades en las que se sabe que hay sectores de la población que corren un riesgo especial (residencias de ancianos, etc.), el cierre de escuelas y universidades, el cierre de parques y otras zonas públicas, el cierre de empresas privadas o la limitación de sus horarios de apertura. Estas medidas drásticas han desencadenado a su vez una crisis económica, que a su vez ha exigido otros poderes de emergencia (medidas financieras, etc.). El método normal para hacer frente a una crisis económica -diversas formas de estimular la economía- no es adecuado, porque esas medidas tenderían a socavar las medidas de salud y seguridad destinadas a limitar la propagación de la enfermedad. Así pues, se trata de una emergencia "compleja" (compuesta por diferentes amenazas) que requiere tipos adicionales de medidas no habituales en una situación de disturbios civiles.

¹¹ Por ejemplo, el 23 de marzo de 2020, la legislatura francesa aprobó una ley que permite al poder ejecutivo declarar el estado de emergencia para las crisis relacionadas con la salud. Esta ley añade varias disposiciones al Código de Salud Pública de la nación, permitiendo al ejecutivo declarar un "estado de emergencia sanitaria" (*état d'urgence sanitaire*). El Parlamento noruego decidió no activar el estado de emergencia, sino que aprobó una ley especial que permite al Gobierno derogar, mediante decretos, los requisitos de un gran número de otras leyes.

¹² CDL-AD(2017)005, Turquía - Dictamen sobre las enmiendas a la Constitución aprobadas por la Gran Asamblea Nacional el 21 de enero de 2017 y que se someterán a referéndum nacional el 16 de abril de 2017, párr. 73: "La diferenciación de los distintos tipos de estados de excepción es una solución común en muchos países, y una positiva: los distintos tipos de estados de excepción necesitan la utilización de distintos medios".

33. El formular una legislación ordinaria sobre enfermedades infecciosas (u otras emergencias) con una flexibilidad tal que pueda abarcar todas las medidas posibles necesarias para hacer frente a una pandemia (o amenaza) de la escala de la actual pandemia del Coronavirus conlleva el peligro de provocar una emergencia duradera o incluso permanente. La Comisión de Venecia ha advertido sobre este peligro.¹³

E. Declaración, activación y aplicación de los poderes de emergencia

34. El régimen jurídico del estado de emergencia debe distinguir entre la activación y la aplicación de los poderes de emergencia. La activación sólo implica que se pueden adoptar determinadas medidas de emergencia en general si la situación concreta así lo requiere necesariamente, mientras que la aplicación, a su vez, significa que se adopta la medida. La distinción es importante porque los principios de necesidad y proporcionalidad se especifican de manera diferente en estas dos etapas. Si se separan la declaración del estado de emergencia y la activación de los poderes de emergencia, estos principios deben respetarse en tres contextos: en primer lugar, al declarar, prolongar y poner fin al estado de emergencia; en segundo lugar, al activar determinados poderes de emergencia; y, en tercer lugar, al aplicar estas facultades.

35. La declaración del estado de emergencia debe preceder a la activación y el uso de los poderes de emergencia. Esto es válido también para las emergencias que quedan fuera del ámbito del Art. 15 de la Convención Europea de Derechos Humanos y del Art. 4 del PIDCP.

F. Competencia para declarar

36. La declaración del estado de emergencia puede ser emitida por el parlamento o por el ejecutivo. En este último caso, debe ser objeto de una aprobación parlamentaria inmediata. La opción principal debe ser la declaración del parlamento o una declaración del ejecutivo que no entre en vigor antes de la aprobación del parlamento. Sin embargo, en casos particularmente urgentes, podría permitirse la entrada en vigor inmediata. No obstante, incluso en ese caso, la declaración debe ser presentada inmediatamente al Parlamento, que puede revocarla. El Ejecutivo no debería poder prolongar el estado de emergencia más allá de un determinado período de tiempo sin la participación del Parlamento.

G. Tipos y alcance de las medidas de emergencia

37. Las situaciones de emergencia pública implican tanto suspensiones de las normas normales de derechos humanos como alteraciones en la distribución de funciones y poderes entre los distintos órganos del Estado.

a. Protección de los derechos humanos

i. Excepciones

38. El estado de emergencia puede implicar restricciones a los derechos humanos. Esas restricciones están previstas en los tratados de derechos humanos y, dado que la mayoría de los Estados tienen sus propias cartas de derechos internos, también deberán estar consagradas

¹³ Turquía - Opinión sobre las leyes del decreto de emergencia N°s667-676 adoptadas tras el fallido golpe de Estado del 15 de julio de 2016, CDL-AD(2016)037, "cuanto más dure el régimen de emergencia, más se alejará el Estado de los criterios objetivos que pueden haber validado el uso de los poderes de emergencia en primer lugar. Cuanto más tiempo persista la situación, menor será la justificación para tratar una situación como de carácter excepcional, con la consecuencia de que no puede abordarse mediante la aplicación de los instrumentos jurídicos normales" (párr. 41).

en el ordenamiento jurídico interno.¹⁴ Hay tres instrumentos principales que la legislación de derechos humanos utiliza para dar cabida a situaciones excepcionales.

39. El primer instrumento es *una excepción* a los derechos humanos. Las excepciones excluyen del ámbito de los derechos humanos ciertas medidas adoptadas en tiempo de emergencia. Por ejemplo, el párrafo 3 del Artículo 4 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales estipula que la prohibición del trabajo forzoso y obligatorio, consagrada en el párrafo 2 del artículo 4, no se extiende a *"todo servicio exigido en caso de urgencia o de calamidad que amenace la vida o el bienestar de la comunidad"* (párr. c)).

40. El segundo instrumento es la *limitación* a los derechos humanos. Las limitaciones son restricciones impuestas a derechos humanos no absolutos, como el derecho a la libertad de expresión, el derecho a la libertad de asociación o el derecho a la vida privada y familiar. El objetivo legítimo de protección de la salud figura en el apartado 1e del Artículo 5, en el párrafo 2 de los Artículos 8 a 11 del CEDH y en el párrafo 3 del Artículo 2 del Protocolo N° 4 del CEDH. Estas limitaciones están sujetas a una triple prueba de legalidad (están prescritas por la ley), legitimidad (persiguen un objetivo legítimo) y necesidad (son necesarias para alcanzar el objetivo y son proporcionadas al mismo).

41. El tercer instrumento es la suspensión. Las suspensiones son suspensiones temporales de ciertas garantías de los derechos humanos.¹⁵ La posibilidad de suspender está condicionada a la situación de *"emergencia pública que ponga en peligro la vida de la nación"* (Artículo 4(1) PIDCP) o a una situación similar de extrema gravedad¹⁶. La suspensión implícita no es posible.¹⁷ Las medidas de suspensión tienen que cumplir la condición de proporcionalidad. Por lo tanto, los Estados sólo pueden suspender *"en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación"* (Artículo 4(1) PIDCP). La expresión "en la medida" se refiere a la gravedad de las medidas, la zona geográfica que abarcan y el período durante el cual permanecen en vigor.¹⁸ Además, las medidas no deben entrañar discriminación¹⁹ ni ser incompatibles con otras obligaciones derivadas del derecho internacional, por ejemplo, la obligación prevista en el derecho internacional humanitario o el derecho internacional de los refugiados. La excepción puede utilizarse con respecto a cualquier derecho humano, salvo aquellos que se consideren "insuspendibles". El núcleo común de los derechos que no pueden suspenderse comprende el derecho a la vida, el derecho a no ser sometido a torturas ni a otros tratos o penas inhumanos o degradantes, el derecho a no ser sometido a esclavitud ni a servidumbre y el derecho a no ser objeto de aplicación retroactiva de las leyes penales.²⁰ También se considera cada vez más que

¹⁴ Véase también CDL-AD(2006)015, Opinión sobre la protección de los derechos humanos en situaciones de emergencia, Opinión N° 359/2005, 4 de abril de 2006.

¹⁵ Véase también Higgins, Rosalyn, Derogations Under Human Rights Treaties, *British Yearbook of International Law*, Vol. 48, 1976-77, págs. 281-320; Cowell, Frederick, Sovereignty and the Question of Derogation: An Analysis of Article 15 of the ECHR and the Absence of a Derogation Clause in the ACHPR, *Birbeck Law Review*, Vol. 1, 2013, págs. 135-162.

¹⁶ El CEDH habla de *"la guerra u otra emergencia pública que amenace la vida de la nación"* (Artículo 15(1)).

¹⁷ Véase *Chipre c. Turquía*, 4 de octubre de 1983, Informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos.

¹⁸ El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas especifica que *"/su requisito se refiere a la duración, la cobertura geográfica y el alcance material del estado de emergencia y de toda medida de suspensión a la que se recurra a causa de la emergencia"*. El Doc. de la ONU. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001), *Observación General 29, Estados de excepción (artículo 4)*, 31 de agosto de 2001, párr. 4.

¹⁹ La prohibición de la discriminación figura explícitamente en el PIDCP. No se menciona en el artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, pero ha sido leída por el TEDH (véase TEDH, *A. y otros c. el Reino Unido*, solicitud N° 3455/05, Gran Sala, 19 de febrero de 2009, párr. 190).

