

EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA ANTE LAS CLÁUSULAS DEROGATORIAS PREVISTAS EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

JOSÉ RAFAEL MARÍN AÍS¹
Universidad de Granada
marinai@ugr.es

Cómo citar/Citation

Marín Aís, J. R. (2020).

El derecho de la Unión Europea ante las cláusulas derogatorias previstas en los tratados internacionales de derechos humanos.

Revista de Derecho Comunitario Europeo, 66, 519-557.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.66.08>

Resumen

La activación de las cláusulas derogatorias contenidas en los tratados internacionales para la protección de los derechos humanos en que los Estados miembros son parte constituye una competencia exclusiva de estos últimos, pudiendo traducirse su ejercicio en límites intangibles a la primacía del derecho de la Unión, en ámbitos atribuidos a esta, en punto a la supervivencia de los propios Estados miembros con arreglo al derecho internacional. No obstante, la autonomía del derecho de la Unión impone límites a la apreciación soberana tendente a la aplicación de dichas cláusulas derogatorias, así como a las medidas que pueden ser adoptadas en virtud de las mismas. La propia conservación de la Unión Europea en tanto que Unión de derecho, la autonomía de su ordenamiento jurídico y la preservación de los valores fundacionales, exigen que la Unión goce de la capacidad jurídica para prevenir y corregir en su caso un eventual uso abusivo de estas cláusulas por parte de los Estados miembros.

¹ Profesor ayudante doctor, Departamento de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Granada.

Palabras clave

Autonomía del derecho de la Unión Europea; artículos 51, 52 y 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; cláusulas derogatorias; tratados internacionales; derechos humanos.

DEROGATORY CLAUSES ENshrINED IN INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS TREATIES IN THE FACE OF EUROPEAN UNION LAW**Abstract**

Activation of derogation clauses embodied in international human rights treaties to which Member States are parties belongs to the exclusive competence of the latter, being its exercise able to raise limits to the primacy of EU law within fields allocated to the Union when self-protection of Member States under international law is at stake. Nevertheless, the autonomy of EU Law imposes constraints both on the sovereign assessment aiming at the application of derogation clauses and on the measures, which might be adopted accordingly. European Union's survival as a Union of law, the autonomy of its legal order and the preservation of its founding values require the Union to ascertain the legal capacity to prevent and correct any hypothetical misuse of derogation clauses by its Member States.

Keywords

Autonomy of EU law; articles 51, 52 and 53 of the EU Charter of Fundamental Rights; derogation clauses; international human rights treaties.

LE DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE FACE AUX CLAUSES DÉROGATOIRES DES TRAITÉS INTERNATIONAUX DES DROITS DE L'HOMME**Résumé**

L'activation des clauses de dérogation dans les traités des droits de l'homme dont les États membres font partie constitue une compétence exclusive pour eux, mais son exercice peut aboutir à des limites pour la primauté du droit de l'Union dans des domaines attribués à cette dernière en ce qui concerne l'autoconservation des États membres selon le droit international. Toutefois, l'autonomie du droit de l'Union impose des limites autant à la marge souveraine d'appréciation pour l'application des clauses de dérogation comme aux mesures qui peuvent être adoptées conformément à ceux-là. La propre conservation de l'Union en tant qu'Union de droit, l'autonomie de son ordre juridique et la préservation de ses valeurs fondatrices, exigent que l'Union

dispose de la capacité juridique pour prévenir et corriger un éventuel abus des clauses de dérogation parmi ses États membres.

Mots clés

Autonomie du Droit de l'Union Européenne; articles 51, 52 et 53 de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne; clauses dérogatoires; traités de droits de l'homme.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN: 1. La derogación de derechos humanos como posible límite externo a la primacía del derecho de la Unión. 2. La autonomía y la primacía del derecho de la Unión como posibles límites frente a la derogación de los derechos humanos. II. LAS CLÁUSULAS DEROGATORIAS CONTENIDAS EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN QUE LOS ESTADOS MIEMBROS SON PARTE: 1. Supuestos habilitantes y condiciones para su aplicación. 2. Derechos derogables y no derogables. 3. La derogación en tratados internacionales para la protección de los derechos humanos en que la Unión Europea es/puede llegar a ser parte. III. CONSIDERACIONES FINALES. *BIBLIOGRAFÍA.*

I. INTRODUCCIÓN

La activación por parte de Estados miembros de la Unión de las cláusulas derogatorias de derechos humanos previstas en aquellos tratados internacionales en los cuales son parte no constituye un mero supuesto teórico de laboratorio. Bajo la vigencia del Tratado de Lisboa, Francia, tras los atentados terroristas de 13 de noviembre de 2015 en París, notificó a la Secretaría General del Consejo de Europa la derogación de sus obligaciones contraídas en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH en adelante), con arreglo a su art. 15, para hacer frente en lo sucesivo a la amenaza terrorista tras declarar el estado de emergencia, prolongándose esta derogación hasta finales de octubre de 2017². Con posterioridad al estallido de la pandemia de COVID-19, en el mes de marzo de 2020 han sido Estonia, Letonia y Rumanía los siguientes Estados miembros en hacer uso de la derogación prevista en el art. 15 del CEDH³, viéndose afectados el derecho a la vida privada y familiar, la libertad de reunión y asociación, el derecho a la educación y la libertad

² Francia notificó asimismo en noviembre de 2015 a la Secretaría General de Naciones Unidas que la declaración del estado de emergencia podía comportar derogaciones al contenido de los arts. 9, 12 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

³ Fuera de la Unión, también han planteado derogaciones al CEDH Albania, Armenia, Georgia, Macedonia del Norte, Moldavia, San Marino y Serbia por este motivo.

de circulación y residencia, principalmente⁴. A rebufo de la grave crisis provocada por el coronavirus, Hungría ha adoptado una ley que aprobaba el estado de emergencia por un periodo indefinido que comporta la posibilidad de gobernar a través de decretos para el primer ministro Viktor Orbán, y sin embargo no ha notificado ninguna derogación en el marco de los tratados internacionales de derechos humanos⁵.

En la medida en que la Unión Europea carece de una competencia general en materia de derechos humanos y no es parte ni en el CEDH ni en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCYP en adelante), a todas luces constituye un hecho soberano de los Estados miembros la apreciación de las circunstancias tendentes a la activación y notificación de las respectivas cláusulas derogatorias contenidas en estos tratados. Pese a constituir un hecho soberano perteneciente al ámbito de competencia exclusiva de los Estados miembros, la derogación de derechos fundamentales despliega sus efectos en ámbitos atribuidos a la Unión y en ámbitos cubiertos por el derecho de la Unión⁶. De modo que esta soberanía para declarar los estados constitucionales

⁴ *Bulletin Quotidien Europe (Agence Europe)*, n.º12451, 21 de marzo de 2020, p. 18. La derogación que plantea Letonia ha sido la más comedida; por su parte, Estonia plantea además eventual afectación a los arts. 5 y 6 CEDH, así como al derecho a la propiedad recogido en el primer Protocolo Adicional al CEDH; finalmente, Rumanía ha comunicado una retahíla genérica de derechos que pueden verse afectados por la derogación, añadiendo la libertad económica, el derecho de huelga, la inviolabilidad del domicilio, sin señalar preceptos del CEDH. Puede accederse al contenido de las notas verbales dirigidas por la representación permanente de estos Estados miembros a la Secretaría General del Consejo de Europa en la siguiente página: <https://bit.ly/2Co8ON5>. Del mismo modo, los tres Estados miembros, Estonia, Letonia y Rumanía, han dirigido sus notificaciones a la Secretaría General de Naciones Unidas procediendo a la derogación en los términos previstos en el art. 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en este sentido véase: <https://bit.ly/37K9Xu8>.

⁵ Esta ley que introduce sanciones penales de cinco años de prisión por la difusión de *fake news* en relación con la epidemia y hasta ocho años de prisión por saltarse la cuarentena, preocupa al comisario europeo de Justicia, Didier Reynders, véase *Bulletin Quotidien Europe (Agence Europe)*, n.º12457, 31 de marzo de 2020, p. 27. Sin principio de la persistencia de otros graves problemas por el Estado de Derecho, a mediados de junio de 2020, Hungría parece haber puesto nominalmente fin al controvertido estado de emergencia.

⁶ Como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y se mantiene en el actual art. 51.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el estándar de derechos fundamentales de la Unión debe ser aplicado por los Estados miembros tanto cuando aplican o desarrollan normas europeas como cuando formulan derogaciones o excepciones a las mismas, recuérdese en este último sentido la Sentencia del Tribunal de

de excepción y emergencia, así como para recurrir a las referidas cláusulas derogatorias⁷, pese a residir en los Estados miembros, se ve tamizada y limitada por la autonomía del derecho de la Unión⁸.

En particular, como se pretende demostrar en el presente estudio, la derogación de derechos humanos activada por los Estados miembros presenta una relación ambivalente con el principio de primacía: a) por un lado, puede actuar como un límite externo, extrínseco a la primacía del derecho de la Unión; b) por otro lado, la propia autonomía y la primacía del derecho de la Unión introducen límites necesarios tanto hacia las facultades soberanas de activación de las cláusulas derogatorias de los tratados de derechos humanos como a las eventuales medidas que pueden dictar en aplicación de las mismas. Por tanto, ambas dimensiones quedan disciplinadas por el derecho de la Unión Europea: la derogación de derechos humanos como límite externo a la primacía del derecho de la Unión se enmarcaría fundamentalmente dentro de los parámetros del art. 4, apdo. 2, TUE, mientras que la autonomía y especificidad del ordenamiento jurídico de la Unión imponen límites a la facultad soberana de los Estados miembros de efectuar derogaciones a los tratados de derechos humanos, límites que pueden encontrarse, entre otros preceptos, en los arts. 2 y 19 TUE, así como en las disposiciones del Título VII de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, la Carta).

El eventual uso abusivo, dentro del ámbito de aplicación del derecho de la Unión, de las facultades soberanas en tiempos de excepcionalidad y emergencia en lo que a derogación temporal de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos respecta, constituiría un claro atentado, en cualquiera de las dos dimensiones expuestas, contra los pilares nucleares de la Unión Europea

Justicia de 18 de junio de 1991, ERT, C-260/89, EU:C:1991:254. En cuanto al grado de vinculación que tienen los Estados miembros con respecto a la Carta cuando aplican el derecho de la Unión, véase Sarmiento (2013).

⁷ La activación de las cláusulas derogatorias de obligaciones convencionales en el campo de los derechos humanos suele ir precedida del recurso a medidas constitucionales de crisis (excepción o emergencia). Se trata de conceptos estrechamente ligados, pero distintos, de suerte que las medidas nacionales adoptadas bajo su abrigo deben mantener la consistencia interna tanto con la norma constitucional nacional como con las obligaciones internacionales propias de cada Estado miembro como condición necesaria, pero no suficiente, para resultar conformes al derecho de la Unión.

⁸ En su germinal Sentencia de 10 de diciembre de 1969, Comisión/Francia, 6/69 y 11/69, EU:C:1969:68, el Tribunal de Justicia dejó sentado que en ámbitos de competencia exclusivos que no han atribuido, los Estados miembros no pueden adoptar medidas unilaterales contrarias a los tratados ni causar perjuicio a los intereses fundamentales de las entonces Comunidades Europeas.

en tanto que Unión de Derecho. Es por ello que en este trabajo se defiende que la Unión Europea debería contar con el instrumental jurídico que le permitiera no simplemente evaluar la existencia de este riesgo de abuso descrito sino también contenerlo, mitigarlo y en su caso llegar a sancionarlo, más allá de la mera amonestación política. Este tipo de supuestos plantea un desafío existencial a la Unión Europea que no puede resolverse en el marco del art. 7 TUE⁹ y que puede llegar a requerir la plena intervención de la Comisión y del Tribunal de Justicia en el marco del recurso por incumplimiento¹⁰. Dicha intervención podría ser requerida cuando los órganos jurisdiccionales nacionales fallan en su deber de atemperar y mantener las medidas excepcionales de derogación dentro de los cánones admisibles para la autonomía del derecho de la Unión y sus valores fundacionales ex art. 2 TUE: en particular podrían ser atacadas las medidas nacionales en la medida en que se proyecten sobre y puedan ser atraídas hacia el ámbito de aplicación del derecho de la Unión¹¹.

