

COMPILACIÓN DE LA COMISIÓN DE VENECIA DE OPINIONES E INFORMES SOBRE ESTADOS DE EMERGENCIA¹

Por

JOSEP M.^a CASTELLÀ ANDREU
Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Barcelona
Miembro por España de la Comisión de Venecia del Consejo de Europa

Revistas@iustel.com

Revista General de Derecho Constitucional 32 (2020)

PRESENTACIÓN

La crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19 ha suscitado en España, como en los demás países afectados, reflexiones jurídico-constitucionales sobre la forma de afrontarla por parte de las autoridades públicas y sobre los problemas de aplicación de los estados excepcionales que los ordenamientos jurídicos suelen prever a la actual pandemia. Todo ello en el contexto del imprescindible mantenimiento de la democracia constitucional en momentos de anormalidad política, social y económica, así como de la utilización de los poderes excepcionales por parte de algunos gobiernos para propósitos que exceden de lo requerido por la crisis sanitaria. La Comisión de Venecia del Consejo de Europa se acaba de sumar a este debate con la publicación el 16 de abril de 2020 de la Compilación sobre los estados de emergencia (CDL-PI(2020)003).

Las compilaciones son documentos preparados por el Secretariado de la Comisión de Venecia, con sede en Estrasburgo, que recopilan los fragmentos más destacados de informes y opiniones existentes sobre un determinado asunto. En cambio, las opiniones versan normalmente sobre la adecuación de proyectos normativos a estándares internacionales, a instancia de las autoridades de los Estados parte de la Comisión o bien de otros legitimados, como la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. Y los informes tratan un determinado asunto, con carácter general, y son realizados habitualmente a iniciativa de la propia Comisión. Las opiniones y los informes son

¹ Este trabajo se enmarca en el proyecto EU H2020, *Democratic Efficacy and the Varieties of Populism in Europe (Demos)*, Grant No 822590 y en las actividades del Grupo de Estudios sobre la Democracia y el Constitucionalismo (GEDECO), grupo consolidado por la Generalitat de Cataluña.

debatidos y aprobados por el Pleno de la Comisión de Venecia, a partir del proyecto elaborado por unos relatores, habitualmente miembros de la Comisión, y con el apoyo eficaz de los juristas del Secretariado. Las compilaciones no innovan la doctrina del órgano consultivo del Consejo de Europa y son periódicamente (re)elaboradas para permitir a juristas y público interesado una primera aproximación general a lo que la Comisión ya ha ido señalando en documentos elaborados en momentos distintos, a partir de casos y circunstancias particulares.

En el caso que nos ocupa, la Compilación recoge extractos relevantes de las opiniones e informes previamente adoptados por la Comisión de Venecia relacionados con los estados de emergencia. Adviértase que “estado de emergencia” es el término genérico que suele utilizar la Comisión para englobar los distintos estados excepcionales, que reciben nombres diferentes en cada ordenamiento jurídico. Se trate de informes generales (en particular, el dedicado a los Emergency powers², además de otros que afectan a aspectos sectoriales del tema, como los recientes *checklist* o criterios de verificación del Estado de Derecho de 2016, y de los parámetros de la relación entre mayoría parlamentaria y oposición en una democracia de 2019) o de opiniones en relación con casos concretos surgidos a raíz de reformas constitucionales y legales en Estados miembros de la Comisión (como las opiniones sobre Armenia de 2015, Francia de 2016, Túnez de 2013 y Turquía de 2016 y 2017, entre las más recientes). La Comisión de Venecia tiene en cuenta, para redactar sus documentos, sobre todo el derecho internacional público (en este caso se citan especialmente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención Europea de Derechos Humanos, y algunas sentencias del TEDH) así como aportaciones relevantes del derecho constitucional comparado sobre la materia. La técnica de elaboración de la Compilación explica el carácter no siempre coincidente y a veces reiterativo del texto. La traducción al español (que no tiene carácter oficial) ha sido efectuada por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación de México, a cuyos responsables agradecemos que nos lo hayan facilitado.