²⁰ El catálogo del CEDH se limita a estos cuatro derechos. El catálogo del PIDCP añade el derecho a no ser encarcelado por no poder cumplir una obligación contractual, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión y, para los Estados Parte en el Segundo Protocolo de 1989 del PIDCP, la prohibición de la pena de muerte.

las garantías judiciales fundamentales son insuspendibles²¹. Las suspensiones también entrañan obligaciones de procedimiento (notificación al depositario de los tratados de derechos humanos pertinentes) que deberían facilitar la supervisión externa.²²

42. La suspensión no siempre es necesaria. Como se ha indicado anteriormente, el Convenio Europeo de Derechos Humanos prevé la posibilidad de restringir varios derechos a causa de la protección de la salud (el Artículo 5 prevé un motivo explícito para poder detener a personas por enfermedades infecciosas). Otros derechos contienen motivos de restricción más generales, y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) tiene en cuenta el contexto al momento de interpretar el alcance de los derechos.²³ Abstenerse de hacer una suspensión puede transmitir el mensaje de que una crisis puede ser manejada sin recurrir a poderes excepcionales; por otra parte, una suspensión puede dar una clara indicación de que ciertas medidas excepcionales son verdaderamente excepcionales y no “hacen la ley”. Como ha subrayado el Secretario General del Consejo de Europa, “corresponde a cada Estado evaluar si las medidas que adopta justifican tal suspensión, en función de la naturaleza y el alcance de las restricciones aplicadas a los derechos y libertades protegidos por el Convenio”. La posibilidad de que los Estados lo hagan es una característica importante del sistema, que permite la aplicación continua del Convenio y su mecanismo de supervisión incluso en los momentos más críticos.²⁴

43. Los Estados tienen un margen de discreción para evaluar si existe una emergencia pública y si es necesario hacer excepciones. Corresponde a las autoridades nacionales evaluar, en vista de la gravedad de la situación y teniendo en cuenta todos los factores pertinentes, si existe una emergencia pública que amenace la existencia de la nación y si es necesario declarar un estado de emergencia para combatirla. Asimismo, corresponde a las autoridades estatales decidir la naturaleza y el alcance de las suspensiones necesarias para superar la emergencia. Sin embargo, aunque los Estados tienen un amplio margen de discreción en esta esfera, sus facultades no son ilimitadas, y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ejerce cierta supervisión sobre estas facultades.²⁵

44. Ciertos grupos de personas podrían ser particularmente vulnerables a los abusos de los derechos humanos en tiempos de emergencia. Entre ellos figuran los periodistas o los autores de blogs, las minorías (en particular las que podrían estar asociadas de alguna manera con la situación excepcional), los defensores de los derechos humanos y los denunciadores de irregularidades, así como los miembros de la oposición política. Es importante asegurarse de que los miembros de esos grupos vulnerables no sean objeto de medidas de emergencia especiales (*de jure* o *de facto*). Al mismo tiempo, deben adoptarse medidas proactivas para dar acceso a la información a la población.

45. Además de prever motivos de restricción de los derechos humanos para proteger la salud pública, cabe recordar que "el Artículo 2 [del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales] exige que el Estado adopte medidas apropiadas para salvaguardar la vida de las personas que se hallan bajo su jurisdicción (véase *L.C.B. c. el Reino Unido, citado anteriormente*, § 36, y la decisión en el caso *Powell*, citado

²¹ En su Observación General Nº 32, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sostuvo que "las garantías de un juicio justo nunca podrán ser objeto de medidas de suspensión que eludan la protección de los derechos inderogables". El Doc. de la ONU CCPR/C/GC/32 (2007), Observación General Nº 32, Artículo 14: Derecho a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia y a un juicio imparcial, 23 de agosto de 2007, párr. 6.

²² Notificaciones en virtud del artículo 15 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (STE Nº 5).

²³ Hassan c. el Reino Unido, 16 de septiembre de 2014 (Gran Sala).

²⁴ Secretario General, Documento de Información: Respetar la democracia, el Estado de derecho y los derechos humanos en el marco de la crisis sanitaria de COVID-19, SG/Inf(2020)11

²⁵ CDL-AD(2016)010, Turquía - Opinión sobre el marco legal que rige los toques de queda, § 67.

anteriormente); en el ámbito de la salud pública, estas obligaciones positivas exigen que los Estados elaboren reglamentos que obliguen a los hospitales, ya sean privados o públicos, a adoptar medidas apropiadas para la protección de la vida de los pacientes.²⁶

ii. Derechos humanos que pueden verse afectados por el estado de emergencia

46. Durante los estados de emergencia, y en particular durante una pandemia como la actual, el disfrute de los derechos humanos puede verse afectado en numerosas áreas del derecho.

47. Los derechos de libertad de reunión, libertad de movimiento y detención están en una escala móvil.²⁷ Los derechos de propiedad se verán afectados de varias maneras. El gobierno central o local puede tener poderes para asumir y utilizar terrenos públicos o privados para proporcionar viviendas de emergencia, hospitales de campaña, etc.²⁸ Como se ha señalado, puede ser necesario que se produzcan expropiaciones temporales de recursos esenciales y bloqueos temporales en la exportación/importación.²⁹ Se pueden adoptar poderes para cerrar zonas de propiedad privada (centros comerciales, instalaciones deportivas) a fin de desalentar la concentración de personas.³⁰

48. En cuanto a la restricción más común de los derechos humanos, es decir, de la libertad de circulación, en una cuarentena el objetivo suele ser mantener a las personas infectadas, o posiblemente infectadas, en una zona pequeña; ciertas zonas o regiones territoriales pueden ser cerradas temporalmente. El Covid-19 constituye una gran amenaza para las personas de edad, así como para algunos otros grupos de riesgo, y la atención se ha desplazado parcialmente hacia el mantenimiento de estas personas no infectadas aisladas de las personas potencialmente infectadas. La demografía de los Estados varía, pero todos los Estados europeos tienen una población de ancianos relativamente grande. Los “toques de queda para las personas mayores” son concebibles, aunque cualquier edad que se tome como umbral es probable que sea arbitraria. La introducción de ese toque de queda será políticamente muy difícil, por supuesto (en comparación con los toques de queda para los adolescentes más jóvenes, que no tienen derecho a voto).

49. La evidencia histórica sugiere que durante las emergencias el abuso de los derechos humanos es mayor³¹. Se plantea la cuestión de si hay *alguna* base para limitar la libertad de expresión. Esto se refiere en particular al problema de la difusión de (falsos) rumores en los

²⁶ Sentencia del TEDH, Lambert c. Francia (5.6.2015) con referencias adicionales.

²⁷ TEDH, Austin y otros contra el Reino Unido, [GC], Nos. 39692/09, 40713/09 y 41008/09, 15 de marzo de 2012. Los demandantes habían sido “acordonados (kettled)” en una calle pequeña, sin acceso a los baños, durante 4-7 horas.

²⁸ Por ejemplo, en los Estados Unidos, a petición del gobernador, el presidente puede -durante un período de diez días antes de un desastre importante o de una declaración de emergencia- ordenar al Departamento de Defensa (DoD) que utilice sus recursos “con el fin de realizar en tierras públicas y privadas cualquier trabajo de emergencia que resulte necesario a causa de dicho incidente y que sea esencial para la preservación de la vida y la propiedad” (42 U.S.C. 5170b (c)(1)). Después de un desastre importante, el presidente puede recurrir al Departamento de Defensa como “organismo federal” para que proporcione “asistencia federal general” en virtud del artículo 5170a o “asistencia esencial” en virtud del artículo 5170b.

²⁹ Para los Estados de la UE, hay cuestiones importantes aquí que se relacionan con la libre circulación de mercancías.

³⁰ Tales poderes han sido adoptados en, por ejemplo, Suecia y Francia. En Noruega, para evitar la sobrecarga de la atención de la salud en las zonas rurales, el Gobierno prohibió (con ciertas excepciones) que las personas utilizaran sus propias casas de vacaciones, cuando éstas estuvieran situadas en una zona de autoridad local distinta de aquella en la que la persona residía legalmente (lo que evidentemente plantea un problema en virtud del Artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, aunque pueda justificarse).

³¹ Poderes de emergencia, Ciencia y técnica de la democracia, No. 12, [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-STD\(1995\)012-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-STD(1995)012-e)

medios de comunicación social.³² Puede ocurrir que delitos que podrían aplicarse en tiempos ordinarios, o durante la declaración de un estado de emergencia, se utilicen en tales circunstancias, por ejemplo, induciendo deliberadamente al pánico en el público. Un argumento podría ser que, si hacer un engaño de bombas es punible, incluso para ser considerado como terrorismo, también lo puede ser la propagación deliberada de un engaño “epidémico”. Los poderes existentes para exigir a los proveedores de servicios de Internet que eliminen el contenido “ofensivo” también podrían emplearse para restringir el acceso a información muy engañosa. Obviamente, tales poderes y delitos tienen un gran potencial de abuso por parte de los gobiernos autoritarios, un punto reconocido por los gobiernos de 16 estados miembros de la Unión Europea en la declaración que han emitido sobre el Estado de derecho durante la crisis.³³

50. Sin embargo, en un contexto de emergencia, la restricción de la libertad de expresión privaría al público de tener un control esencial sobre los poderes ejecutivos que se han incrementado. La necesidad de reunir, circular y debatir información sobre la amenaza (el virus) y de permitir debates públicos sobre las legítimas diferencias de opiniones de los expertos, por ejemplo sobre las mejores estrategias de contención, refuerza³⁴ la necesidad de un libre “mercado de ideas”. Los informes libres, exactos, responsables y oportunos sobre todos los aspectos de la crisis no pueden sino ayudar al público a decidir por sí mismo y a supervisar las acciones del gobierno. El periodismo responsable puede contrarrestar las noticias falsas que pretenden sembrar el pánico.