⁹ Entre las causas que evidencian el patente fracaso de los mecanismos de prevención y sanción previstos en el art. 7 TUE tras su activación en Hungría y Polonia ante las graves deficiencias y deterioro del Estado de derecho, pueden señalarse tanto el elevadísimo grado de consenso político que requiere este artículo en sus diferentes fases como la excepcional gravedad requerida para determinar su umbral de activación. Tras proponer en 2014 un marco para reforzar el Estado de derecho, la Comisión Europea ha vuelto a examinar esta cuestión en 2019 señalando diferentes escenarios alternativos al art. 7 TUE que deben conjugar la promoción del Estado de derecho, la prevención de deficiencias sistémicas en los Estados miembros a nivel nacional y que contempla en última instancia ante el fallo doméstico la intervención de la Comisión y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Deben verse la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo, *Reforzar en mayor medida el Estado de Derecho en la Unión. Situación y posibles próximas etapas*, de 3.4.2019, COM(2019) 163 final; así como la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, *Un nuevo marco de la UE para reforzar el Estado de Derecho*, de 11.3.2014, COM(2014) 158 final. Véanse, por todos, Pérez Bernárdez (2016) y Blázquez Peinado (2019).

¹⁰ Von Bogdandy (2019) aboga por la construcción de una doctrina de las deficiencias sistémicas como fundamento para permitir la justiciabilidad de los valores de la Unión a través de los procedimientos previstos en los arts. 258 y 267 TFUE, sin incurrir en una tiranía de los valores.

¹¹ Como se verá en el segundo apartado del presente trabajo, la necesidad de atajar el hipotético uso abusivo de las medidas derogatorias de los Estados miembros mediante el recurso por infracción del derecho de la Unión se ve acrecentada ante la insuficiencia del escrutinio del propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), que en su función de control de recursos individuales se ve desbordado para paliar a tiempo el uso abusivo del art. 15 CEDH, pudiendo por lo demás demorarse

Con el propósito de precisar el régimen admisible de derogaciones temporales de derechos humanos para los Estados miembros en el ámbito de aplicación del derecho de la Unión Europea, el segundo apartado analiza los supuestos habilitantes y condiciones para la derogación que contemplan los tratados de derechos humanos, así como la distinción entre derechos derogables y no derogables. Además, se hace mención a aquellos supuestos de tratados de derechos humanos en que la Unión es o puede llegar a ser parte.

1. LA DEROGACIÓN DE DERECHOS HUMANOS COMO POSIBLE LÍMITE EXTERNO A LA PRIMACÍA DEL DERECHO DE LA UNIÓN

La construcción y proclamación por parte del Tribunal de Justicia de una primacía incondicional y absoluta del derecho de la Unión, aceptada con carácter general, ha suscitado ciertas resistencias por parte de algunos tribunales constitucionales, como el alemán e italiano, y también de algunos tribunales supremos de los Estados miembros. Estas resistencias constituyen los denominados límites externos al principio de primacía y pueden aparecer como fundamento para el control de constitucionalidad de la norma europea ante un eventual supuesto extremo de contradicción entre la Constitución nacional y el derecho de la Unión Europea. Esta hipotética revisión de la constitucionalidad del derecho de la Unión *ex post* ha sido esgrimida en abstracto para prevenir una violación de los principios constitucionales nacionales básicos, exigiendo que el derecho de la Unión dispense una protección equivalente a los derechos fundamentales a la ofrecida por la norma constitucional (López Escudero, 2019: 809-821)¹². En materia de derechos fundamentales debe evitarse la confrontación total entre ordenamientos y, como demuestra la saga *Taricco*, el Tribunal de Justicia ha llegado a admitir un límite a la primacía del derecho de la Unión cuando la inaplicación de la norma nacional contraria al

en el tiempo su respuesta que llegaría tarde en caso de extenderse la excepcionalidad de la situación.

¹² Resulta ilustrativa de estos límites intangibles a la primacía del derecho de la UE la posición del Tribunal Constitucional español en su Declaración 1/2004 de 13 de diciembre, BOE n.º 3, de 4 de enero de 2005, FJ 2º, ES:TC:2004:1D, donde afirma que «la cesión constitucional que el art. 93 CE posibilita tiene a su vez límites materiales que se imponen a la propia cesión. Esos límites materiales, no recogidos expresamente en el precepto constitucional, pero que implícitamente se derivan de la Constitución y del sentido esencial del propio precepto, se traducen en el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia».

derecho de la Unión produciría la lesión de un derecho fundamental en un ámbito donde no hay armonización normativa¹³. Sin embargo, el supuesto que se plantea en el presente trabajo es el inverso: el principio de primacía podría ceder ante la derogación y suspensión de determinados derechos fundamentales por un Estado miembro que atraviesa una situación de excepcionalidad y lo hace dentro del respeto hacia su propio marco constitucional y hacia los tratados internacionales de derechos humanos en que es parte.

El propio derecho originario de la Unión ha blindado los temores de los Estados miembros otorgándoles seguridad frente a una injerencia de la Unión en un ámbito de soberanía crucial como son los poderes de emergencia en el art. 4, apdo. 2, TUE:

La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro¹⁴.

Disposiciones como el art. 16 de la Constitución Francesa¹⁵ o los arts. 55 y 116 de la Constitución Española¹⁶ relativos a poderes de emergencia forman

¹³ Sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de 5 de diciembre de 2017, M.A.S. y M. B., C-42/17, EU:C:2017:936.

¹⁴ A dichas funciones esenciales contribuyen igualmente los arts. 72 y 276 TFUE. En el ámbito de la cooperación policial y judicial penal en virtud de esta última disposición, el Tribunal de Justicia no será competente para pronunciarse sobre la validez o proporcionalidad de funciones de policía o coercitivas de los Estados miembros, ni tampoco en relación con las responsabilidades nacionales atinentes al mantenimiento del orden público y de la seguridad interior.

¹⁵ Francia mantiene reservas tanto al art. 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como al art. 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos con el objeto de preservar intactas e irrestrictas las facultades del presidente de la República ante la utilización del art. 16 de la Constitución Francesa (Pellet, 1974: 1319-1379).

¹⁶ Existen importantes dudas acerca de la adecuación al marco constitucional del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria conocida como Covid-19, BOE n.º 67, de 14 de marzo de 2020, pp. 25390-25400. Dichas dudas afectan tanto a la configuración inicial del estado de alarma como a sus sucesivas prórrogas, en la medida en que las medidas que contempla se aproximan más a una suspensión de derechos fundamentales; medidas que no pueden ser articuladas a través del estado

parte de dichas estructuras fundamentales en aras de facilitar funciones esenciales, como la seguridad nacional, de estos Estados miembros ante situaciones excepcionales que pudieran detonar su activación. La aplicación y ejecución de este tipo de disposiciones constitucionales para situaciones de emergencia y/o excepción bien pueden aconsejar y requerir la activación de cláusulas derogatorias, de suspensión, previstas en los tratados internacionales de derechos humanos. Ahora bien, tanto el deber de cooperación leal recogido en el art. 4, apdo. 3, TUE, como el propio art. 347 TFUE imponen un deber de comportamiento que exige que los Estados miembros se consulten y asistan mutuamente con carácter previo a la adopción de medidas de autoconservación a fin de evitar fracturar de forma innecesaria, por ejemplo, el mercado interior¹⁷.

De este modo, respetando su propio marco constitucional, así como las exigencias del derecho internacional, un Estado miembro podría mediante la activación de cláusulas de suspensión/derogación recogidas en un tratado internacional de derechos humanos establecer límites a la primacía del derecho de la UE en materia de derechos fundamentales. Como se defenderá a continuación, en el ámbito de aplicación del derecho de la Unión, esta limitación del principio de primacía únicamente será admisible si a su vez se respetan los valores fundacionales de la Unión recogidos en el art. 2 TUE. Desde la perspectiva del derecho de la Unión aparece este contrapunto o contralímite indispensable para la admisibilidad de toda invocación de cláusulas como la recogida en el art. 15 CEDH o en el art. 4 del PIDCYP, sumándose como veremos a sus propios límites intrínsecos.

El Tribunal de Justicia debe actuar como garante de velar por la adecuación a los valores del art. 2 TUE de las «reservas» a la primacía de la Unión efectuadas

de alarma, sino que precisarían de un estado de excepción o de sitio. Aunque claramente el marco constitucional se ve desbordado por la pandemia, su art. 10.2 obliga a interpretar las disposiciones relativas a derechos humanos de conformidad con los tratados internacionales en que España es parte, de modo que todas estas medidas deben ceñirse a la finalidad para la que han sido dictadas y limitarse a ser aquellas estrictamente requeridas por la situación. En todo caso España no ha notificado derogación alguna al CEDH, ni al PIDCYP pese a la envergadura de las medidas dictadas.

¹⁷ Excede el objeto del presente estudio analizar la compatibilidad con el mercado interior o con el estatuto de ciudadanía de la Unión de las medidas nacionales adoptadas por los Estados miembros para hacer frente a la crisis del coronavirus. Puede pensarse en el grado de descoordinación con el que han sido adoptadas medidas como la reintroducción de controles en las fronteras interiores, así como los planteamientos atinentes a su eventual desaparición.

por los Estados miembros al amparo del art.4, apdo. 2, TUE que no pueden quedar custodiadas en exclusiva por las jurisdicciones nacionales mediante una lectura propia, autónoma, de cada Estado miembro¹⁸.

2. LA AUTONOMÍA Y LA PRIMACÍA DEL DERECHO DE LA UNIÓN COMO POSIBLES LÍMITES FRENTE A LA DEROGACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Como se apunta en la sección precedente, un Estado miembro no posee la capacidad para socavar y quebrar de facto su propio marco constitucional ante situaciones de emergencia y de excepción y ello además por exigencias tanto del art. 2 TUE¹⁹ como del principio de autonomía del derecho de la Unión que se encuentra estrechamente ligado al principio de primacía que probablemente constituye su mayor manifestación como condición existencial. Este aserto se completa con el deber para cada Estado miembro de hacer un buen uso de los mecanismos excepcionales de derogación y suspensión de derechos fundamentales que contemplan los tratados internacionales²⁰. Su mal uso

¹⁸ Conviene traer a colación las siguientes palabras del abogado general Cruz Villalón: «Me parece una tarea poco menos que imposible la de preservar esta Unión, tal como hoy la tenemos, si se la pretende someter a una absoluta reserva, apenas especificada y prácticamente a la libre disposición de cada uno de los Estados, plasmada en una categoría llamada “identidad constitucional”, tanto más si se la proclama como diferente de la “identidad nacional” situada en el artículo 4 TUE, apartado 2. [...] Una tal “reserva de identidad”, autónomamente configurada e interpretada por los órganos competentes, frecuentemente jurisdiccionales, de los Estados miembros, cuyo número apenas debe recordarse que se sitúa hoy día en los 28, dejaría muy probablemente al ordenamiento de la Unión en una posición residual, al menos en términos cualitativos», véanse sus Conclusiones presentadas el 14 de enero de 2015, Gauweiler, C-62/14, EU:C:2015:7, apdos. 59-60. Este razonamiento es perfectamente extrapolable a una lectura completamente autónoma en clave nacional de las medidas dictadas al abrigo de cláusulas derogatorias de derechos humanos como el art. 15 CEDH.