La información que ofrece la Compilación presenta estándares y recomendaciones muy útiles, que nos pueden servir como parámetros orientativos para valorar el uso de los poderes excepcionales que están llevando a cabo los diferentes Estados durante la pandemia del Covid 19 y, en nuestro caso, del estado de alarma en España. El documento da criterios para afrontar varias cuestiones relacionadas con la declaración de los estados de emergencia y los principios que deben guiarla, los derechos

² CDL-STD(1995)012

susceptibles de suspensión y restricción, o el control político y judicial de las decisiones gubernamentales, entre las que destacan las siguientes:

En primer lugar, la Compilación se refiere a los tipos de estados de emergencia que suelen preverse por los distintos ordenamientos, de acuerdo con los supuestos de hecho a los que responde cada uno de ellos, e identifica la norma constitucional como la más adecuada para el establecimiento de dichos estados y delimitación. A tales estados excepcionales, además del principio de legalidad, son de aplicación los principios de proporcionalidad y temporalidad de las medidas adoptadas³, el carácter expreso de su proclamación, y el de excepcionalidad⁴, así como el principio de diferenciación entre los varios estados excepcionales, según el cual no puede confundirse ni tratarse por igual toda emergencia⁵.

Segundo, los derechos fundamentales pueden ser suspendidos o derogados “solo en circunstancias muy excepcionales” durante la vigencia de los distintos estados excepcionales. Se excluyen de la suspensión varios derechos, en una lista no siempre coincidente, y, desde luego, no cerrada. Aparece siempre el derecho a la vida, la prohibición de tortura y tratos inhumanos y degradantes, la prohibición de la esclavitud y el principio *nullun crimen, nulla poena sine lege*, “entre otros”⁶, a los que se añade la libertad de pensamiento, conciencia y religiosa⁷. Otras veces se amplía a la privacidad, libertad de expresión, derecho de voto, acceso a cargos públicos, reunión y asociación, además de otros principios básicos del Estado constitucional de Derecho⁸. Incluso se llega a hablar, en alguna ocasión, de derechos “implícitamente no derogables”, como algunos derechos relacionados con la tutela judicial o procesales⁹. También aparece reflejada la diferencia entre “derechos no derogables” y otros derechos que sí lo son, en cuyo caso se aplicarían a la restricción los principios de necesidad y proporcionalidad¹⁰.

³ Emergency Powers, CDL-STD(1995)012, pág. 5. La cita de las páginas es a la de la Compilación en su versión original inglesa; cuando se citan párrafos, en cambio, se corresponden con los del informe u opinión originarios.

⁴ CDL-AD(2016)006, Opinion on the Draft Constitutional Law on "Protection of the Nation" of France, párrafo 28, pág. 7.

⁵ CDL-AD(2017)005, Turkey - Opinion on the amendments to the Constitution adopted by the Grand National Assembly on 21 January 2017 and to be submitted to a National Referendum on 16 April 2017, párr. 73, pág. 8.

⁶ Rule of Law checklist, CDL-AD(2016)007 párr. 52, pág. 4.

⁷ CDL-AD(2016)006, Opinion on the Draft Constitutional Law on "Protection of the Nation" of France, párr. 28, pág. 7.

⁸ CDL-AD(2006)015, Opinion on the Protection of Human Rights in Emergency Situations, párr. 34, pág. 10.

⁹ CDL-AD(2016)037, Turkey - Opinion on Emergency Decree Laws N°s 667-676 adopted following the failed coup of 15 July 2016, párr. 159, pág. 20.

¹⁰ Ibidem.

En el caso concreto de la celebración de elecciones, la Comisión admite que no hay un criterio claro sobre la conveniencia o no de aplazarlas, pero señala que, en caso de celebrarse, se debe garantizar el pleno ejercicio de los derechos políticos así como los estándares internacionales sobre elecciones libres y limpias¹¹.