51. Pueden introducirse requisitos de servicio público (véase el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales Art. 4); es probable que las mayores necesidades de los servicios de salud puedan ser atendidas por voluntarios, pero en situaciones muy extremas puede ser necesario exigir a los ciudadanos que presten un servicio público.

52. En lo que respecta a la protección/vigilancia de datos (Artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos), se ha señalado que “la protección de datos no puede ser en modo alguno un obstáculo para salvar vidas y que los principios aplicables siempre permiten equilibrar los intereses en juego”. De conformidad con el Convenio 108+ es fundamental que, incluso en situaciones especialmente difíciles, se respeten los principios de protección de datos y, por lo tanto, se garantice que los interesados tengan conocimiento del tratamiento de los datos personales relacionados con ellos; que el tratamiento de los datos personales sólo se lleve a cabo si es necesario y proporcionado a la finalidad explícita, específica y legítima que se persigue; que se lleve a cabo una evaluación de las repercusiones antes de que se inicie el tratamiento; que se garantice la privacidad mediante el diseño y se adopten medidas adecuadas para proteger la seguridad de los datos, en particular cuando se trate de categorías especiales de datos, como los relacionados con la salud; que los interesados tengan derecho a ejercer sus derechos”.³⁵ Los metadatos se han utilizado para hacer un seguimiento de las personas a nivel general, es decir, un nivel agregado.³⁶ Cuando los datos se agregan y se hacen anónimos, no

³² El domingo (22 de marzo), el presidente búlgaro Rumen Radev vetó las enmiendas propuestas al Código Penal que habrían impuesto una multa de más de 5.000 euros y penas de hasta tres años de cárcel por difundir “información falsa” sobre una epidemia, temiendo las consecuencias para la libertad de expresión. (<https://www.euractiv.com/section/justice-home-affairs/news/coronavirus-derogations-from-human-rights-send-wrong-signal-say>).

³³ <https://www.regeringen.se/artiklar/2020/04/gemensamt-uttalande--rule-of-law-in-the-context-of-the-covid-19-crisis/>

³⁴ Los Gobiernos sueco y holandés, por ejemplo, han elegido estrategias de contención bastante diferentes a las de otros gobiernos de Europa.

³⁵ Véase la Declaración conjunta sobre el derecho a la protección de datos en el contexto de la pandemia de COVID-19 de Alessandra Pierucci, Presidenta del Comité del Convenio 108, y Jean-Philippe Walter, Comisario de Protección de Datos del Consejo de Europa, 30 de marzo de 2020, <https://www.coe.int/en/web/data-protection/statement-by-alessandra-pierucci-and-jean-philippe-walter>

³⁶ <https://www.google.com/covid19/mobility/>

se plantea ningún problema en relación con los datos personales. Sin embargo, el uso de metadatos a nivel individual sí lo hará, por ejemplo, el uso de metadatos para atrapar evasores de cuarentena/aislamiento.

53. Con respecto a la legislación laboral, puede ser necesario modificar las condiciones de trabajo, por ejemplo, relajando algunas condiciones (como los requisitos de presentación de certificados médicos para recibir prestaciones por desempleo o por enfermedad). Pueden permitirse excepciones a la duración máxima del trabajo. Los gobiernos pueden decidir subvencionar temporalmente a las empresas.

54. Del mismo modo, los gobiernos pueden decidir flexibilizar las condiciones previstas en la legislación sobre seguridad social, como los requisitos de presentarse a trabajar, de presentar certificados médicos para recibir prestaciones, en virtud de la legislación sobre salud y seguridad, flexibilizando los controles sobre las prácticas de trabajo, el equipo y los procedimientos de aprobación de los locales. Es posible que también haya que flexibilizar los reglamentos relativos al almacenamiento de cadáveres y los requisitos de enterramiento (por ejemplo, la Ley sobre el Coronavirus del Reino Unido de 2020).

55. El derecho civil, y en particular el derecho de responsabilidad civil, requerirá suspensiones, por ejemplo, para indemnizar a las personas por actuar fuera de su autoridad, cuando ello fuera necesario para el bien público, suspendiendo el deber de cumplir ciertos contratos (por ejemplo, para exportar tecnología médica a otros Estados).

56. En el ámbito del derecho financiero/tributario, se puede conceder una reducción temporal de impuestos a las empresas.

57. En la esfera de la educación, es probable que se necesiten medidas importantes: cierre de escuelas, colegios y universidades; requisitos para pasar a la enseñanza a distancia; proporcionar educación para los hijos de los trabajadores esenciales.

58. Los gobiernos también pueden decidir prohibir las ceremonias religiosas o imponer limitaciones o condiciones a su celebración.

b. Distribución de poderes

59. La declaración del estado de emergencia suele conllevar transferencias horizontales y verticales de competencias y poderes.

60. Los tipos de medidas que probablemente sean necesarias en una emergencia pandémica dependerán de una serie de factores. Es poco probable que se necesiten poderes totalmente nuevos. La cuestión es más bien qué órgano del Estado debe tener competencia para dictar esas medidas. La mayoría de los Estados establecen reglas básicas en sus constituciones, o como resultado de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales, que tratan de la delegación de competencias legislativas, así como de la división de poderes entre las autoridades centrales, regionales y locales. Por supuesto, lo pertinente en este caso no es simplemente la división jurídica oficial del poder, sino la cuestión del control práctico de los recursos. Otro factor es la flexibilidad que se incorpora a la legislación normal. Cuanto más amplia sea la zona que se regula en un Estado (sector público, sector privado regulado) y cuanto más detallado sea el nivel de regulación, mayor será el número de reglamentos que probablemente habrá que flexibilizar o modificar. Por ejemplo, los procesos de desreglamentación en muchos Estados han dado lugar a que los servicios de salud sean ahora prestados en parte por empresas privadas. Por lo tanto, es posible que haya que asumir las competencias de esas empresas, expropiando el equipo o asignando el uso de sus recursos (personal, etc.) a los hospitales públicos.

61. La gestión del estado de emergencia requiere, tal vez más que en tiempos normales, el respeto por parte de todas las instituciones y organismos estatales, regionales y locales del principio de cooperación leal y respeto mutuo entre ellos.

i. Delegación del poder legislativo en el ejecutivo

62. Durante el estado de emergencia, el ejecutivo puede, temporalmente, ejercer ciertos poderes que de otro modo estarían reservados al legislativo. El ejercicio debe tener una base jurídica clara y prospectiva.

63. Las reglas que establecen los límites de la delegación de la competencia legislativa son frecuentes en las constituciones. Pueden ser federales-estatales, presidenciales-parlamentarias, pero también gubernamentales-administrativas, gubernamentales-locales/regionales. Los Criterios de Verificación del Estado de Derecho (*Rule of Law Check List*), 1.4.i, prevé la supremacía del poder legislativo. Las constituciones de ciertos Estados permiten, en circunstancias relativamente limitadas, que el gobierno legisle por decreto gubernamental.³⁷ Las constituciones de otros Estados lo prohíben explícitamente.³⁸ En su lista de verificación de 2019 *sobre la relación entre la mayoría parlamentaria y la oposición en una democracia*, la Comisión de Venecia expresó su escepticismo con respecto a la idea de que la constitución otorgue directamente al ejecutivo un poder legislativo general. Subrayó que “*como mínimo, esos poderes deberían estar limitados en el tiempo y en su alcance /.../ y sólo podrán utilizarse por buenas razones, como el estado de emergencia /.../, y deberían eliminarse gradualmente lo antes posible*”.³⁹

64. El poder del ejecutivo para dictar actos legislativos en tiempos de emergencia debe estar limitado tanto en su contenido como en el tiempo: esos actos sólo deben referirse a cuestiones relacionadas con la situación excepcional y no deben permanecer en vigor más allá del estado de emergencia (a menos que sean confirmados y prolongados por el legislativo). Las “cláusulas de extinción” apropiadas deberían incluir también límites de tiempo claros para la duración de estas medidas excepcionales. La Comisión también ha criticado el recurso excesivo a los decretos legislativos que tienen fuerza de ley, cuando se convierte, en la práctica, en un medio de eludir el poder legislativo.⁴⁰

65. El punto de referencia de los Criterios de Verificación del Estado de derecho (*Rule of Law Check List*) sobre la supremacía del poder legislativo establece además que cuando el parlamento delega el poder legislativo al ejecutivo, los objetivos, el contenido y el alcance de la delegación del poder deben definirse explícitamente en un acto legislativo (Criterios de Verificación del Estado de derecho 1.4.iii). Como se señala en el comentario (párr. 49), La existencia de poderes ilimitados del ejecutivo, ya sea de jure o de facto, constituyen elementos característicos de sistemas absolutos y dictatoriales. El constitucionalismo moderno se ha construido contra dichos sistemas, y asegura en consecuencia la supremacía del Parlamento”.

66. Al elaborar normas sobre la delegación de poderes, cada Estado pondera diferentes factores. El más importante de ellos es la legitimidad democrática (del parlamento, pero también

³⁷ Por ejemplo, Estonia, Italia y Georgia. Véase Tímea Drinóczi, *Legislative Process*, en U. Karpen, H. Xanthaki (eds.) *Legislation in Europe: A Comprehensive Guide for Scholars and Practitioners*, Portland, Hart Publishing, 2017, pág. 38.