¹⁹ Este artículo proclama que «la Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres».

²⁰ Se ha defendido, De Witte (2019), que podría contribuir a la mejora de la protección de los derechos fundamentales una concepción positiva y afirmativa de la autonomía del derecho de la Unión y no meramente defensiva, aislacionista, como la mostrada en el Dictamen 2/13 frente al proyecto de acuerdo para la adhesión

puede acontecer tanto por exceso como por defecto: este último sería el caso de un Estado que aplica medidas derogatorias *de facto*, en aplicación de su derecho de emergencia, pero sin notificarlas en el marco de tratados internacionales como el CEDH o el PIDCYP²¹. Una extralimitación o conculcación de los límites intrínsecos de dichas cláusulas por parte de los Estados miembros constituye un atentado contra varios de los valores superiores proclamados en el art. 2 TUE²²; se trata de un precepto que por sí solo presenta dudosa aplicabilidad jurisdiccional ante el Tribunal de Justicia como único sostén de un recurso por incumplimiento, pero cuyas manifestaciones pueden proyectarse y presentar vínculos sustantivos con el ámbito de aplicación del derecho de la Unión, y en tal caso, como ha sucedido en la saga relativa a la independencia judicial en Polonia²³, permitiría entablar acción a la Comisión frente a las

de la Unión Europea al CEDH, Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia de 18 de diciembre de 2014, EU:C:2014:2454. Debe recordarse que el Tribunal de Justicia hizo una proclamación de principio en su célebre saga *Kadi* configurando en virtud de la autonomía del derecho de la Unión un núcleo infranqueable para los derechos fundamentales resistente incluso ante la aplicación de obligaciones emanadas del Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas. Véase, por todas las integrantes de la saga, la Sentencia de la Gran Sala de 3 de septiembre de 2008, *Kadi y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión*, C-402/05 P, EU:C:2008:461.

- ²¹ Existe un arduo debate doctrinal en el contexto de la pandemia global de COVID-19 acerca de si es mejor derogar o no derogar; es decir, si ante esta situación es más ajustado a derecho intentar solventar bajo la antigua normalidad constitucional a través de restricciones a los derechos fundamentales esta grave amenaza para la vida y la seguridad de cada Estado, o si por el contrario demuestra un mayor compromiso con la legalidad la notificación de una derogación necesaria y proporcional como excepcionalidad que constituye la nueva normalidad, Scheinin (2020). A favor de que los Estados deben recurrir al art. 15 CEDH durante la actual pandemia, Greene (2020).
- ²² Como sostiene González Vega (2018: 538), «las exigencias de la UE en tanto que Unión de Derecho también comprenden la sumisión de esta a las normas internacionales y el consiguiente control de su respeto por parte del propio Tribunal».
- ²³ La República de Polonia fue condenada por infracción del art. 19.1 TUE al no garantizar un control judicial efectivo «en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión» debido a las medidas adoptadas para la reducción de la edad de jubilación de jueces en activo pertenecientes al Tribunal Supremo y las facultades concedidas al presidente de la República para prorrogar la función jurisdiccional en activo de dichos jueces más allá de la edad de jubilación, véase la Sentencia de la Gran Sala de 24 de junio de 2019, *Comisión/Polonia*, C-619/18, EU:C:2019:531, apdos. 50-59. Idénticos motivos pero en relación con los tribunales ordinarios, además del establecimiento de edades diferentes de jubilación para hombres y mujeres que ejercen los

medidas nacionales dictadas al abrigo de las cláusulas derogatorias de derechos humanos, sin perjuicio de que su conocimiento incidental pudiera llegar al Tribunal de Justicia a través de la cuestión prejudicial. El Tribunal de Justicia y la Comisión, pese a la sutileza de las competencias por atribución, no deberían rehuir la intervención como *ultima ratio*, puesto que la Unión Europea en tanto que Unión de derecho y Unión de valores no puede permanecer atónita, incólume, aséptica ante un desmoronamiento constitucional en un Estado miembro que termine por arrumbar la tríada Estado de derecho-democracia-derechos humanos²⁴ como consecuencia de la adopción de medidas de emergencia que suspendan derechos humanos más allá de lo permitido en los tratados internacionales²⁵.

En la aplicación de las cláusulas de derogación/suspensión de derechos humanos contenidas en los tratados internacionales en ejercicio de prerrogativas tendentes a la conservación de la seguridad nacional, se impone la cautela desde el derecho de la Unión que confiere amplia deferencia a sus Estados miembros por obra del art. 4, apdo. 2, TUE, instaurando una presunción *iuris tantum* de compatibilidad con el art. 2 TUE de tales medidas. Ahora bien, en supuestos extremos y estructurales de conculcación de los valores podría rebatirse dicha presunción, y el art. 2 TUE extendería los efectos de la primacía y de la autonomía del derecho de la Unión más allá, incluso²⁶, del alcance del

cargos de juez o de fiscal en todos los tribunales, han supuesto una nueva condena en la Sentencia de la Gran Sala de 5 noviembre de 2019, Comisión/Polonia, C-192/18, EU:C:2019:924. Véase por todos Campos Sánchez-Bordona (2020).

²⁴ «All of these legal instruments were developed to ensure that EU norms effectively structure social relations despite the absence of EU coercive mechanisms of enforcement. They remain, however, suspended if the institutions of a Member State are unwilling or unable to observe the rule of (domestic) law – be it due to endemic corruption, weak institutional capacities, or insufficient resources at the administrative or judicial levels. EU norms are then factually irrelevant in that territory. Deficient rule of domestic law automatically translates in deficient rule of EU law. The EU as a community of law, as a Union of law, and hence the entire edifice, crumble», Von Bogdandy y Ioannidis (2014: 64).

²⁵ Las funciones de la Comisión en el marco de los arts. 258-260 TFUE y del Tribunal de Justicia como garante del «respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados», art. 19.1 TUE, no quedan desplazadas por la función de las instituciones políticas que intervienen en el procedimiento de prevención y sanción de violaciones graves a los valores de la Unión previsto en el art. 7 TUE.

²⁶ Son muy ilustrativas las palabras del abogado general Tanchev en sus Conclusiones presentadas el 20 de junio de 2019, Comisión/Polonia, C-192/18, EU:C:2019:529: «Los límites inherentes a la Carta, esto es, que únicamente es aplicable a los Estados

ámbito de aplicación de la Carta previsto en su art. 51.1 (Von Bogdandy y Spieker, 2019: 409-426): la consecuencia de la primacía y de la autonomía del derecho de la Unión obligaría al Estado miembro afectado a dejar sin efecto, o no llegar en su caso a aplicar, las hipotéticas medidas derogatorias *ultra vires* que resultarían de este modo también contrarias al derecho de la Unión²⁷. La Unión Europea en tanto que Unión de derecho se fundamenta en la premisa de que todos sus Estados miembros respetan unos valores comunes y aplican el derecho de la Unión. En dicha concepción no solo el Tribunal de Justicia sino también su garante ordinario, el juez nacional, desempeña un rol crucial como guardián de los valores del art. 2 TUE a través de la tutela judicial efectiva prevista en el art. 19 TUE²⁸:

A este respecto, debe subrayarse que la necesidad de independencia de los jueces está integrada en el contenido esencial del derecho fundamental a un proceso equitativo, que reviste una importancia capital como garante de la protección del conjunto de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables y de la salvaguarda de los valores comunes de los Estados miembros, enumerados en el artículo 2 TUE, en particular, del valor del Estado de Derecho²⁹.

A los efectos del control de las medidas nacionales de suspensión de derechos fundamentales a la luz del art. 2 TUE por parte de la Comisión y del Tribunal de Justicia, su contenido puede hallar concreción, además de en el art. 19 TUE, en el contenido esencial de los derechos fundamentales recogidos

miembros cuando están aplicando el Derecho de la Unión (artículo 51, apartado 2, de la Carta), no pueden llegar hasta el punto de atenuar el deber de la Comisión de proteger los valores fundamentales de la Unión proclamados en el artículo 2 TUE, que forman parte de la herencia constitucional europea común. Los recursos directos, como el ejercitado por la Comisión en el presente asunto, no suponen una ampliación de competencias de la Unión contraria al artículo 6 TUE, apartado 1, párrafo segundo, y al artículo 51, apartado 2, de la Carta».

²⁷ Pueden traerse a colación al respecto estas palabras del Tribunal de Justicia: «Los Estados miembros, debido a su pertenencia a la Unión, han aceptado que sus relaciones mutuas, en lo que atañe a las materias que han sido objeto de un traspaso de competencias de los Estados miembros a la Unión, se rijan por el Derecho de la Unión, con exclusión, si así lo exige este, de cualquier otro Derecho», Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia de 18 de diciembre de 2014, *loc. cit.*, apdo. 193.

²⁸ Sentencia de la Gran Sala de 27 de febrero de 2018, Associação Sindical dos Juízes Portugueses, C-64/16, EU:C:2018:117, apdos. 30-31.

²⁹ Sentencia de la Gran Sala de 25 de julio de 2018, LM, C216/18 PPU, EU:C:2018:586, apdo. 48.

en la Carta³⁰. Su art. 52, apdo. 1³¹, prescinde de adentrarse en la distinción empleada en el derecho internacional de los derechos humanos entre limitaciones y derogaciones³². Cuando se trate de derechos fundamentales recogidos en la Carta que se correspondan con los del CEDH, su sentido y alcance será el mismo que este les confiera, sin perjuicio de que el derecho de la Unión pueda conceder una protección más extensa (art. 52, apdo. 3, de la Carta)³³. Las Explicaciones a este artículo, guía para su interpretación y aplicación, señalan

³⁰ Recuérdese que el art. 51, apdo. 1, de la Carta señala que las instituciones de la Unión dentro del respeto al principio de subsidiariedad, al equilibrio institucional y al principio de competencias por atribución quedan obligadas a respetar los derechos y principios de la Carta y a promover su aplicación. Al mismo tiempo que el apdo. 2 del art. 51 reitera que la «Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados».

³¹ «Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás».

³² Según esta distinción, la limitación operaría en tiempos normales y se deriva del carácter generalmente no absoluto (salvo normas de *ius cogens* y derechos inderogables) de los derechos fundamentales que pueden ceder en caso de colisión con otros derechos fundamentales o ante intereses generales esenciales de la colectividad, mientras que la derogación, sea completa o parcial, del contenido de un derecho fundamental podría ser efectuada previa proclamación oficial y notificación en virtud de una disposición convencional que lo permite ante una situación de excepcional emergencia pública. El Tribunal de Justicia en su Sentencia de 12 de febrero de 2019, TC, C-492/18 PPU, EU:C:2019:108, apdo. 56, señala: «El artículo 52, apartado 1, de la Carta reconoce que pueden introducirse limitaciones al ejercicio de este derecho, siempre que tales limitaciones estén establecidas por la ley, respeten el contenido esencial de dichos derechos y libertades y, dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y de las libertades de los demás».