Tercero, respecto a la redistribución y ejercicio de los poderes durante la vigencia del estado excepcional, se asume, como premisa, el refuerzo de la posición de los gobiernos nacionales. Pero, como contrapartida, se enfatizan los poderes del Parlamento para controlarlo, así como la necesidad de mayorías cualificadas en los Parlamentos para el acuerdo sobre la declaración y su prórroga. Ello persigue el objetivo de sumar a la oposición en la decisión. Así: *“121. Many constitutions provide for the possibility of the executive to legislate in emergency situations. Parliament should be involved in this process through the approval of the declaration of the state of emergency, and/or through ex post scrutiny of the emergency decrees or any extension of the period of emergency. Participation of the opposition in those matters may be ensured by requiring a qualified majority for the prolongation of the state of emergency beyond the original period (CDL-AD(2016)006, para.63). It may also be useful to limit the legislative powers of the executive in emergency situations to certain specific matters, so that the executive cannot use its legislative functions to suppress opposition rights. The Venice Commission has emphasised that parliamentary life should continue throughout a state of emergency [...] These limitations prevent the executive from using an emergency as a pretext for curtailing the rights of the opposition.”*¹².

En lo que respecta a la relación entre el gobierno central y los territoriales, la Comisión de Venecia admite, como criterio general, que los poderes del primero puedan limitar los de las autoridades subnacionales: *“In some federal States, the declaration of emergency rule may involve the shift of competences from the State and local authorities to the central government”*¹³. En otros documentos se limita el alcance de dicha limitación, que no podría llegar a la suspensión de la autonomía¹⁴, ni a que la recentralización vaya más allá de las exigencias del Estado excepcional¹⁵.

¹¹ CDL-AD(2017)005, Turkey - Opinion on the amendments to the Constitution adopted by the Grand National Assembly on 21 January 2017 and to be submitted to a National Referendum on 16 April 2017, párr. 32, pág. 28.

¹² CDL-AD(2019)015, Parameters on the Relationship between the Parliamentary Majority and the Opposition in a Democracy: a checklist, pág 16.

¹³ CDL-STD(1995)012, Emergency Powers, pág. 26.

¹⁴ CDL-AD(2011)049, Opinion on the draft law on the legal regime of the state of emergency of Armenia, párr. 34, pág. 26.

¹⁵ CDL-AD(2017)021, Turkey - Opinion on the Provisions of the Emergency Decree-Law N° 674 of 1 September 2016 which concern the exercise of Local Democracy, párr. 92, pág. 26.

Por último, la Comisión de Venecia reitera la necesidad del mantenimiento del Estado de Derecho y de los controles judiciales, sea de la jurisdicción ordinaria sea de la constitucional, mientras esté vigente el Estado excepcional. Se recuerda que cabe la suspensión de las obligaciones derivadas de los Tratados (art. 15 CEDH), como ya han hecho en la actualidad varios Estados del Este de Europa, aunque la misma no puede ser total. Además, se recuerda que las autoridades de los Estados disponen de un amplio margen de apreciación a la hora de determinar la aplicación de los estados de emergencia, lo que, sin embargo, no hace desaparecer la “supervisión europea”, en particular, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁶. Otra consecuencia a destacar, derivada de las exigencias del Estado de Derecho, es que las medidas excepcionales deben perder la vigencia con el cese del Estado excepcional, y que no se deben aprovechar las normas dictadas para la emergencia para incluir normas estructurales con vocación de permanencia, como las que afecten a la organización y funcionamiento de las instituciones¹⁷.

Así pues, la Comisión de Venecia constata como el estado de emergencia supone tanto una derogación de las normas ordinarias sobre derechos como cambios en los poderes de las diferentes instituciones estatales. De ahí, como se ha visto, que subraye el carácter temporalmente limitado o provisional y “verdaderamente” excepcional de las medidas que se adopten. No obstante, ello no impide que el Estado de Derecho siga plenamente vigente y que se prevean garantías legales frente a posibles malos usos en la adopción de dichas medidas¹⁸.