³⁸ *Ibid.*, Drinóczi menciona la República Checa y Bulgaria.

³⁹ CDL-AD(2019)019, *Parámetros sobre la relación entre la mayoría parlamentaria y la oposición en una democracia: A Checklist*, Opinión No. 845/2016, 24 de junio de 2019, párrafos 119-121.

⁴⁰ Véase, por ejemplo, CDL-AD(2019)014, Opinión sobre los Decretos de Emergencia Rumanas Geo N° 7 y Geo N° 12 que modifican las leyes de justicia.

de las autoridades locales elegidas). En un Estado democrático, las normas generales que causan un impacto significativo en la libertad humana y que afectan a grandes grupos de personas o a toda la población, requieren el imprimátur de los representantes del pueblo, la legislatura. Para una “democracia deliberativa” el proceso de legitimación está en la discusión en sí misma, y no simplemente en el “sello” autoritativo que proporciona el poder legislativo cuando transforma una propuesta legislativa gubernamental en una ley. Una propuesta legislativa debe proporcionar una base bien preparada para que el parlamento apruebe una ley. La propuesta debe estar bien redactada (técnicamente hablando). El procedimiento en el parlamento debe seguir un patrón claro y predecible (sin maniobras de procedimiento inesperadas, etc.).

67. Para mantener la calidad jurídica técnica, pero también para examinar la cuestión de si la propuesta ayudará, de hecho, a resolver el problema que se supone que debe tratar, algunos Estados prevén la posibilidad de iniciar una revisión constitucional abstracta ante el tribunal constitucional. Otros Estados prevén la aportación jurídica independiente y experta al proceso legislativo en forma de una opinión no vinculante de un grupo de jueces.⁴¹ Independientemente de que un Estado cuente o no con un mecanismo de esa índole, todos los Estados deberían, en algún momento del proceso legislativo, pasar por una etapa en la que se plantee la cuestión de si es probable que las normas propuestas resuelvan, mejoren o, por lo menos, no exacerben el problema que están destinadas a resolver. Así pues, si no existe un mecanismo específico en el proceso legislativo, el parlamento debería disponer, al menos, de la posibilidad de encargar a un experto un análisis objetivo del problema y de las posibles soluciones.⁴²

68. Cuando existe un mecanismo independiente de ese tipo como parte del proceso legislativo, tiende a aplicarse únicamente a las leyes, no a los decretos gubernamentales. La delegación de competencias legislativas al gobierno implica que esos mecanismos de control de calidad ya no se aplican.

69. La competencia de los expertos es un factor importante que afecta a la cuestión de la delegación y esto puede ser un argumento en contra de que un asunto sólo pueda ser regulado por el poder legislativo. Competencia a nivel de los expertos suele ser encontrada en los organismos administrativos del Estado, aunque en los Estados con grandes departamentos gubernamentales también pueden existir. Así pues, cuando la competencia de los expertos es particularmente importante, puede justificarse la delegación a los departamentos gubernamentales o la subdelegación a los organismos administrativos. Obviamente, la opinión de médicos expertos debe pesar mucho cuando se trata de emitir normas destinadas a hacer frente a una pandemia. El asesoramiento de los expertos se formula, o debería formularse, sobre la base de los conocimientos científicos y la experiencia comprobada. Otro factor relacionado es la necesidad de celeridad. Esto también puede ser un argumento en contra de que un asunto sólo pueda ser regulado por el poder legislativo, que aplica, o al menos debería aplicar, un proceso deliberativo relativamente lento.

70. Una pandemia que amenaza con causar gran pérdida de vidas requiere una buena toma de decisiones (racional, capaz de hacer frente al problema, que permita un uso racional de los recursos disponibles), pero también una yoma de decisiones *rápida*. Así pues, el factor de la celeridad se aplica con mayor fuerza, o mucha mayor intensidad, en una emergencia en la que la situación puede cambiar rápidamente. La concentración del poder para la toma de decisiones en el gobierno, o en un solo ministro del gobierno, suele generar una mayor potencialidad de

⁴¹ Por ejemplo, el Raad van state holandés, <https://www.raadvanstate.nl> o el lagrådet sueco.

⁴² Criterios de Verificación 1.5.v. “Cuando proceda, se realizarán evaluaciones de las repercusiones antes de aprobar la legislación (por ejemplo, sobre los derechos humanos y las repercusiones presupuestarias de las leyes)” Véase también OCDE Regulatory Policy Outlook 2015, OCDE Publishing, París, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264238770-en>, que exige, entre otras cosas, que los reglamentos sirvan para alcanzar objetivos de política claramente identificados y sean eficaces para lograr esos objetivos.

rapidez; es evidente que hay menos necesidad, o incluso ninguna, de consultar, de debatir o de crear un consenso.

71. Los peligros de esta concentración de poder son igualmente obvios. Los valores que se esconden detrás de los otros factores mencionados (legitimidad democrática, etc.) corren el riesgo de ser dañados. Hay varias implicaciones. Una solución que combina el respeto de la supremacía del poder legislativo con la necesidad de actuar con rapidez y decisión consiste en prever que todos los decretos gubernamentales dictados en el marco de la delegación de poderes se sometan rápidamente (o en un plazo determinado de días) a la aprobación del legislador o bien se le dé la posibilidad de desaprobarnos. Tal poder parlamentario debe estar concebido para permitirle no aprobar o desaprobarnos disposiciones específicas de un decreto, en lugar de un enfoque de "todo o nada" para el decreto en su conjunto. Esto significa, a su vez, que el parlamento debe obviamente continuar reuniéndose: la disolución del parlamento no debe ser posible durante el estado de emergencia. Si el mandato del parlamento expira durante el estado de emergencia y si no es posible celebrar elecciones regulares, el mandato debe ser extendido hasta el final del estado de emergencia.⁴³ Las consecuencias legales de la desaprobación o la negativa a la aprobación también deben ser explicadas.⁴⁴ Cuando el gobierno recurra en gran medida a sus expertos médicos para la adopción de medidas, lo que normalmente será el enfoque racional en una pandemia, el parlamento podría considerar la posibilidad de organizar audiencias con éstos y otros expertos independientes para obtener un panorama lo más completo posible de los problemas y sus posibles soluciones.

ii. Otros cambios institucionales

72. También pueden producirse otros cambios institucionales durante el estado de emergencia, por ejemplo, la transferencia de ciertas competencias policiales a las autoridades militares o el establecimiento de tribunales militares y la transferencia de ciertas competencias de los tribunales ordinarios a estos tribunales. Esos cambios institucionales deben estar previstos en la legislación interna, pero deben limitarse a crisis militares y a las fuerzas armadas; si los militares participan en la aplicación de toques de queda o medidas de cuarentena, deben subordinarse a las autoridades civiles.

73. El gobierno central suele tener el control de las fuerzas armadas, incluyendo normalmente la facultad de "federalizar" las unidades de defensa locales. Tales reglas son objeto de la ayuda militar del poder civil y/o de la legislación sobre desastres naturales.⁴⁵

74. Se puede hacer valer un control central sobre la atención de salud pública regional o local para redistribuir los recursos. Esto es polémico cuando los recursos centrales son menores que los locales, y por lo tanto se producen cuellos de botella o las decisiones no se toman en base a expertos.

⁴³ CDL-STD(1995)012, Poderes de Emergencia "Esto implica una continuidad de la vida parlamentaria durante el período de emergencia. Por ello, algunas constituciones establecen explícitamente que el poder legislativo no puede ser disuelto durante el ejercicio de los poderes de emergencia".

⁴⁴ CDL-AD(2009)024, Opinión sobre el Proyecto de Ley de Ucrania por el que se modifica la Constitución presentado por el Presidente de Ucrania, "La Rada Suprema tiene que aprobar los decretos que introducen la ley marcial o el estado de emergencia. Pero no se explica cuáles son las consecuencias si el Verjovna Rada se niega a aprobarlos. Parece aconsejable conceder al Presidente sólo un poder de 'primera reacción' y aclarar que tal decreto pierde su validez si no es aprobado por el Verjovna Rada" (párr. 72).

⁴⁵ Por ejemplo, el Congreso de los Estados Unidos, después de un saqueo generalizado a raíz del huracán Katarina en septiembre de 2006, modificó el Artículo 334 de la Ley de insurrección de 1807 para autorizar al Presidente a utilizar las fuerzas armadas para dispersar "para restablecer el orden público y hacer cumplir las leyes de los Estados Unidos cuando, como resultado de un desastre natural, una epidemia u otra emergencia grave de salud pública, un ataque o incidente terrorista, ..." ... el presidente determina que la violencia doméstica ha ocurrido en tal grado que las autoridades constituidas del Estado o la posesión son incapaces de mantener el orden público para suprimir en cualquier estado, cualquier insurrección, violencia doméstica, combinación ilegal o conspiración".

c. Restricciones impuestas por el Ejecutivo al funcionamiento de los órganos y tribunales elegidos

75. En el estado de emergencia, el funcionamiento del parlamento,⁴⁶ los órganos de autogobierno local y también los tribunales, incluidos los tribunales constitucionales, puede verse obstaculizados por las restricciones generales impuestas durante el estado de emergencia por el ejecutivo⁴⁷. Esas restricciones deben cumplir los criterios de necesidad, proporcionalidad y temporalidad y nunca deben impedir por completo que los órganos pertinentes ejerzan sus funciones constitucionales.