³³ Así, en esta misma Sentencia de 12 de febrero de 2019, TC, *loc. cit.*, apdo. 57, el Tribunal de Justicia indica que: «En la medida en que la Carta contiene derechos que se corresponden con derechos garantizados por el CEDH, el artículo 52, apartado 3, de la Carta pretende garantizar la coherencia necesaria entre los derechos que contiene esta y los derechos correspondientes garantizados por el CEDH, sin

que los apartados mencionados deben entenderse sin perjuicio de la posibilidad de que con arreglo al art. 15 CEDH los Estados miembros puedan establecer excepciones a algunos de los derechos fundamentales tutelados por la Carta con arreglo a responsabilidades que no han sido atribuidas a la Unión en virtud del art. 4, apdo. 1, TUE³⁴. Por tanto, nada obsta para que el Tribunal de Justicia, en el ámbito de aplicación de la Carta, que obliga a los Estados miembros cuando aplican derecho de la Unión, pueda configurar de forma autónoma una protección más extensa³⁵ que el mínimo indispensable salvaguardado por el art. 15 CEDH en supuestos de derogación. El mínimo irrenunciable que el Tribunal de Justicia está obligado a garantizar queda determinado por el art. 2 TUE³⁶. Dicha protección autónoma, más extensa dispensada de forma autónoma por el derecho de la Unión, debe llevar aparejada asimismo tanto la prohibición de abuso de derecho (art. 17 CEDH) como la prohibición de desviación de poder (art. 18 CEDH).

El art. 53 de la Carta delinea cuál ha de ser la convivencia en su respectivo ámbito de aplicación de los diferentes estándares nacionales, de derecho de la Unión o de derecho internacional, en materia de derechos fundamentales,

que ello afecte a la autonomía del Derecho de la Unión y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea».

³⁴ Debe recordarse que el Protocolo n.º 8 relativo al art. 6, apdo. 2, del TUE relativo a la adhesión de la Unión al CEDH establece que en todo caso la adhesión «garantizará que ninguna de sus disposiciones afecte a la situación particular de los Estados miembros respecto del Convenio Europeo, en particular respecto de sus Protocolos, de las medidas que adopten los Estados miembros como excepción al Convenio Europeo con arreglo a su artículo 15 y de las reservas al Convenio Europeo formuladas por los Estados miembros con arreglo a su artículo 57».

³⁵ Véanse las Conclusiones del abogado general Priit Pikamäe presentadas el 23 de abril de 2020, FMS, FNZ y SA, SA Junior, C-924/19 PPU y C-925/19 PPU, EU:C:2020:294, apdo. 149, en relación con la retención ilegal de demandantes de asilo en la zona de tránsito situada en Hungría en la frontera con Serbia, así como las Conclusiones de la abogada general Kokkot presentadas el 30 de marzo de 2017, Puškár, C-73/16, EU:C:2017:253, apdo. 123. Dicha protección más extensa puede hacerse con la condición de que ningún otro derecho de la Carta correspondiente con un derecho del CEDH reciba en contrapartida una protección menor ante un supuesto de ponderación.

³⁶ Dicho estándar autónomo debe establecerse dejando un amplio margen de apreciación a los Estados miembros excepto donde el derecho originario establezca lo que ha sido calificado por Spaventa (2018) como «a minimum safety net», como ocurre de hecho con los valores recogidos en el art. 2 TUE.

a efectos de determinar su nivel de protección³⁷. En su lectura en el asunto *Melloni*³⁸, el Tribunal de Justicia sostuvo que en virtud del art. 53 de la Carta, cuando el derecho de la Unión ha armonizado normativamente una situación y su aplicación estatal está enteramente determinada por este, como sucedía con las condiciones de entrega de un condenado en rebeldía (Carmona Contreras, 2016: 37), el derecho de la Unión puede obligar al Estado miembro a reducir el alcance de la protección de un derecho fundamental recogido en su Constitución, como la tutela judicial efectiva, para no conculcar la primacía, unidad y efectividad del derecho de la Unión (Martín Rodríguez, 2014: 604). A su vez el art. 53 de la Carta permite a las autoridades nacionales mantener sus propios estándares de protección de derechos fundamentales en situaciones en que la actuación de las autoridades nacionales no viene enteramente determinada por el derecho de la Unión (la llamada situación Åkerberg³⁹), «siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión». Por tanto, cuando se aplica el derecho de la Unión, bien se trate de una situación como la resuelta en *Melloni* o bien de una situación donde el Estado goza de mayor discrecionalidad como en Åkerberg, en todo caso el Estado miembro al aplicar medidas nacionales bajo el paraguas de las cláusulas derogatorias o suspensivas de derechos humanos en el marco de un tratado internacional encuentra como límite el respeto a la primacía, unidad y efectividad del derecho de la Unión, a su autonomía en

³⁷ «Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros».

³⁸ Sentencia de 26 de febrero de 2013, *Melloni*, C-399/11, EU:C:2013:107.

³⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de febrero de 2013, Åkerberg Fransson, C-617/10, EU:C:2013:105, apdo. 29. Es revelador en este sentido el apdo. 60 de la Sentencia de 26 de febrero de 2013, *Melloni*, *loc. cit.*: «Es cierto que el artículo 53 de la Carta confirma que, cuando un acto del Derecho de la Unión requiere medidas nacionales para su ejecución, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión».

definitiva, que requiere de la preservación de los elementos esenciales protegidos en el art. 2 TUE.

La conjunción del efecto de los art. 52., apdo. 3, y 53 de la Carta con el art. 53 CEDH⁴⁰ implica a su vez la exigencia de que el uso de la cláusula derogatoria del art. 15 CEDH se adecúe a otras obligaciones internacionales comunes a todos los Estados miembros como es el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴¹. Por tanto, el art. 52, apdo. 3, de la Carta otorga como protección mínima a sus disposiciones el mismo sentido y alcance que las contenidas en el CEDH, salvaguardando el recurso nacional a las derogaciones ex art.15 CEDH siempre que estas no franqueen los límites esenciales del art. 2 TUE, que son indisponibles para los Estados miembros.

II. LAS CLÁUSULAS DEROGATORIAS CONTENIDAS EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN QUE LOS ESTADOS MIEMBROS SON PARTE

Conviene remontarse a las obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros en la materia para hallar una regulación común de las

⁴⁰ El art. 53 CEDH estipula: «Ninguna de las disposiciones del presente Convenio se interpretará en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte».

⁴¹ En aras a preservar la autonomía del derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia ha mostrado preocupación acerca de la relación entre el art. 53 de la Carta y el art. 53 CEDH, no obstante, en el supuesto de medidas derogatorias no se plantearía que la primacía se viera afectada por erigir estándares nacionales más protectores sino por defecto, es decir, por una utilización de los mismos que violentara el umbral mínimo de los valores establecidos por el art. 2 TUE. En relación con la adhesión de la Unión al CEDH el Tribunal de Justicia sostuvo: «Como quiera que el artículo 53 del CEDH reserva, en lo sustancial, a las Partes Contratantes la facultad de establecer estándares de protección de los derechos fundamentales superiores a los garantizados por dicho Convenio, es preciso garantizar la coordinación entre la citada disposición y el artículo 53 de la Carta, tal como ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia, para que la facultad otorgada por el artículo 53 del CEDH a los Estados miembros siga estando limitada, en lo que se refiere a los derechos reconocidos por la Carta que se corresponden con derechos garantizados por el citado Convenio, a lo necesario para no poner en peligro el nivel de protección que contempla la Carta ni la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión», Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia de 18 de diciembre de 2014, *loc. cit.*, apdo. 189.

garantías mínimas en materia de derechos fundamentales puesto que «en los Estados miembros de la UE no existe una regulación uniforme ni sobre las condiciones ni sobre los supuestos de hecho que legitiman la declaración de los estados de emergencia, sino que algunos Estados contemplan expresamente dichos supuestos en sus Constituciones y otros, en cambio, hacen reenvío a la legislación de urgencia» (Faggiani, 2012: 185). Una necesaria precisión conceptual que debe ser efectuada con carácter preliminar atiende a la diferenciación diáfana y nítida que debe hacerse en el plano formal entre las cláusulas derogatorias (*stricto sensu*, cláusulas de salvaguardia) y las cláusulas restrictivas o limitativas de derechos (si bien en el plano práctico resulta más difusa la línea divisoria). Ejemplo de las primeras son tanto el art. 4 del PIDCYP como el art. 15 CEDH⁴². Mientras que un ejemplo de las segundas puede hallarse en el art. 11.2 CEDH relativo a la libertad de reunión y asociación: «El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos»⁴³.

⁴² También el art. 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), en cuyo apartado primero establece: «En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, este podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social». En cambio, no contiene este tipo de cláusula la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

⁴³ Cláusulas restrictivas similares se encuentran en los siguientes preceptos: art. 6.1 CEDH, que indica que el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso, el art. 8 CEDH relativo al derecho a la vida privada y familiar, el art. 9 CEDH relativo a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, el art. 10 CEDH relativo a la libertad de expresión, y finalmente, los apdos. 3 y 4 del art. 2 del Protocolo n.º 4 al CEDH, con respecto a la libertad de circulación. A título de ejemplo, puede verse también el tenor literal del art. 10. 2 CEDH, que contempla restricciones «previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos

En virtud de las cláusulas derogatorias únicamente pueden establecerse limitaciones de naturaleza temporal (Joseph, 2002: 81-98)⁴⁴, mientras que las cláusulas restrictivas pueden establecer limitaciones permanentes para el disfrute de determinados derechos (Huesa Vinaixa, 2011: 152). Una lectura de ambos tipos de cláusulas acorde al contenido del art. 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 implica que ninguna de ellas puede comportar la supresión de los derechos humanos en ella contemplados.

La realidad que ha traído la pandemia global de COVID-19 excede claramente a los planteamientos y previsiones convencionales y constitucionales, difumina la línea divisoria entre las limitaciones que permiten las cláusulas acomodaticias ordinarias y la necesidad de formular derogaciones, hacen más difícil distinguir entre la necesidad y el abuso a la hora de invocar el art. 15 CEDH y dictar medidas nacionales en su aplicación (Zghibarta, 2020). Resultan poderosamente descriptivas las palabras del antiguo abogado general Cruz Villalón relativas a las medidas adoptadas en España:

La presente emergencia es de una magnitud tal que difícilmente podríamos encontrarla acabadamente reflejada en ninguno de los estados de emergencia previstos, sea el estado de alarma, el de excepción o el de sitio. La extensión de estas medidas a todo el territorio nacional, su extensión a toda la población, sin olvidar ahora su prolongación en el tiempo, hacen difícil su descripción con arreglo a las categorías constitucionales disponibles. Cuando de pronto, salvo excepciones, no se puede abandonar el domicilio, cuando de pronto se deja de poder ir a trabajar, cuando de pronto resulta imposible acceder a la generalidad de los servicios básicos no esenciales, la situación resultante rebasa el debate sobre si estamos ante una restricción o una suspensión de determinados derechos y libertades, y si, en consecuencia, procedía

ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial».

⁴⁴ El Comité de Derechos Humanos ha establecido como un requisito la naturaleza temporal de las medidas adoptadas por el Estado que invoca la derogación cuyo objetivo preeminente debe ser restaurar la normalidad y el pleno respeto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por su parte, el TEDH nunca ha incorporado explícitamente el requisito de que la emergencia que actúa como detonante o las medidas adoptadas en respuesta tengan naturaleza temporal, provisional, sin perjuicio de que deba valorarse su adecuación y proporcionalidad y su respeto hacia otras obligaciones de derecho internacional. En este sentido cabe hacer notar que las medidas de emergencia se han prorrogado durante años en casos como el de las medidas decretadas por Reino Unido en Irlanda del Norte para hacer frente al terrorismo del IRA, o también por Reino Unido para hacer frente a eventuales ataques de Al-Qaeda tras los atentados de 11 de septiembre de 2001. Véase TEDH, *Guide on Article 15 of the European Convention on Human Rights. Derogation in time of emergency*, 2019, p. 6.

la declaración de un estado u otro. Dicho en términos constitucionales, la realidad es que estamos ante una afectación drástica del principio general de libertad, la cual se está asumiendo ejemplarmente en función de su estricta temporalidad, pero que se vuelve una carga tanto más pesada conforme esa temporalidad se prolonga (Cruz Villalón, 2020).