La lógica que suele predominar en el análisis y en las prevenciones al uso de los poderes excepcionales es la de los Estados excepcionales derivados de crisis políticas graves y no tanto de emergencias debidas a causas naturales o sanitarias. Esta ha sido la constante en los estudios jurídicos hasta la fecha en los distintos Estados, incluida España. Pero lo anterior no significa que muchos de los criterios establecidos no sean aplicables a estos otros, aunque se produzcan ciertos vacíos normativos y requieran ciertas adaptaciones, sobre todo en casos de suma gravedad, como ahora se está viendo con la pandemia. Lo cual, a buen seguro, obligará a los legisladores a contemplar regulaciones específicas para tales situaciones, que son distintas de las emergencias naturales en las que se había fijado la atención o de las que había experiencia hasta

¹⁶ CDL-AD(2016)037, Turkey - Opinion on Emergency Decree Laws N°s667-676 adopted following the failed coup of 15 July 2016, párr. 36, pág. 6, párr. 33, pág. 10.

¹⁷ CDL-AD(2016)037, Turkey - Opinion on Emergency Decree Laws N°s667-676 adopted following the failed coup of 15 July 2016, párr. 80, pág. 22.

¹⁸ CDL-AD(2016)006, Opinion on the Draft Constitutional Law on "Protection of the Nation" of France, párr. 51, pág. 12.

ahora -y del Estado de alarma tal y como está regulado en España por la Ley orgánica 4/1981-.

La Compilación recoge algunas referencias a España. Una de ellas, en concreto, al art. 116. 5 CE: "*Emergency rule may or may not involve changes in the distribution of powers among organs of the State or shifts in the competences of such organs. In some cases (eg in Spain and Portugal) the normal functioning of the constitutional organs is not affected by the emergency rule. [...]*"¹⁹. Otra cita recuerda que no se puede llevar a cabo una reforma constitucional bajo la vigencia de estados excepcionales (para ser precisos, en España solo se prohíbe que pueda iniciarse durante los mismos, art. 169 CE)²⁰. En otra se pone el ejemplo de España para aludir a la existencia en algunos países de unidades militares especiales para desempeñar tareas durante la emergencia (la UME)²¹. Por último, al mencionarse los Estados que permiten posponer elecciones ("to postpone upcoming elections") en caso de declaración de los estados excepcionales, también se cita a España, y a continuación se hace mención a los Estados que no permiten la disolución del Parlamento durante la vigencia de los Estados excepcionales, con referencia otra vez a nuestro país²². Esto último es justamente lo que indica el art. 116.5 CE; lo primero, en cambio, es correcto si se trata de una consecuencia de no poder disolver las Cortes Generales, pero si estas ya están disueltas en el momento de la Declaración (o los Parlamentos autonómicos, como se ha visto para Galicia y el País Vasco), existe un vacío normativo, que deberá ser colmado cuanto antes, para evitar soluciones discutibles.

En esta presentación solo hemos pretendido sintetizar los más relevantes contenidos de un documento rico en aportaciones, y que merece una lectura atenta. Como resumen de la posición de la Comisión de Venecia respecto a los Estados de emergencia, podemos concluir con la siguiente cita, recordatorio que siempre resulta oportuno tener presente: "*The security of the State and of its democratic institutions, and the safety of its officials and population, are vital public and private interests that deserve protection and may lead to a temporary derogation from certain human rights and to an extraordinary division of powers. However, emergency powers have been abused by authoritarian governments to stay in power, to silence the opposition and to restrict*

¹⁹ CDL-STD(1995)012, Emergency Powers, pág. 14.

²⁰ CDL-AD(2017)005, Turkey - Opinion on the amendments to the Constitution adopted by the Grand National Assembly on 21 January 2017 and to be submitted to a National Referendum on 16 April 2017, párr. 29, pág. 25.

²¹ CDL-AD(2008)004, Report on the Democratic Control of the Armed Forces, párr. 125, pág. 27

²² Párrafo 31 de la CDL-AD(2017)005, Turkey - Opinion on the amendments to the Constitution adopted by the Grand National Assembly on 21 January 2017 and to be submitted to a National Referendum on 16 April 2017, pág. 31.

human rights in general. Strict limits on the duration, circumstance and scope of such powers is therefore essential. State security and public safety can only be effectively secured in a democracy which fully respects the Rule of Law. This requires parliamentary control and judicial review of the existence and duration of a declared emergency situation in order to avoid abuse."²³

²³ Rule of Law Checklist (CDL-AD(2016)007), párr. 51, pág. 4.