76. El parlamento debería por todos los medios seguir reuniéndose y funcionando durante la emergencia, de ser necesario con arreglo a normas especiales previamente aprobadas, que podrían disponer, por ejemplo, que sólo un pequeño número de parlamentarios estuviera físicamente presente (seleccionados de cada partido, votando en nombre de todo el grupo parlamentario); también podría proporcionarse la votación por Internet.⁴⁸

H. Procedimiento de adopción de medidas de emergencia

77. El procedimiento de adopción de medidas de emergencia debe ser inclusivo para la sociedad civil, ya sea antes de que la propuesta llegue al parlamento o simultáneamente mientras la propuesta se discute en el parlamento. En ambos casos, debe disponerse de tiempo suficiente.⁴⁹ La Comisión ha criticado en varias ocasiones la adopción de legislación sin una oportunidad adecuada de debate en el parlamento o en la sociedad civil.⁵⁰

I. Duración del estado de emergencia

78. La declaración del estado de emergencia debe emitirse siempre por un período de tiempo determinado, que además no debe ser excesivamente largo, y debe terminarse antes de que expire el período si la emergencia ha sido superada y las medidas excepcionales ya no son

⁴⁶ En Francia, por ejemplo, la Conferencia de Presidentes de la Asamblea Nacional, en acuerdo con el gobierno, decidió reducir la actividad parlamentaria al control de los textos urgentes y esenciales relacionados con la crisis del Coronavirus-COVID19 y al control de los actos del ejecutivo a través de las preguntas sobre cuestiones de actualidad (QAG): http://www2.assemblee-nationale.fr/static/presse/communiqu_e_presse_presidence_170320.pdf.

El Artículo 115e de la Ley Fundamental Alemana [Comisión Conjunta] establece: (1) Si durante el caso de defensa, la Comisión Conjunta declara por mayoría de dos tercios de los votos emitidos, y al menos por la mayoría de sus miembros que existen obstáculos insuperables para una reunión a tiempo del Bundestag o que éste no pueda formar quórum, la Comisión Conjunta pasará a desempeñar las funciones del Bundestag y del Bundesrat y ejercerá unitariamente las atribuciones de dichos cuerpos legislativos. (2) Las leyes dictadas por la Comisión Conjunta no podrán modificar la presente Ley Fundamental ni tampoco derogarla total o parcialmente ni suspender total o parcialmente su aplicación. La Comisión Conjunta no está facultada para dictar leyes de acuerdo con el artículo 23, apartado 1, frase 2, el artículo 24, apartado 1, y el artículo 29.

⁴⁷ En Francia, por ejemplo, el Primer Ministro presentó el 18 de marzo de 2020 un proyecto de "ley orgánica para hacer frente a la epidemia de Covid-19", en el que se propone suspender hasta el 30 de junio de 2020 el plazo de tres meses para que el Consejo de Estado y el Tribunal de Casación sometan las cuestiones prioritarias de constitucionalidad ("questions prioritaires de constitutionnalité") al Consejo Constitucional, y el plazo de tres meses para que este último lo decida, debido a la imposibilidad de que dichos tribunales celebren reuniones colegiadas. El Primer Ministro solicitó el dictamen del Consejo Constitucional, que mediante la decisión N° 2020-799 DC, de 26 de marzo de 2020, dictaminó que la ley orgánica es constitucional, señalando en particular que "no pone en tela de juicio el ejercicio de este recurso, ni prohíbe que se pronuncie sobre una cuestión prioritaria de constitucionalidad durante este período". La ley orgánica n° 2020-365 fue promulgada el 30 de marzo de 2020.

⁴⁸ En Francia, por ejemplo, el número de parlamentarios, representantes gubernamentales y personal al que se permite estar presente en el hemiciclo ha sido limitado ("restricción de formato") por decisión de la Asamblea Nacional de manera que se respeten los requisitos sanitarios y se representen las sensibilidades políticas. Los escaños para los parlamentarios se asignan de manera proporcional al número de miembros de cada grupo.

⁴⁹ Véase la lista de verificación RoL 1.5.iv.

⁵⁰ Véase, por ejemplo, Comisión de Venecia/OIDDH, CDL-AD(2018)013, Opinión conjunta sobre las disposiciones del llamado Proyecto de Paquete Legislativo "Stop Soros" que afectan directamente a las ONG (Hungría), Comisión de Venecia CDL-AD(2016)026 Opinión sobre la Ley del Tribunal Constitucional (Polonia).

necesarias. No deben considerarse lícitas las declaraciones sin plazo determinado, incluidas aquellas cuya suspensión se condiciona a la superación de la situación excepcional⁵¹. Al mismo tiempo, es posible prolongar la declaración durante el tiempo que sea necesario para superar la situación excepcional. Sin embargo, como ha sostenido anteriormente la Comisión de Venecia, *"cuanto más dure el régimen de emergencia, más se alejará el Estado de los criterios objetivos que pueden haber validado el uso de los poderes de emergencia en primer lugar"*. *Cuanto más tiempo persista la situación, menor será la justificación para tratar una situación como de carácter excepcional, con la consecuencia de que no puede abordarse mediante la aplicación de los instrumentos jurídicos normales*⁵². La prolongación del estado de emergencia no debería entrar en vigor antes de la aprobación parlamentaria. Además, debería existir la obligación de poner fin al estado de emergencia inmediatamente después de superar la *situación de emergencia*, lo que significa que el estado de emergencia debe terminarse tan pronto como la situación de emergencia pueda ser abordada por los mecanismos jurídicos ordinarios, aunque en ese momento todavía puedan ser necesarias algunas restricciones, a menor escala.

J. Control de la declaración y prolongación del estado de emergencia y de las medidas de emergencia

79. Dado que el régimen de los poderes de emergencia afecta a la democracia, a los derechos fundamentales y humanos, así como al Estado de derecho, el control de la declaración y la prolongación del estado de emergencia, así como de la activación y aplicación de los poderes de emergencia es vital. Debe ser posible tanto el control parlamentario como el judicial: el control parlamentario si la decisión es emitida por el ejecutivo y el control judicial si es emitida por el parlamento o el ejecutivo.

a. Supervisión parlamentaria

80. El control legislativo sobre los actos y acciones de las autoridades en ejercicio durante el estado de emergencia y los procedimientos especiales para dicho control son importantes para la realización del Estado de derecho y la democracia.

81. El parlamento debe poder ejercer el control en diferentes etapas: declaración, prolongación y terminación del estado de emergencia; activación de los poderes de emergencia; aplicación de los poderes de emergencia. En lo que respecta a esto último, los decretos de emergencia en los que el ejecutivo haya hecho uso de los poderes legislativos que en condiciones normales corresponden al legislador parlamentario, deberían ser sometidos inmediatamente al parlamento, que debería poder derogarlos.

82. Los parlamentos deben tener la facultad de revisar el estado de emergencia a intervalos regulares y de suspenderlo cuando sea necesario. Además, los poderes de rendición de cuentas generales *post hoc* del parlamento, es decir, el derecho a realizar averiguaciones e investigaciones sobre la ejecución de los poderes de emergencia, son extremadamente importantes para evaluar el comportamiento del gobierno.⁵³

83. El legislador también podría dejar clara su intención, una vez que la emergencia haya terminado, de someter todas las medidas gubernamentales adoptadas para hacer frente a la pandemia a un profundo escrutinio, a fin de comprobar si se han cumplido los principios de necesidad y proporcionalidad. Este escrutinio, y las posibles críticas u otras medidas parlamentarias de mayor alcance de responsabilidad deben tener en cuenta el estado de los

⁵¹ Véase también SG/Inf(2020)11, Respetar la democracia, el Estado de derecho y los derechos humanos en el marco de la crisis sanitaria de COVID-19, 7 de abril de 2020, párr. 2.2.

⁵² CDL-AD(2016)037-e, Dictamen *sobre el Decreto de Urgencia Leyes N° 667-676 adoptado tras el fallido golpe de 15 de julio de 2016*, Dictamen N° 865/2016, 12 de diciembre de 2016, par 41.

⁵³ CDL-AD(2008)004, Informe sobre el Control Democrático de las Fuerzas Armadas, § 252.

conocimientos médicos y de otro tipo en ese momento.⁵⁴ Conceder de esta manera un tipo de “margen de apreciación” nacional, implica que el poder legislativo no está siendo “sabio a posteriori” al tiempo que mantiene su supremacía sobre el gobierno. Una declaración abierta de que se realizará un escrutinio post-hoc puede, podría tener el efecto de disuadir reacciones exageradas por parte del gobierno.

84. Debe garantizarse la participación de la oposición en la aprobación de la declaración del estado de emergencia, y/o mediante el examen a posteriori de los decretos de emergencia o cualquier prórroga del período de emergencia. Podría requerirse una mayoría cualificada para la prolongación del estado de emergencia más allá del período original. Todos los partidos políticos deberían participar en el debate antes de una posible decisión de aplazar las elecciones (véase más adelante).

b. El poder judicial

85. Junto al parlamento, el sistema judicial desempeña un papel crucial en el control de las prerrogativas del ejecutivo durante los estados de emergencia, tomando decisiones sobre la legalidad de la declaración del estado de emergencia, así como revisando la legalidad de las medidas de emergencia específicas.