Ante la situación de excepcional gravedad ocasionada por la pandemia global de COVID-19, el Comité de Derechos Humanos ha manifestado que varios Estados (una quincena)⁴⁵ han notificado al Secretario General la adopción de medidas de excepción con arreglo al art. 4 PIDCYP. No obstante, el Comité ha mostrado preocupación puesto que «otros Estados partes han recurrido a medidas de excepción para hacer frente a la pandemia de COVID-19 que afectan gravemente al cumplimiento de sus obligaciones contraídas en virtud del Pacto y no han presentado oficialmente ninguna notificación de suspensión de las obligaciones dimanantes del Pacto». El Comité ha exhortado a aquellos Estados parte que hayan adoptado medidas de excepción para afrontar la pandemia que impliquen suspensión de obligaciones dimanantes del PIDCYP a que cumplan sin demora su deber de notificar su adopción al secretario general, debiendo igualmente notificar su eventual prolongación y en última instancia su terminación⁴⁶. España debería haber notificado las medidas adoptadas en el marco del estado de alarma.

1. SUPUESTOS HABILITANTES Y CONDICIONES PARA SU APLICACIÓN

Para justificar el recurso a las medidas de derogación, la crisis o el peligro debe ser de una magnitud excepcional que impida que las restricciones ordinarias toleradas por el CEDH para mantener la seguridad pública, el orden o la salud sean adecuadas para hacerle frente. En el marco del sistema del CEDH sus arts. 17 y 18 imponen una interpretación restrictiva de todo tipo de limitaciones para prevenir el abuso de estas facultades por parte de los Estados parte y garantizar que las limitaciones sean únicamente aplicadas «con la finalidad para la cual han sido previstas».

La configuración normativa de los derechos civiles y políticos, de un lado, y los denominados derechos económicos, sociales y culturales, de otro, no solo

⁴⁵ Se trata de Armenia, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, Estonia, Georgia, Guatemala, Letonia, Kirguistán, Moldavia, Palestina, Perú, Rumanía y San Marino. Pueden consultarse los detalles en <https://bit.ly/37GL1nd>.

⁴⁶ Comité de Derechos Humanos, Declaración sobre la suspensión de obligaciones dimanantes del Pacto en relación con la pandemia de COVID-19, de 24 de abril de 2020, CCPR/C/128/2.

difiere en cuanto a su régimen de exigibilidad y justiciabilidad, en tiempos de normalidad, sino que la excepcionalidad en su aplicación también sigue caminos diferentes. Mientras que el CEDH y el PIDCYP de 1966 contienen cláusulas que permiten dejar temporalmente sin efecto algunas de sus provisiones en situaciones excepcionalmente graves de peligro público, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 guarda silencio ante este extremo. Como ponen de manifiesto las posiciones expresadas por algunos Estados durante las negociaciones tendentes a la adopción de este último instrumento, no existió consenso acerca de la posibilidad de limitar los derechos económicos, sociales y culturales por razones de orden público, moral pública o tendentes a la protección de los derechos de otras personas, de la misma manera en que así sucedía con los derechos civiles y políticos, por lo que finalmente solo se contempla una cláusula general que aporta flexibilidad permitiendo en su art. 4 la limitación de estos derechos «con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática» (Müller, 2009: 569-571). En el ámbito regional europeo, no obstante, tanto la Carta Social Europea de 1961 como la Carta Social Europea revisada de 1996 contienen cláusulas para la suspensión de obligaciones en caso de guerra o peligro público⁴⁷. En el caso del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que establece obligaciones de realización progresiva sujetas a la disponibilidad de recursos del Estado parte, existe una fuerte presunción que prohíbe *prima facie* las medidas regresivas: las medidas deliberadamente regresivas no son admisibles, ni tan siquiera en un periodo de crisis económica, y es el Estado que aduce una limitación en sus recursos para dar cumplimiento a los derechos del Pacto sobre el que pesa la carga de la prueba, y dentro de su margen de apreciación, debe demostrar el carácter temporal de las medidas, su necesidad y proporcionalidad, la ausencia de medidas alternativas, haber efectuado todos los esfuerzos posibles, su carácter no discriminatorio, y el respeto a los elementos esenciales de los derechos afectados en tanto que obligaciones mínimas (Saura Estapà, 2013: 66-70). Lo anterior permanece invariablemente cierto también durante periodos de crisis económica y financiera⁴⁸.

⁴⁷ La práctica ante el Comité Europeo de Derechos Sociales pone de manifiesto que no resulta frecuente que los Estados hagan uso de esta cláusula derogatoria (Müller, 2009: 593). Sea vinculándose a una u otra versión, todos los Estados miembros son parte de la Carta Social Europea del Consejo de Europa.

⁴⁸ Ilustrativas de una práctica constante en este sentido son las observaciones finales que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha dirigido a algunos de los Estados miembros de la Unión en respuesta a los informes periódicos presentados durante las fases más severas del periodo de crisis económica y finan-

Como arquetipo de cláusulas derogatorias a las que hay aparejada una mayor práctica encontramos, por ende, el art. 4 del PIDCYP⁴⁹ y el art. 15 del CEDH. El art. 4 del PIDCYP permite suspender ciertas obligaciones del mismo en «situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente», mientras que, por su parte, con un lenguaje similar, el art. 15 del CEDH en su primer apartado habla de «guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación», remitiéndose ambas disposiciones al respeto más amplio de las obligaciones dimanantes del derecho internacional general. A tenor de esa referencia, una no siempre fácil lectura «armónica» de ambos preceptos se impone⁵⁰. La Observación General n.º 29 adoptada por el Comité de Derechos Humanos⁵¹ señala, reiterando el carácter excepcional de los supuestos que pueden dar lugar a la suspensión de derechos recogidos en el pacto, que «no todo disturbio o catástrofe constituye una situación excepcional que ponga en peligro la vida de la nación». El art. 4 del PIDCYP proscribe que las medidas nacionales adoptadas en virtud de la derogación puedan ser de carácter discriminatorio en atención a «motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social»,

ciera. Véanse a título de ejemplo las Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales relativas al quinto informe periódico de España sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 6 de junio de 2012, E/C.12/ESP/CO/5; las Observaciones Finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales relativas sobre el cuarto informe periódico de Portugal, 8 de diciembre de 2014, E/C.12/PRT/CO/4; y finalmente, las Observaciones Finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales relativas sobre el segundo informe periódico de Grecia, 27 de octubre de 2015, E/C.12/GRC/CO/2. Las observaciones finales remitidas a España por el Comité en fechas más recientes alivian ligeramente el nivel de reproche pero mantienen la preocupación por el sostenimiento de las medidas de austeridad y sus efectos. Véanse las Observaciones Finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales relativas al sexto informe periódico de España sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 25 de abril de 2018, E/C.12/ESP/CO/6, en especial pp. 3-4.

⁴⁹ Véase la Observación General n.º 29 del Comité de Derechos Humanos, Estados de Emergencia (artículo 4), de 31 de agosto de 2001, CCPR/C/21/Rev. 1/Add.11.

⁵⁰ En este sentido, debe verse la Sentencia del Pleno del TEDH de 26 de mayo de 1993, Brannigan y McBride c. Reino Unido, Recursos n.º 14553/89 y 14554/89, CE:ECHR:1993:0526JUD001455389, apdos. 67-73. En ella el TEDH rechazó el argumento de los demandantes según el cual Reino Unido había violado sus obligaciones internacionales al no haber proclamado oficialmente el estado de emergencia en los términos exigidos por el art. 4 del PIDCYP de 1966.

⁵¹ *Loc. cit.*

mención que no se efectúa expresamente en el art. 15 CEDH pero que cabría inferir de una lectura armónica hacia las demás obligaciones internacionales de las altas partes, así como probablemente del propio art. 14 CEDH y del Protocolo Adicional n.º 12 al CEDH.

Entre los peligros públicos como supuestos habilitantes que han originado la utilización de las cláusulas derogatorias se encuentra el terrorismo como amenaza a la vida organizada en comunidad⁵² en la totalidad o parte del territorio de un Estado (el movimiento separatista kurdo en el sureste de Turquía⁵³ o el IRA en Irlanda del Norte⁵⁴). Como consecuencia del terrorismo global de Al-Qaeda y de los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York, Washington D.C. y Pensilvania, Reino Unido efectuó, con carácter preventivo, el 18 de diciembre de 2001 sendas notificaciones de derogación al art. 9 del PIDCYP y 5.1 CEDH⁵⁵, respectivamente, en relación con las garantías frente a la detención arbitraria. El CEDH de ordinario aporta suficiente flexibilidad para acomodar las medidas contrterroristas sin necesidad de recurso a las medidas derogatorias; de hecho este terrorismo global, pese a afectar de forma concreta a muchos otros Estados europeos, solo ha implicado el recurso al art. 15 CEDH por parte de Reino Unido (y por parte de Francia en 2015, ya en relación a los ataques de *Daesh*).

El intento fallido de golpe de Estado que tuvo lugar en julio de 2016 fue también considerado por el TEDH como un motivo válido para la derogación ex art. 15 CEDH por parte de Turquía, derogación que se ha ido extendiendo y ampliando hasta julio de 2018 presente y que lógicamente no ampara la feroz represión que se está practicando⁵⁶.

⁵² Sentencia del TEDH de 1 de julio de 1961, *Lawless c. Irlanda*, Recurso n.º 332/57, CE:ECHR:1961:0701JUD000033257, apdo. 28.

⁵³ Sentencia del TEDH de 18 de diciembre de 1996, *Aksoy c. Turquía*, Recurso n.º 21987/93, CE:ECHR:1996:1218JUD002198793.

⁵⁴ Sentencia del Pleno del TEDH 18 de enero de 1978, *Irlanda c. Reino Unido*, Recurso n.º 5310/71, CE:ECHR:1978:0118JUD000531071, así como la Sentencia del Pleno del TEDH de 26 de mayo de 1993, *Brannigan y McBride c. Reino Unido*, *loc. cit.*

⁵⁵ Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 19 de febrero de 2009, *A y otros. c. Reino Unido*, Recurso n.º 3455/05, CE:ECHR:2009:0219JUD000345505, apdos. 179-180.

⁵⁶ Sentencias del TEDH de 20 de marzo de 2018, *Sahin Alpay c. Turquía*, Recurso n.º 16538/17, CE:ECHR:2018:0320JUD001653817 y *Mehmet Hasan Altan c. Turquía*, Recurso n.º 13237/17, CE:ECHR:2018:0320JUD001323717, respectivamente, relativas a la detención y encarcelación preventiva de periodistas.

Sin que haya dado lugar a un pronunciamiento del TEDH hasta la fecha presente⁵⁷, Ucrania presentó en junio de 2015 al secretario general del Consejo de Europa su derogación, mantenida a día de hoy, de artículos fundamentales del CEDH (5, 6, 8 y 13) como consecuencia de la agresión sufrida por parte de Rusia que supuso la anexión y ocupación de Crimea y la actuación de grupos armados irregulares financiados y controlados por Rusia en Donetsk y Lugansk. En la misma fecha notificó la derogación con arreglo al art. 4 del PIDCYP⁵⁸.