86. El control judicial de la declaración del estado de emergencia puede limitarse al control de los aspectos de procedimiento de la declaración. Sin embargo, si las medidas de emergencia implican suspensiones de los derechos humanos, los motivos de fondo del estado de emergencia también estarán sujetos a control judicial.

87. Siempre debe ser posible el control judicial de los actos de las autoridades en ejercicio durante el estado de emergencia, en particular las decisiones sobre la aplicación de los poderes de excepción, en contraposición a la declaración propiamente dicha. Las decisiones adoptadas por las autoridades en ejercicio durante el estado de emergencia son actos y acciones administrativas unilaterales típicos y por esta razón deben ser revisadas por los tribunales.⁵⁵ Incluso si ciertas decisiones fueran inmediatamente ejecutables, debería permitirse la revisión judicial a posteriori. El sistema judicial debe proporcionar a los individuos un recurso efectivo en caso de que los funcionarios gubernamentales violen sus derechos humanos. Los tribunales deben ejercer un control para que las medidas suspensivas no excedan -ni en general ni en casos concretos- los límites de la legalidad y los límites de lo estrictamente necesario para hacer frente a la situación de emergencia,⁵⁶ así como no infrinjan los derechos inderogables. El derecho a entablar procedimientos ante un tribunal sobre cuestiones relacionadas con la legalidad de las medidas de emergencia debe salvaguardarse mediante la independencia del poder judicial.⁵⁷ Un control judicial efectivo de las medidas de emergencia por tribunales independientes hace necesario que el gobierno proporcione una justificación convincente de la forma en que esas medidas cumplen con los principios de necesidad y proporcionalidad.

88. La revisión judicial debe ser llevada a cabo preferentemente por el tribunal constitucional, en los países en que exista, o por el tribunal supremo, una sala especial de la cual debe tener la facultad de ordenar medidas cautelares, a petición de un número considerable de diputados de

⁵⁴ CDL-AD(2008)004, Informe sobre el Control Democrático de las Fuerzas Armadas: “los poderes generales de rendición de cuentas post hoc del Parlamento, es decir, el derecho a llevar a cabo indagaciones e investigaciones sobre la ejecución de los poderes de emergencia, son extremadamente importantes para evaluar el comportamiento del gobierno”.

⁵⁵ CDL-STD(1995)012, Emergency Powers - Science and technique of democracy No. 12 (1995), p. 29.

⁵⁶ Ver como ejemplos:

<https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/bvg20-025.html>

<https://gjk-ks.org/en/decisions-from-the-review-sessions-held-on-30-and-31-of-march-2020/>

<http://www.raadvanstate.be/?page=news&lang=fr>

<https://prishtinainsight.com/government-decision-restricting-movement-ruled-unconstitutional/>

⁵⁷ CDL-AD(2008)004, Informe sobre el Control Democrático de las Fuerzas Armadas, § 253.

la minoría o del jefe de Estado. Los tribunales ordinarios y los tribunales administrativos deben revisar las decisiones pertinentes.⁵⁸

89. Además, el sistema judicial debe seguir garantizando el derecho a un juicio justo. El funcionamiento del poder judicial no debe ser restringido, salvo cuando sea absolutamente necesario o cuando el funcionamiento sea imposible en la práctica.

c. Supervisión por parte del Defensor del Pueblo o de las instituciones nacionales de derechos humanos

90. Mediante su mandato de promover y proteger los derechos humanos,⁵⁹ las instituciones de ombudsman, en los países en que existen, y las instituciones nacionales de derechos humanos⁶⁰ pueden contribuir de manera decisiva a poner en relieve las cuestiones de derechos humanos en tiempos de emergencia y ayudar a los ciudadanos afectados por las medidas de emergencia. Por consiguiente, pueden complementar eficazmente el control parlamentario y judicial.

d. La vigilancia de los medios de comunicación

91. Además del control parlamentario y judicial, el control por parte de los medios de comunicación libres es esencial. Los principios de necesidad y proporcionalidad requieren especial atención al activar y aplicar medidas que afectan a la libertad de los medios de comunicación (véase supra).

K. Elecciones durante estados de emergencia

92. En circunstancias ordinarias, las elecciones deben celebrarse periódicamente. El Artículo 3 del Primer Protocolo Adicional del Convenio Europeo de Derechos Humanos establece el derecho fundamental a participar en elecciones libres, a intervalos razonables, para la elección del poder legislativo. El apartado b) del Artículo 25 del PIDCP establece un derecho fundamental a participar en elecciones periódicas. El aplazamiento es una restricción a la periodicidad de las elecciones y debe estar previsto en la ley, ser necesario en las circunstancias concretas y ser proporcionado.

93. Según la jurisprudencia del TEDH, el Artículo 3 del Primer Protocolo Adicional del Convenio Europeo de Derechos Humanos no es aplicable, en principio, a las elecciones para las autoridades locales.⁶¹ El derecho a participar en elecciones locales o regionales periódicas está protegido por la Carta Europea de la Autonomía Local, así como por las constituciones nacionales. La restricción de ese derecho debe ajustarse a los principios de legalidad, proporcionalidad y necesidad.

94. Además de las elecciones que se celebran al final del período legislativo, algunas situaciones pueden dar lugar a elecciones anticipadas. En algunos países, es necesario celebrar elecciones anticipadas en caso de que el parlamento no pueda establecer un gobierno o aprobar el presupuesto estatal para un período más largo. Hay posibilidades de celebrar elecciones anticipadas en otros casos, como la solicitud del gobierno o del presidente. Así pues, la decisión de celebrar elecciones anticipadas puede deberse a la incapacidad de cooperación entre los partidos parlamentarios o a un margen de apreciación más amplio que contenga motivos políticos. El antes mencionado derecho fundamental a solicitar que las elecciones se celebren

⁵⁸ CDL-AD(2015)037, Primera Opinión sobre el Proyecto de Enmiendas a la Constitución (Capítulos 1 a 7 y 10) de la República de Armenia, § 118.

⁵⁹ CDL-AD(2019)005, Principios sobre la protección y la promoción de la institución del Ombudsman ("Principios de Venecia").

⁶⁰ <http://ennhri.org/news-and-blog/covid-19-how-are-nhris-in-europe-responding/>

⁶¹ TEDH, Cherepkov contra Rusia (dec.), no. 51501/99, 25 de enero de 2000.

periódicamente no se restringe en caso de elecciones anticipadas. No obstante, la necesidad de celebrar elecciones anticipadas puede deberse a la incapacidad del parlamento para cumplir sus tareas, incluida la ausencia de gobierno.

95. El Artículo 15 del CEDH y el Artículo 4 del PIDCP permiten la suspensión de las obligaciones de garantizar la mayoría de los derechos fundamentales, incluidos los derechos electorales, “en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación” o “en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación”. Esas circunstancias pueden estar relacionadas con la guerra u otros conflictos armados en curso, ataques terroristas de alto nivel, desastres naturales o epidemias.

96. En estas circunstancias, la imparcialidad de las elecciones podría ser dudosa. Para que las elecciones se ajusten a los principios fundamentales enunciados en el Código de Buenas Prácticas en materia electoral⁶², a saber, el sufragio universal, igual, libre, secreto y directo, debe ser posible no sólo dar un voto, sino también hacer una campaña electoral abierta y justa. Una verdadera campaña y un verdadero debate público son tan importantes para las elecciones democráticas como la oportunidad de votar. La Comisión de Venecia ha subrayado anteriormente que “la celebración de elecciones democráticas y, por ende, la existencia misma de la democracia son imposibles sin el respeto de los derechos humanos, en particular la libertad de expresión y de prensa y la libertad de reunión y asociación con fines políticos, incluida la creación de partidos políticos. El respeto de esas libertades es fundamental, en particular durante las campañas electorales. Las restricciones de estos derechos fundamentales deben ajustarse al Convenio Europeo de Derechos Humanos y, más en general, a la exigencia de que tengan un fundamento jurídico, sean de interés general y respeten el principio de proporcionalidad”.⁶³ Existe el riesgo de que los principios electorales fundamentales se vean socavados durante el estado de emergencia, en particular el principio de igualdad de oportunidades y la libertad de los votantes a formarse una opinión. Asimismo, es axiomático que la suspensión de los derechos civiles y políticos de las personas crea el riesgo de que los resultados no sean democráticos.⁶⁴

97. No hay ningún principio general para evitar las elecciones durante el estado de emergencia y posponerlas hasta que la situación sea ordinaria, normal de nuevo.⁶⁵ En muchos Estados, la constitución prohíbe explícitamente la disolución del parlamento durante el estado de guerra (estado de ley marcial) o el estado de emergencia.⁶⁶ En varias constituciones, una situación extraordinaria aplazará u ofrecerá la oportunidad de aplazar las próximas elecciones, por ejemplo, ampliando el mandato del parlamento (Alemania, Croacia, Eslovenia, España, Italia, Grecia, Polonia, Lituania, Hungría y el Canadá). Del mismo modo, una situación de emergencia puede prohibir la disolución del parlamento (Alemania, España, Portugal, Polonia, Hungría y Rusia). En Turquía, un estado de guerra declarado provoca el aplazamiento de las elecciones (Artículo 78 de la Constitución).⁶⁷ En Estonia, el Parlamento, el Presidente y los órganos representativos de las autoridades locales no pueden ser elegidos, ni su autoridad puede cesar durante un estado de emergencia o un estado de guerra. Si el mandato del Parlamento, el Presidente o los órganos representativos de las autoridades locales expirase durante el estado de emergencia o el estado de guerra o dentro de los tres meses siguientes a la terminación del estado de emergencia o el estado de guerra, se prorrogaría ese mandato. En

⁶² CDL-AD(2002)023-rev2-cor. Código de Buenas Prácticas en Materia Electoral: Directrices (19 de octubre de 2002).

⁶³ CDL-AD(2002)023-rev2-cor., Código de Buenas Prácticas en Materia Electoral: Directrices (19 de octubre de 2002), § 60.

⁶⁴ CDL-AD(2017)005, § 34.

⁶⁵ Se han celebrado elecciones en varios Estados durante la pandemia de Covid-19:

<http://www.electionguide.org/>.

⁶⁶ CDL-AD(2007)037, § 14.

⁶⁷ CDL-AD(2017)005, § 31.

estos casos, se convocan nuevas elecciones dentro de los tres meses siguientes a la expiración del estado de emergencia o del estado de guerra.⁶⁸

98. El aplazamiento de las elecciones debe estar previsto por ley. En caso de que no exista una ley de emergencia y el aplazamiento no esté previsto, la situación de hecho puede exigir el aplazamiento de las elecciones, especialmente si la libertad de circulación o el acceso a la información están muy limitados. El Código de Buenas Prácticas en Materia Electoral sugiere que no se debe modificar la ley electoral un año antes de las elecciones, salvo en cuestiones técnicas. Este principio no debe interpretarse de manera que prohíba al parlamento proporcionar, incluso durante el estado de emergencia, un fundamento jurídico para el aplazamiento de las elecciones, si esta disposición faltase. No se puede pedir que se organicen elecciones en una situación en la que ello es imposible en la práctica sólo porque la ley no haya previsto con suficiente antelación la posibilidad del aplazamiento.

99. Como la situación de emergencia es excepcional, cabe suponer que las principales preocupaciones de la sociedad pueden diferir considerablemente de las cuestiones en las que deben concentrarse los debates para elegir el órgano legislativo para todo el período legislativo. Así pues, aun cuando la campaña puede ser posible durante el estado de emergencia, el aplazamiento de las elecciones puede dar lugar a un debate más profundo necesario para celebrar posteriormente elecciones libres y justas.

100. La suspensión de los derechos electorales sólo se permite en la medida en que lo exija la situación y, por lo tanto, la suspensión debe superar un test de proporcionalidad.⁶⁹ La decisión de aplazar las elecciones debe basarse en circunstancias específicas y puede conducir a resultados diferentes según las circunstancias excepcionales (conflictos armados u otros conflictos violentos de alto nivel entre grupos de la sociedad; epidemia o pandemia; desastres naturales). Diferentes circunstancias tienen diferentes repercusiones en otros derechos y libertades fundamentales, en el nivel de temor y en el grado de pluralidad de los hechos en la sociedad. Un debate pluralista y democrático es más fácil en caso de desastres naturales o pandemia; por regla general, las elecciones democráticas quedan excluidas en caso de conflicto armado.

101. Hay que tener en cuenta una amplia lista de cuestiones al decidir el aplazamiento de las elecciones. La primera de estas cuestiones es que, como se ha indicado anteriormente, hay un gran margen para el abuso. Un estado de emergencia puede promulgarse o prolongarse, e incluso no declararse, por razones políticas partidistas, en lugar de las necesidades objetivas de la situación. Ello puede deberse a la concentración de poder en manos del gobierno en general, pero también para evitar que los resultados previsibles de las elecciones no apoyen al gobierno saliente o a los candidatos en ejercicio. En caso de que las próximas elecciones pudieran cambiar el equilibrio en el parlamento, los partidos políticos en el poder podrían estar motivados para calificar la situación de emergencia y aplazar las elecciones sólo para evitar la pérdida de poder.

102. Es por ello que se hace necesario proporcionar una lista de medidas contra ese abuso.⁷⁰

- a. Debe haber un control judicial por parte de un tribunal nacional independiente e imparcial, idealmente por el tribunal constitucional, si existe. En caso de suspensión del Convenio Europeo de Derechos Humanos sobre la base del Artículo 15 del Convenio, el TEDH está facultado para evaluar la situación en el país y la necesidad de hacer una declaración sobre la suspensión de los derechos humanos, incluidos los derechos electorales. El test de proporcionalidad garantizaría que las restricciones de los

⁶⁸ Artículo 131 de la Constitución de Estonia.

⁶⁹ Véase, por ejemplo, CDL-AD(2015)036, en referencia a la Recomendación 375 (2015) del Congreso, párrafo 19 vi). Véase también el Informe del Congreso sobre los criterios para presentarse a las elecciones locales y regionales, G/2015(28)7FINAL, 26 de marzo de 2015.

⁷⁰ CDL-AD(2007)007, § 42.

derechos electorales se ajusten al Estado de derecho. Sin embargo, es probable que el TEDH, debido a la regla de los remedios locales, se ocupe de un caso pertinente sólo muchos meses o incluso años después del hecho.

- b. Todos los partidos políticos y otros interesados deberían participar en el debate antes del aplazamiento de las elecciones o, si las circunstancias lo permiten, también antes de la promulgación del estado de emergencia.
- c. El aplazamiento de las elecciones puede estar limitado en el tiempo por ley, disponiendo que las elecciones se celebren incluso durante el estado de emergencia si éste dura mucho tiempo, por ejemplo, más de un año.
- d. Es posible que se requiera una mayoría cualificada en el parlamento para decidir el aplazamiento de las elecciones, a fin de garantizar que haya al menos un amplio acuerdo sobre el aplazamiento en la sociedad, si no un consenso.

103. La segunda cuestión se refiere a la forma en que la situación de hecho repercute en las posibilidades de campaña y los medios de campaña utilizados comúnmente en el país en cuestión para este tipo de elecciones. Durante un estado de emergencia, las campañas puerta a puerta o las concentraciones públicas pueden estar sujetas a graves limitaciones. Hay que evaluar en qué medida es posible compensar esto a través de los medios de comunicación públicos o privados o el uso de Internet, incluidos los medios sociales. Si la campaña en el país en cuestión se realiza principalmente usando los medios de comunicación social, la televisión, la radio y los periódicos, la limitación de la campaña en forma de mítines o manifestaciones puede ser menos importante. El papel de los medios electrónicos tradicionales (radio y televisión) también aumenta en este tipo de situación: se debe prestar especial atención al deber de neutralidad de las autoridades, así como a la obligación de las emisoras de cubrir las campañas electorales de manera justa, equilibrada e imparcial en sus servicios de programación general, de conformidad con la Recomendación del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre medidas relativas a la cobertura de las campañas electorales por los medios de comunicación (CM/Rec(2007)15). En efecto, se plantea una cuestión particular si los medios de comunicación públicos controlados por el gobierno ocupan una posición dominante. Especialmente en las elecciones nacionales, el uso de las nuevas tecnologías es cada vez más frecuente en comparación con los mítines.

104. La tercera cuestión se refiere a los costos de la campaña. Si la campaña electoral ya había comenzado antes de que se produjeran las circunstancias extraordinarias, puede que los candidatos y los partidos políticos hayan gastado sumas considerables en sus actividades de campaña. En tal caso, en lugar de aplazar las elecciones y exigir a los candidatos que vuelvan a empezar la campaña desde el principio, sería mejor continuar los procesos electorales (de ser posible) para evitar más efectos negativos y obligaciones monetarias para los interesados.

105. Cuarto, si la primera ronda de elecciones ya se ha celebrado y las circunstancias extraordinarias se producen antes de la segunda ronda de elecciones, puede significar que los candidatos ya han terminado su campaña o la han pagado. El apoyo a los políticos, en particular a los que ocupan cargos públicos, puede aumentar o disminuir drásticamente dependiendo de lo bien que se considere su actuación frente a la crisis. El aplazamiento de la segunda vuelta de las elecciones podría significar así - si la segunda vuelta se aplazara durante muchos meses - que los candidatos de la segunda vuelta tengan menos apoyo público en comparación con otros políticos. En tales circunstancias, la legitimidad de la segunda vuelta, celebrada meses después de las elecciones de la primera, podría verse desacreditada por la necesidad de repetir gran parte de las actividades de la campaña. Además, los políticos siguientes quedarían excluidos de estos procesos electorales a pesar de que las encuestas de opinión mostrasen un mayor nivel de apoyo a los mismos. La legitimidad de esos procesos electorales se vería socavada. Lo mismo puede ocurrir con los procesos electorales tales como las elecciones presidenciales en los Estados Unidos, en los que los candidatos son elegidos en diferentes Estados durante un período relativamente corto, por lo que una interrupción del proceso durante meses socavaría los resultados en general.

106. Una quinta cuestión se refiere a la seguridad del personal que gestiona las elecciones y de los miembros de las comisiones electorales, incluso durante el día de las elecciones y el recuento de los votos.⁷¹ Las circunstancias excepcionales pueden poner en peligro a los organismos de gestión electoral. Hay que tener en cuenta hasta qué punto los procedimientos electorales pueden automatizarse, por ejemplo, mediante el recuento automático de las papeletas de voto o la votación por máquinas de votación. La votación por Internet, si estuviese a disposición, daría lugar a una menor presencia del personal de los organismos de gestión electoral. Si las circunstancias excepcionales se refieren sólo a una pequeña parte del país, los peligros para el bienestar de la administración electoral son limitados.