Los ataques terroristas del Estado Islámico perpetrados en territorio de Francia a lo largo de 2015 y 2016 motivaron la derogación ex art. 15 CEDH notificada por Francia en noviembre de 2015 cuya vigencia, tras sucesivas prolongaciones del estado de emergencia, se mantuvo hasta el 1 de noviembre de 2017, fecha en la que algunas de las medidas excepcionales se convirtieron en permanentes mediante una ley para reforzar la seguridad interior y la lucha antiterrorista (por ejemplo, las relativas al cierre de lugares de culto, o el refuerzo de medidas individuales de vigilancia y control administrativo para personas sospechosas de suponer una amenaza grave cuya libertad de circulación puede verse limitada, procediendo el Ministerio de Interior a determinar su lugar de residencia de forma forzosa)⁵⁹. Durante la vigencia de la derogación las medidas especiales que podían adoptarse sin necesidad de autorización judicial incluían amplias potestades para fijar medidas de arresto domiciliario, así como de registro y confiscación de propiedades (archivos en ordenadores, cierre de páginas web, etc.)⁶⁰.

⁵⁷ Este ha sido también el caso de derogaciones al CEDH invocadas en diferentes momentos por otros Estados como Albania, Armenia o Georgia.

⁵⁸ Ucrania invocó el art. 51 de la Carta de San Francisco para llevar a cabo una legítima defensa a través de operaciones antiterroristas que podrían suponer la detención preventiva de sospechosos por un periodo que exceda las 72 horas, pero no llegue a superar los 30 días, sin necesidad de autorización judicial. Puede verse el texto de las declaraciones en el siguiente enlace: <https://bit.ly/3dclVNX>.

⁵⁹ *Loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, JORF n° 0255 du 31 octobre 2017*. El Conseil Constitutionnel francés se ha pronunciado con respecto a la constitucionalidad decretando la inconstitucionalidad parcial de algunas disposiciones de esta ley que ha sido objeto de un vasto contencioso de constitucionalidad. Pueden verse las Decisiones del Conseil Constitutionnel n.º 2017-695 QPC de 29 de marzo de 2018, y n.º 2017-691 QPC de 16 de febrero de 2018.

⁶⁰ Véase la Resolución n.º 2209 (2018) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, *State of emergency: proportionality issues concerning derogations under Article 15 of the European Convention on Human Rights*, 24 de abril de 2018, apdo. 12, p. 2.

La extinta Comisión Europea de Derechos Humanos rechazó que existiera la amenaza para la vida de la nación alegada por la «Grecia de los coroneles» como presupuesto válido para la derogación del CEDH tras haber llegado al poder mediante el golpe de Estado de abril de 1967⁶¹. El TEDH ha sido criticado por conceder una amplia deferencia a las autoridades nacionales a la hora de determinar la existencia de situaciones de emergencia pública y de adoptar medidas derogatorias. Se ha mostrado renuente a realizar un escrutinio sobre la validez sustantiva de las notificaciones relativas a la derogación del CEDH⁶²: únicamente en el referido caso de la junta militar griega fue denegada la existencia de motivos sustantivos para la derogación (Mariniello, 2019: 49). Se ha señalado que el Comité de Derechos Humanos no es partidario de procurar tanta manga ancha a los Estados parte en el PIDCYP en relación con las derogaciones, pese a no haber desautorizado explícitamente en ningún momento la doctrina del margen de apreciación aplicada también en este campo por el TEDH (Joseph, 2002: 86-87). Especialmente criticado ha sido el enfoque formalista que ha permitido al TEDH, alegando la falta de agotamiento de los recursos internos, declarar inadmisibles un ingente número de demandas de periodistas, jueces, enseñantes de escuela primaria, entre otros, procedentes de Turquía tras la purga iniciada en julio de 2016 (Mariniello, 2019: 55-57)⁶³.

Pese a que en numerosas ocasiones actividades llevadas a cabo con carácter extraterritorial por las fuerzas armadas de Estados parte en el CEDH han sido cuestionadas ante el TEDH, ninguna Alta Parte en el CEDH hasta

⁶¹ Decisión del Pleno de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 5 de noviembre de 1969, Dinamarca, Noruega, Suecia y Países Bajos c. Grecia, Recurso n.º 3321/67, CE:ECHR:1969:1105REP000332167.

⁶² Ante la insuficiente implicación del TEDH en el control sustantivo de los supuestos que dan lugar a las derogaciones y las medidas nacionales, se ha sugerido que el secretario general del Consejo de Europa podría asumir un rol más proactivo en el escrutinio de las notificaciones que los Estados formulan en los términos del art. 15 CEDH, pudiendo iniciar en su caso investigaciones como indica el art. 52 CEDH; Istrefi y Salomon (2019).

⁶³ Este mismo autor ha criticado las sentencias del TEDH de 20 de marzo de 2018, *loc. cit.*, en los asuntos *Alpay* y *Altan* por desaprovechar el Tribunal la ocasión para emitir un juicio de fondo «sistémico» sobre la proporcionalidad de las medidas adoptadas por Turquía tras el fallido golpe de 2016 que han supuesto una persecución a gran escala de oponentes políticos, resultando el TEDH señalado por contemporizar con la continuidad y prolongación de la supuesta amenaza a la vida y existencia de la nación en los términos declarados por Turquía al invocar el art. 15 CEDH, Mariniello (2019: 59).

la fecha presente ha hecho uso de las facultades de derogación del CEDH en relación con actividades llevadas a cabo en el exterior en el contexto de un conflicto armado de carácter internacional: con mayor frecuencia los Estados han reclamado mediante la derogación para sí poderes adicionales de detención a los previstos en el art. 5, pero únicamente en el contexto de conflictos armados de carácter interno o amenaza terrorista (Milanovic, 2016: 55-88)⁶⁴.

El Estado que confíe en la derogación al CEDH debe mantener totalmente informado al Secretario General del Consejo de Europa de las medidas adoptadas (art. 15.3)⁶⁵; por su parte, el PIDCYP (art. 4.3) requiere informar inmediatamente al resto de Estados parte de las derogaciones efectuadas (así como la proclamación oficial del estado de emergencia).

En el caso de ambos tratados internacionales se exige una estricta observancia del principio de proporcionalidad de modo que las medidas adoptadas no vayan más allá de lo estrictamente requerido por la situación y sean coherentes con el resto de obligaciones internacionales: el TEDH ha censurado el encarcelamiento preventivo de periodistas críticos por parte de Turquía en utilización de la derogación que siguió al conato de golpe de Estado en 2016, puesto que las medidas adoptadas no pueden utilizarse para atacar valores democráticos fundamentales como el pluralismo político y la libertad de expresión, concluyendo en línea con el razonamiento del Tribunal Constitucional turco que la finalidad de las medidas derogatorias debe ser restaurar la normalidad democrática y preservar las garantías ordinarias de los derechos humanos⁶⁶.

La Gran Sala del TEDH consideró, en el asunto *A y otros c. Reino Unido* resuelto en 2009, que las medidas derogatorias que permitieron introducir poderes extendidos de detención de personas sospechosas de terrorismo eran desproporcionadas y discriminatorias por razón de nacionalidad al orientarse exclusivamente a nacionales de terceros Estados (resultando patente que la amenaza a la seguridad nacional no estaba constreñida en su autoría a nacionales de terceros Estados⁶⁷).

⁶⁴ Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 16 de septiembre de 2014, *Hassan c. Reino Unido*, Recurso n.º 29750/09, CE:ECHR:2014:0916JUD002975009, apdo. 101.

⁶⁵ El Secretario General del Consejo de Europa tradicionalmente ha actuado únicamente registrando las notificaciones de derogación sin entrar a valorar su validez, Schreuer (1982: 131).

⁶⁶ Sentencia del TEDH de 20 de marzo de 2018, *Mehmet Hasan Altan c. Turquía*, *loc. cit.*, apdo. 210.

⁶⁷ Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 19 de febrero de 2009, *A y otros. c. Reino Unido*, *loc. cit.*, apdos. 186-190.

De modo panorámico, el TEDH a la hora de enjuiciar la proporcionalidad de las medidas nacionales adoptadas en uso de la facultad derogatoria del art. 15 tiene en cuenta la naturaleza de los derechos afectados, las circunstancias detonantes de la derogación, su prolongación temporal... Asimismo, toma en consideración si el peligro público podría haberse abordado o no mediante leyes ordinarias de forma adecuada; si las medidas constituyen respuesta genuina a la amenaza o se desvían de su finalidad original; el alcance de las medidas; la existencia de control parlamentario y/o jurisdiccional; si fueron ajustadas las medidas a criterios de legalidad formal; si entrañan o no discriminación injustificable; del mismo modo el TEDH presta deferencia a la conclusión ya alcanzada por las más altas instancias jurisdiccionales del Estado parte cuando ya han calificado las medidas como más allá de lo estrictamente requerido por la situación (TEDH, 2019: 7-9).

2. DERECHOS DEROGABLES Y NO DEROGABLES

La relación entre derechos derogables y no derogables no es tan sencilla como una lectura textual de las cláusulas derogatorias de los tratados internacionales parece indicar a primera vista. Existen en ellas derechos explícitamente señalados como no derogables, de lo que no debe deducirse que inmediatamente los no mencionados sean derogables a placer (*tout court*), piénsese en la protección internacional de las minorías, a título de ejemplo. Del mismo modo, de la ausencia de una cláusula derogatoria en un tratado internacional (nótese el ejemplo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) no puede concluirse de inmediato que todos sus derechos estén protegidos frente a una hipotética suspensión/derogación ante toda circunstancia⁶⁸. La noción de derechos no derogables presenta relación con las categorías de normas imperativas (*ius cogens*). Se trata en efecto de una categoría inmersa en la compleja interacción entre las normas convencionales y consuetudinarias y que se presta asimismo a una tendencial evolución material (a través de la eventual aparición del *ius cogens superveniens* prevista en el art. 64 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969).

⁶⁸ Algunas posibilidades de suspensión/derogación provienen tanto de las causas de suspensión/terminación de las obligaciones convencionales previstas en el derecho de los Tratados, como de las doctrinas del estado de necesidad o la fuerza mayor existentes en el derecho de la responsabilidad internacional. En todo caso estos supuestos requieren de una justificación tanto de los presupuestos sustantivos de emergencia pública como de la proporcionalidad de las medidas adoptadas similar a la examinada en los casos de invocación de cláusulas derogatorias, véase Müller (2009: 594-595).

La existencia de derechos no derogables ahonda en la discusión relativa a la existencia de una jerarquía normativa, no solo dentro del derecho internacional, sino también dentro de las propias normas internacionales relativas a la protección de los derechos humanos (Meron, 1986: 1-23). La Convención Americana sobre Derechos Humanos contiene entre los instrumentos contemporáneos más recientes la lista más extensa de derechos no derogables⁶⁹. En todo caso, el PIDCYP, el CEDH y la Convención Americana de Derechos Humanos coinciden en señalar como no derogables cuatro derechos: el derecho a la vida; la prohibición de tortura y tratamiento cruel, inhumano o degradante; la prohibición de esclavitud y servidumbre, y la prohibición de la aplicación retroactiva del derecho penal desfavorable al reo (De Schutter, 2014: 624-629). En ningún caso, la invocación de cláusulas derogatorias puede justificar la comisión de crímenes de lesa humanidad o de crímenes que entrarían en el ámbito material de competencia de la Corte Penal Internacional definido en el Estatuto de Roma⁷⁰.

El PIDCYP (art. 4.2) menciona expresamente como derechos no derogables el derecho a la vida (art. 6), la prohibición de ser sometido a torturas y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 7), la prohibición de esclavitud y servidumbre (arts. 8.1 y 8.2), la prohibición de prisión por incumplimiento de obligaciones contractuales (art. 11), el principio de legalidad penal y la prohibición de la retroactividad de normas penales desfavorables (art. 15), la protección de la personalidad jurídica de las personas humanas (art.16) y, finalmente, las libertades de pensamiento, conciencia y de religión (art. 18). Por su parte, el CEDH, en el art.15.2 menciona como inderogables el derecho a la vida (art. 2) «salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra», la prohibición de ser sometido a torturas y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 3), la prohibición de esclavitud y servidumbre (art. 4.1) y, finalmente, el principio *nulla poena*

⁶⁹ De acuerdo con su art. 27.2 no son derechos que puedan someterse a suspensión/derogación en la Convención Americana de Derechos Humanos: «La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos».

⁷⁰ Observación General n.º 29 del Comité de Derechos Humanos, *loc. cit.*, apdos. 12-13, pp. 5-6.

*sine lege*⁷¹ y la prohibición de retroactividad desfavorable de la norma penal. Es reseñable la gran diferencia existente con el PIDCYP en la medida en que a diferencia de aquel el CEDH configura como susceptible de teórica derogación la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión prevista en su art. 9.

En cuanto a los derechos recogidos en los protocolos adicionales al CEDH, generalmente considerados como artículos adicionales al mismo, no hay señalada expresamente ninguna prohibición de derogación/suspensión; de modo que derechos como el derecho a la propiedad, a la educación, a la celebración de elecciones libres, la prohibición de expulsiones colectivas, la libertad de circulación, las garantías en caso de expulsión de extranjeros, doble instancia en materia penal... recogidos en ellos no son *prima facie* inderogables en el régimen del CEDH. En el contexto de la pandemia de COVID-19 y de las derogaciones formuladas por Estados miembros como Estonia o Rumanía, se plantea afectación a la propiedad, a la libertad económica, al derecho a la educación, o a la libertad de circulación, derechos todos ellos recogidos en los distintos protocolos adicionales.

De la práctica estatal y de las opiniones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales puede extraerse, a pesar del silencio que guarda al respecto el Pacto de 1966, que los niveles mínimos de los derechos recogidos en el Pacto, y en especial aquellos de agua, alimentación y atención sanitaria básicas, no pueden suprimirse en ninguna circunstancia. Del mismo modo, la práctica estatal parece demostrar que el derecho a la huelga, los derechos a crear y a afiliarse a sindicatos y el derecho a trabajar son derechos que pueden verse afectados durante los estados de emergencia por medidas derogatorias, incluso en contravención de las obligaciones convencionales⁷² (Müller, 2009: 596-597).

El proceso de diversificación y especificación experimentado por el derecho internacional de los derechos humanos ha aumentado la lista de potenciales derechos no derogables: puede pensarse en los derechos del niño, la prohibición de violencia contra la mujer, los derechos de las personas con discapacidad, la protección de todas las personas frente a las desapariciones forzadas, la prohibición de la discriminación racial, el derecho a buscar asilo, o la libertad de empresa, entre otros.

⁷¹ Recuérdese la Sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de 5 de diciembre de 2017, M.A.S. y M.B., *loc. cit.*

⁷² Arts. 6, 7 y 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.

Con fundamento en el art. 27.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos se ha señalado que el derecho a un juez independiente e imparcial, al debido proceso, y un recurso jurisdiccional efectivo forman parte en derecho internacional general de los derechos que no pueden ser suspendidos en ninguna circunstancia, ni tan siquiera durante un estado de emergencia, en la medida en que dichas garantías judiciales son esenciales como presupuesto para el respeto y tutela de los demás derechos (Olivier, 2004: 405-419). En el ordenamiento jurídico de la Unión dichas garantías entroncan con la obligación de los Estados miembros de garantizar el control judicial efectivo y la tutela judicial efectiva en todos los ámbitos cubiertos por el derecho de la Unión en línea con el art. 19 TUE, y con el principio general de derecho de la Unión emanado de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros reflejado asimismo en los arts. 6 y 13 CEDH y el art. 47 de la Carta⁷³. Pese a constituir un hecho soberano de los Estados miembros tanto la proclamación de estados de excepción y emergencia nacional con arreglo a su Constitución como la invocación de cláusulas derogatorias contenidas en tratados internacionales en los que son parte, dicha competencia exclusiva no puede ejercerse menoscabando el deber de establecer un sistema de recursos efectivos que garantice el control judicial efectivo de las medidas excepcionales adoptadas que entren en los ámbitos cubiertos por el derecho de la Unión Europea. Sin duda el art. 19 TUE matiza de forma muy considerable el elenco de medidas «soberanas» que los Estados miembros pueden adoptar en los estados de emergencia y excepción; medidas que no pueden escapar al control judicial. Estas medidas no pueden empecer sino que deben dejar igualmente irrestricto el acceso facultativo/obligatorio para los órganos jurisdiccionales nacionales a la cuestión prejudicial en virtud del art. 267 TFUE. La suspensión del control judicial en relación con las medidas de excepción/emergencia en ámbitos cubiertos por el derecho de la Unión sería contraria al principio de efectividad, así como a la autonomía y la primacía del derecho de la UE, como se vio en el primer apartado. Desde este punto de vista el respeto a la posibilidad de planteamiento de la cuestión prejudicial por parte del juez nacional en relación con las medidas de emergencia en los términos del art. 267 TFUE se convierte en un elemento infranqueable para las medidas derogatorias en los términos de los arts. 2 y 19 TUE.

Es muy poco probable que cuando un Estado traspasa, mediante la adopción de medidas derogatorias o suspensivas, los límites intrínsecos inherentes al art. 2 TUE, pueda trazarse mediante una operación quirúrgica una separación entre

⁷³ Sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de 24 de junio de 2019, Comisión c. República de Polonia, *loc. cit.*, apdos. 48-49.

ámbitos cubiertos y no cubiertos por el derecho de la Unión, de modo que aquellas medidas nacionales dictadas al abrigo de las cláusulas derogatorias en la medida en que fuesen sustraídas al control judicial terminarían asimismo por violar los arts. 2 y 19 TUE y 267 TFUE. De este modo el derecho de la Unión Europea convierte el derecho a la tutela judicial efectiva en un derecho no derogable a pesar de no estar catalogado como tal en el CEDH. Asimismo, aunque la cuestión prejudicial no está configurada como un recurso o un derecho de los particulares, el TEDH ha considerado como contrario al art. 6.1 CEDH, en su dimensión de acceso a la justicia, la deficiente motivación de la decisión de rechazar el planteamiento de la cuestión prejudicial⁷⁴. Por tanto, sustraer al control judicial las medidas nacionales dictadas bajo el paraguas de cláusulas derogatorias como el art. 15 CEDH sería contrario al derecho de la Unión.

3. LA DEROGACIÓN EN TRATADOS INTERNACIONALES PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN QUE LA UNIÓN EUROPEA ES/ PUEDE LLEGAR A SER PARTE

El único tratado internacional destinado a la protección de los derechos humanos en que la Unión Europea se ha convertido en parte (la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁷⁵) no parece admitir en ninguna circunstancia la derogación/suspensión de los derechos que estipula. Únicamente señala su art. 11:

Los Estados Partes adoptarán, en virtud de las responsabilidades que les corresponden con arreglo al derecho internacional, y en concreto el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, todas las medidas necesarias para garantizar la seguridad y la protección de las personas con discapacidad en situaciones de riesgo, incluidas situaciones de conflicto armado, emergencias humanitarias y desastres naturales.

Tampoco parece contemplar derogación/suspensión en ninguna circunstancia el «Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la

⁷⁴ Sentencia del TEDH de 13 de febrero de 2020, *Sanofi Pasteur c. Francia*, Recurso n.º 25137/16, CE:ECHR:2020:0213JUD002513716.

⁷⁵ Decisión 2010/48/CE del Consejo de 26 de noviembre de 2009, (DO L 23, de 27 de enero de 2010, p. 35). El primer escrutinio externo en materia de derechos humanos a la Unión Europea, eso sí de alcance sectorial, ha venido de la mano del Comité de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, en sus «Observaciones finales sobre el informe inicial de la Unión Europea», aprobadas por el Comité en su 14.º período de sesiones (17 de agosto a 4 de septiembre de 2015), CRPD/C/EU/CO/1.

violencia contra las mujeres y la violencia doméstica» que la Unión ha firmado en junio de 2017 a falta de manifestar su consentimiento en obligarse, con un alcance limitado a cuestiones de cooperación judicial en materia penal y de asilo y refugio y no devolución. En abril de 2019 el Parlamento Europeo ha solicitado en virtud del art. 218.11 TFUE un control previo que el Tribunal de Justicia efectuará en su futuro Dictamen 1/19, en un contexto político de fragmentación caracterizado por los intentos de algunos Estados miembros (Hungría, Polonia⁷⁶) de ralentizar su celebración y con la peculiaridad de que un buen puñado de Estados miembros aún no han manifestado su consentimiento para convertirse en parte (Bulgaria, Eslovaquia, Letonia, Lituania, República Checa y Reino Unido —miembro hasta el 31 de enero de 2020—, junto a los dos ya mencionados)⁷⁷.

Finalmente, pese a ser una cuestión a la que no se prestó gran atención en el proceso negociador ni en el Dictamen 2/13, puede indicarse que en el marco del inconcluso proceso de adhesión de la Unión Europea al CEDH, el fallido proyecto de acuerdo de adhesión de 2013 abogaba por permitir a la Unión Europea efectuar derogaciones al CEDH al amparo de las derogaciones que uno de sus Estados miembros hubiera realizado en el marco de un estado de emergencia con arreglo al art. 15 CEDH. Su articulado dejaba sin abordar la cuestión relativa a si la Unión en tanto que sujeto de derecho internacional público diferente a sus propios Estados miembros y en tanto que Alta Parte del CEDH podría de forma autónoma invocar la cláusula derogatoria en su ámbito de atribuciones⁷⁸. Nada parece oponerse a la posibilidad de que la Unión pudiera efectuar una derogación autónoma y no meramente paralela a las efectuadas por sus Estados miembros. En todo caso el proyecto de acuerdo de adhesión de 2013 señala en su art. 1 que la mención del art. 15 CEDH a una situación de «guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación» debe entenderse efectuada en aquellos supuestos en que la UE sea demandada o codemandada ante el TEDH como referida a sus Estados miembros a título singular o a todos ellos de forma colectiva⁷⁹.

⁷⁶ A pesar de ello Polonia es parte de la Convención desde 2015.

⁷⁷ *Bulletin Quotidien (Agence Europe)* n.º 12228 de 4 de abril de 2019, pp. 7-8.

⁷⁸ Véase *Appendix V- Draft Explanatory report to the Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, en Fifth Negotiation Meeting Between the CDDH ad hoc negotiation group and the European Commission on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Estrasburgo, 5 de abril de 2013, Doc. 47+1(2013)008, apdo. 28, pp. 20-21.

⁷⁹ *Appendix I -Draft revised agreement on the accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Estrasburgo, 5 de abril de 2013, Doc. 47+1(2013)008, p. 5.

III. CONSIDERACIONES FINALES

1. Las medidas nacionales dictadas por los Estados miembros en aplicación de cláusulas derogatorias contenidas en tratados de derechos humanos, como el CEDH o el PIDCYP, pueden constituir un límite externo a la primacía del derecho de la Unión Europea en los términos del art. 4, apdo. 2, TUE, siempre y cuando se respeten los límites intrínsecos de dichas cláusulas, el respectivo marco constitucional del Estado miembro en cuestión y los valores contenidos en el art. 2 TUE. El Tribunal de Justicia debe poder intervenir como garante de última instancia controlando que en estos supuestos las medidas nacionales conjugan en estrecho equilibrio el respeto a los arts. 2 y 4, apdo. 2, TUE. En el contexto de la pandemia global de COVID-19, tres Estados miembros, Estonia, Letonia y Rumanía, han hecho uso de las cláusulas derogatorias. Mientras que sin recurso formal a las cláusulas derogatorias, en este caso, preocupa especialmente a la Comisión Europea la legislación de emergencia formulada por Hungría para hacer frente al coronavirus.