107. En sexto lugar, hay que tener en cuenta las diferentes modalidades de votación, como el voto por correo, las urnas móviles y el voto por Internet. En los casos en que los votantes pueden votar sin acudir a los colegios electorales, las elecciones pueden celebrarse sin grandes riesgos el día de la elección.⁷² De ser útil para reducir riesgos, es posible prolongar el tiempo de votación de un día de elecciones a varios días. Sin embargo, esto puede causar problemas para la seguridad de las urnas y un mayor nivel de riesgos para los órganos de gestión electoral.

108. Si la votación por Internet ha sido sólo uno de los muchos medios posibles para votar, la exclusión de otros medios puede dar lugar a una participación activa en las elecciones de quienes están acostumbrados a votar por Internet pero no de las personas que no están tan acostumbradas a votar por Internet, principalmente los votantes de edad avanzada. Esto puede repercutir en los resultados de las elecciones. En la práctica, en circunstancias ordinarias las preferencias políticas de quienes votan por Internet y por otros medios tienden a ser diferentes, aun cuando el hecho de ofrecer la votación por Internet como una opción de voto no cambie los resultados de la elección.⁷³ Sin embargo, si sólo se permitiera la votación por Internet, no es tan probable que participen los votantes de grupos vulnerables y las personas de edad avanzada, por lo que los resultados de la elección tenderían a los partidos políticos apoyados por votantes de clase media alta y superior.

109. El voto por delegación dentro de un marco jurídico claro podría ofrecer una opción más para que las personas mayores y los grupos vulnerables participen en una elección sin tener que visitar un lugar de votación.

110. Es posible prever modalidades de votación excepcionales durante un estado de emergencia. Una vez más, la mejor solución sería prever de antemano estas modalidades, durante las circunstancias ordinarias, en la ley electoral. Por lo general, las modalidades de votación no tienen un fuerte impacto en los resultados de las elecciones. Así pues, modificar el código electoral en lo que respecta a las modalidades de votación menos de un año antes de las elecciones podría ser conforme con el Código de Buenas Prácticas en Materia Electoral si es necesario para la celebración de elecciones justas o contribuye a ellas. Todos los principios que rigen las elecciones no pueden seguirse al mismo nivel que en tiempos normales (por ejemplo, elecciones libres y periodicidad de las elecciones). Sin embargo, esas modificaciones tardías sólo pueden ser conformes a las mejores prácticas europeas si se garantiza en sus elementos básicos el principio del libre sufragio y tales medios especiales se ajustan a los requisitos estipulados en el Código de Buenas Prácticas en Materia Electoral, I.3.2 y otros

⁷¹ Véase, por ejemplo, IFES, "Guidelines and Recommendations for Electoral Activities During the COVID-19 Pandemic", en el que se enumeran algunas posibles medidas de mitigación para contrarrestar los riesgos de las actividades electorales en persona, https://www.ifes.org/sites/default/files/guidelines_and_recommendations_for_electoral_activities_during_the_covid-19_pandemic_march_2020.pdf.

⁷² Véase Robert Krimmer, David Duenas-Cid e Iuliia Krivonosova (2020), New methodology for calculating cost-efficiency of different ways of voting: is internet voting cheaper?, Public Money & Management.

⁷³ Véase Mihkel Solvak, Kristjan Vassil (2016), E-voting in Estonia: Difusión tecnológica y otros avances en diez años (2005-2015).

documentos, por ejemplo, la Recomendación CM/Rec(2017)5 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre estándares para el voto electrónico.

111. Si se proporcionan medios excepcionales o limitados de votación, las instituciones estatales tienen que organizar la capacitación de los votantes en los medios de comunicación y en la *social media* para que éstos sepan cómo adoptar las opciones que de otro modo no utilizarían.

112. En séptimo lugar, es probable que la participación sea menor cuando las elecciones se celebren en una situación de emergencia.⁷⁴ Lo más frecuente es que las personas de edad o los grupos de votantes más vulnerables (ya sea en los conflictos armados o en las emergencias debidas a pandemias o desastres naturales) sean los grupos de votantes que no participan tan activamente como bajo otras condiciones. Por consiguiente, los organismos de gestión electoral tienen que organizar medios especiales de participación para esos grupos vulnerables, como las urnas móviles, los lugares de votación drive-in o la votación por Internet empleando los hardware más utilizados.

113. Si existen exigencias de participación, hay que tener en cuenta las limitaciones de hecho o de derecho a la libre circulación dentro del país o a las posibilidades de votar fuera del país, ya que la situación puede dar lugar a la invalidez de los resultados de la elección.

114. En octavo lugar, la organización de elecciones durante un estado de emergencia puede resultar más difícil desde el punto de vista financiero para las instituciones estatales que el aplazamiento de las elecciones, ya que es probable que se necesiten algunos arreglos especiales por razones de seguridad. Durante un estado de emergencia, las finanzas del Estado deben utilizarse al máximo para combatir las circunstancias extraordinarias, de suerte que la administración de las elecciones devenga en un lujo.

115. Cuando se celebran elecciones durante el estado de emergencia, puede ser necesario introducir algunas modificaciones de procedimiento, como la prolongación de diferentes plazos, incluso para el recuento de los votos, o la exención de los requisitos para la designación de candidatos, como el requisito de recoger firmas de apoyo (si esto no es posible en línea). Como se ha explicado anteriormente, la mejor opción sería introducir de antemano esas modificaciones de procedimiento en el código electoral *en abstracto*, pero las modificaciones tardías de la legislación electoral aplicables sólo a elecciones concretas no van necesariamente en contra de los principios europeos de derecho electoral.

116. Si no se aplazan las elecciones, es probable que ello no sólo conduzca a una menor participación, sino que también entrañe dificultades para supervisar el desarrollo de las mismas, especialmente por parte de la comunidad internacional. Existe un alto riesgo de que, sin procedimientos transparentes y sin la presencia de observadores, el nivel de posible fraude y manipulación de los resultados de las elecciones pueda aumentar considerablemente. Sin embargo, cuando los órganos de gestión electoral tienen una larga tradición de independencia y se dispone de posibilidades de observación en línea, es más fácil garantizar la imparcialidad de la elección.

117. El gobierno y otros interesados electorales pueden encontrar una serie de dificultades para combatir la información errónea o las noticias falsas. Esa información errónea y esas noticias falsas suelen difundirse con mayor intensidad durante el estado de emergencia que durante las situaciones ordinarias. Hay que prestar especial atención a este problema cuando las elecciones se celebran durante un estado de emergencia.

⁷⁴ Véase Elections and COVID-19, International IDEA Technical Paper 1/2020, <https://www.idea.int/sites/default/files/publications/elections-and-covid-19.pdf>.

118. No existe una regla general sobre qué institución estatal debería ser competente para decidir el aplazamiento de las elecciones. En muchos países, la constitución dispone que las elecciones no se celebren durante un estado de emergencia. En caso esto se deje a la discreción de una institución, la decisión de celebrar o no elecciones puede corresponder al parlamento, al presidente, al gobierno o a una comisión electoral de nivel superior. Dada la importancia de la cuestión, se recomienda que esa decisión sea adoptada por el parlamento. En todo caso, debe incluirse una disposición en la constitución o en la ley orgánica (por ejemplo, la ley electoral) que prevea un aplazamiento. Si el aplazamiento se refiere sólo a una parte del país o si las elecciones se van a aplazar sólo por un período breve (menos de dos meses), la decisión puede ser adoptada por la administración electoral o el gobierno. En cambio, si el aplazamiento es de más de seis meses, deberá decidirlo el órgano legislativo. Una opción es exigir una mayoría cualificada en el parlamento para los aplazamientos más largos de las elecciones. Independientemente de la forma en que un Estado decida tratar la cuestión, sólo una institución debería ser competente para decidir al respecto. Se debe consultar previamente a los diferentes interesados, incluidos los partidos políticos, los órganos de gestión electoral y los expertos (por ejemplo, en caso de pandemia, las autoridades sanitarias).

119. Si se aplazan las elecciones, la legitimidad del parlamento se ve hasta cierto punto limitada. Así pues, el parlamento debe abstenerse de aprobar enmiendas a la constitución, leyes orgánicas u otras reformas importantes objeto de debate político que no sean necesarias para volver a la situación normal.

120. Debido a las dificultades para garantizar la libre realización de campañas y el debate público sobre las reformas con un efecto más prolongado, los referendos, especialmente los constitucionales, deben aplazarse hasta el final del estado de emergencia. La celebración de referendos iría en contra de las normas europeas consagradas en el Código de Buenas Prácticas sobre Referendos.⁷⁵

III. Conclusión

121. Los poderes de emergencia que respetan el Estado de derecho tienen incorporados importantes garantías contra el abuso: los principios de necesidad, proporcionalidad y temporalidad. El respeto de estos principios debe estar sujeto a un control parlamentario efectivo e imparcial y a un control judicial significativo por parte de tribunales independientes.

122. La dicotomía entre la normalidad y la excepción que está en la base de la declaración del estado de emergencia no implica necesariamente, y no tiene por qué implicar, una dicotomía entre la acción eficaz contra la emergencia y el constitucionalismo democrático, o entre la protección de la salud pública y el Estado de derecho.

⁷⁵ CDL-AD(2007)008rev-cor.