2. Las exigencias derivadas de los principios de autonomía y de primacía del derecho de la Unión a su vez limitan la capacidad unilateral y la discrecionalidad de los Estados miembros de apreciar tanto la pertinencia de utilizar las denominadas cláusulas derogatorias, como el art. 15 CEDH o el art. 4 PIDCYP, como las medidas que pueden dictarse bajo su paraguas. En estos supuestos existe una fuerte presunción de que los Estados miembros respetan los valores fundamentales recogidos en el art. 2 TUE al utilizar estas facultades en ejercicio de competencias exclusivas como la protección de la seguridad nacional. No obstante, ante indicios de que como consecuencia o bajo la cobertura de la invocación de las cláusulas derogatorias se produce un ataque a los elementos esenciales e infranqueables del art. 2 TUE, una deficiencia sistémica, la Comisión estaría habilitada para utilizar el recurso por incumplimiento, sin perjuicio de que a través de la cuestión prejudicial pudiera llegar a conocimiento del Tribunal de Justicia esta situación. Es evidente que en estos supuestos se cuestionaría la proyección de tales medidas sobre ámbitos cubiertos por el derecho de la Unión. En estos supuestos valorar el justo equilibrio entre el respeto a las facultades soberanas de autoconservación ex art. 4, apdo. 2, y el respeto a los valores fundamentales (art. 2 TUE) no es una función que pueda reservarse en exclusiva a una lectura autónoma por parte de las jurisdicciones nacionales: afirmar lo contrario, pondría en serio riesgo la autonomía y la primacía del derecho de la Unión.

3. En una Unión Europea que se mantenga como verdadera Unión de derecho y de valores, Carl Schmitt tendría serias dificultades para identificar al soberano y comprobaría con sorpresa que en estos supuestos de suspensión de derechos fundamentales el Estado de derecho no remite. Una consecuencia

natural de la integración europea y de la estrecha imbricación entre ordenamientos en materia de derechos fundamentales es la que lleva a apreciar que los Estados miembros de la Unión no son tan soberanos como creían mientras que «el Derecho de la Unión no es tan autónomo de los ordenamientos constitucionales y del Derecho internacional de los Derechos humanos como el TJUE parece imponer» (Cortés Martín, 2018: 211).

4. Ante las graves dificultades que plantea la operatividad y eficacia del art. 7 TUE, probadas en su invocación ante Hungría y Polonia, así como ante la incapacidad del TEDH en su función de control individual para atajar excesos en aplicación del art. 15 CEDH, la UE debe poder evaluar y juzgar el eventual comportamiento abusivo (incluida la desviación de poder) de los Estados miembros en la invocación y aplicación de medidas de excepción y emergencia amparadas por las cláusulas derogatorias de los tratados internacionales de derechos humanos en que estos últimos son parte. Tolerar un eventual uso abusivo o ausente de sujeción a todo control judicial efectivo en ámbitos cubiertos por el derecho de la Unión supondría amparar una conculcación de uno de los elementos nucleares del Estado de derecho y de los valores de la Unión Europea: la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. El Tribunal de Justicia está llamado a desempeñar un rol crucial en la preservación del denominado «espacio constitucional europeo común» (Rodríguez Iglesias y Valle Gálvez, 1997: 367). Es interesante notar que el art. 30 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, cuyo contenido puede tener valor de derecho internacional general y de cuyo nacimiento parten los restantes instrumentos universales y regionales de protección internacional de los derechos humanos, proscribió que por cualquier vía puedan llegar a ser suprimidos los derechos en ella reconocidos.

5. El art. 52, apdo. 3, de la Carta permite entender que los Estados miembros puedan, en aplicación del art. 15 CEDH, establecer excepciones a algunos de los derechos fundamentales tutelados por la Carta, constituyendo este último el estándar mínimo de protección en el ámbito de aplicación de la Carta, sin perjuicio de que el derecho de la Unión de forma autónoma pueda fijar una protección más extensa para los derechos afectados (algo que resulta deseable teniendo en cuenta el bajo nivel de escrutinio sobre la validez sustantiva de las derogaciones ex art. 15 CEDH que efectúa el TEDH). Dicha protección autónoma más garantista vincularía a los Estados miembros cuando aplican el derecho de la Unión en los términos señalados en la dicotomía *Melloni-Åkerberg* con el objeto de preservar el mínimo infranqueable del art. 2 TUE.

6. En el juicio de oportunidad para activar las cláusulas derogatorias de derechos fundamentales debe concederse un amplio margen de discrecionalidad a cada Estado miembro; no obstante, hay una serie de elementos

mínimos indispensables para comprobar y evaluar la necesidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas que en ningún caso pueden emplearse para atacar valores democráticos fundamentales como el pluralismo político: su utilización estará justificada si la amenaza es de tal envergadura que no puede afrontarse mediante leyes ordinarias de forma adecuada; deberá valorarse si las medidas se desvían de su finalidad original; la existencia de control parlamentario y/o judicial; si se ajustan a criterios de legalidad formal; si entrañan o no discriminación injustificable; etc. La Unión debe estar vigilante ante la tentación de que las medidas dictadas al abrigo de las cláusulas derogatorias puedan convertirse en permanentes.

7. La lista tradicional de derechos no derogables (derecho a la vida, prohibición de ser sometido a torturas, la prohibición de esclavitud y servidumbre, el principio de legalidad penal y la prohibición de la retroactividad de normas penales desfavorables, las libertades de pensamiento, conciencia y de religión...) debe ser completada como exigencia «existencial» del derecho de la Unión con el derecho a la tutela judicial efectiva: pese a no ser catalogado como no derogable ni en el CEDH ni en el PIDCYP, la autonomía y la primacía del derecho de la Unión abogan por que las medidas nacionales dictadas al abrigo de las cláusulas derogatorias sean susceptibles de control judicial, debiendo dejarse irrestricto el acceso para los órganos jurisdiccionales nacionales al planteamiento de cuestiones prejudiciales en relación con la interpretación y aplicación del derecho de la Unión en supuestos donde se aplican dichas medidas nacionales dictadas bajo el recurso al art. 15 CEDH o art. 4 PIDCIP. El control judicial de las medidas nacionales dictadas en aplicación de las cláusulas derogatorias deviene así un elemento esencial del respeto a los arts. 2 y 19 TUE, siendo la cuestión prejudicial —art. 267 TFUE— un mecanismo preeminente para la identificación de potenciales abusos.

8. El primer tratado de derechos humanos en que la Unión como organización de integración regional se ha convertido en parte, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, no contempla bajo ninguna circunstancia la derogación; tampoco lo hace el Convenio de Estambul en el que la Unión podría convertirse en parte en relación con la prevención y lucha contra la violencia contra la mujer. Del mismo modo en otras normas convencionales en que la Unión no ha barajado convertirse en parte tampoco existe posibilidad de derogación en ninguna circunstancia: este sería el caso de la obligación de procurar niveles mínimos de alimentación y atención sanitaria a la población, de los derechos del niño, de la protección de todas las personas frente a las desapariciones forzadas o de la prohibición de discriminación racial. La lista de derechos no derogables podría ampliarse, siendo el Tribunal de Justicia quien tiene capacidad autónoma para

fijar el nivel de protección en el ámbito de aplicación de la Carta de derechos no recogidos expresamente en el CEDH como la libertad de empresa o el derecho de asilo (arts. 16 y 18 de la Carta, respectivamente). Finalmente, con arreglo al fallido proyecto de acuerdo de adhesión de la UE al CEDH de 2013 la Unión podría efectuar derogaciones al amparo del art. 15 CEDH de forma paralela a las efectuadas por sus Estados miembros: en él no se llegaba a prohibir ni a contemplar expresamente la posibilidad de que la Unión efectuase derogaciones autónomas en su ámbito de atribuciones. Por el contrario, la exigencia de respeto al contenido esencial de los derechos y libertades que contiene el art. 52.1 de la Carta parece chocar con la posibilidad de que en su ámbito pueda la Unión efectuar derogaciones *de iure*.

9. La fortaleza y mantenimiento de la Unión en tanto que Unión de derecho y de valores requiere que la Comisión y el Tribunal de Justicia se adentren en el escrutinio y fiscalización de sus Estados miembros en lo que concierne a la utilización de las medidas derogatorias, suspensivas, de derechos humanos previstas en los tratados internacionales en que estos últimos son parte. Dicha exigencia es vital para la primacía y para la autonomía de este ordenamiento jurídico, así como para evitar que a través de dichas medidas algunos Estados miembros puedan lograr un vaciamiento del mismo. El respeto hacia el derecho al acceso a la justicia durante su vigencia constituye la base de todo lo anterior.

Bibliografía

- Blázquez Peinado, M. D. (2019). La UE ante las vulneraciones del Estado de Derecho por parte del Estado polaco: panorámica general y estado actual de la cuestión. *Revista General de Derecho Europeo*, 48, 1-44.
- Campos Sánchez-Bordona, M. (2020). La protección de la independencia judicial en el derecho de la Unión Europea. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 65, 11-31. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.65.01>.
- Carmona Contreras, A. (2016). El espacio europeo de los derechos fundamentales: de la Carta a las constituciones nacionales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 107, 13-40. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.107.01>.
- Cortés Martín, J. M. (2018). *Avatares del proceso de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Editorial Reus.
- Cruz Villalón, P. (2020). La Constitución bajo el estado de alarma, *El País*, 17-4-2020. Disponible en: <https://bit.ly/2UM68iB>.
- De Schutter, O. (2014). Derogations in time of public emergency. En O. De Schutter. *International Human Rights Law: Cases, Materials, Commentary* (pp. 583-631). Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/CBO9781107479913>.

- De Witte, B. (2019). The relative autonomy of the European Union's Fundamental Rights regime. *Nordic Journal of International Law*, 88 (1), 65-85. Disponible en: <https://doi.org/10.1163/15718107-08810004>.
- Faggiani, V. (2012). Los estados de excepción. Perspectivas desde el derecho constitucional europeo. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 17, 181-232.
- González Vega, J. A. (2018). La guerra de los mundos: realidad versus formalismo jurídico o el poder de la interpretación (a propósito de la sentencia TJUE de 27 de febrero de 2018, *Western Sahara Campaign UK*, C-266/16). *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 60, 515-561. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.60.02>.
- Greene, A. (2020). States should declare a State of Emergency using Article 15 ECHR to confront the Coronavirus Pandemic. *Strasbourg Observers* [blog], 01-04-2020. Disponible en: <https://bit.ly/2BdlUvO>.
- Huesa Vinaixa, R. (2011). Las "cláusulas derogatorias" de los Convenios de Derechos Humanos en el marco de la guerra global contra el terrorismo. En J. Soroeta Licerias (ed.). *La eficacia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, Vol. XI (pp. 149-174). Bilbao: Universidad del País Vasco.
- Istrefi, K. y Salomon, S. (2019). Entrenched Derogations from the European Convention on Human Rights and the Emergence of Non-Judicial Supervision of Derogations. *Austrian Review of International and European Law*, 22 (1), 5-28. Disponible en: <https://doi.org/10.1163/15736512-02201003>.
- Joseph, S. (2002). Human Rights Committee: General Comment 29. *Human Rights Law Review*, 2 (1), 81-98. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/hrlr/2.1.81>.
- López Escudero, M. (2019). Primacía del derecho de la Unión Europea y sus límites en la jurisprudencia reciente del TJUE. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 64, 787-825. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.64.01>.
- Mariniello, T. (2019). Prolonged emergency and derogation of human rights: Why the European Court should raise its immunity system. *German Law Journal*, 20 (1), 46-71. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/glj.2019.3>.
- Martín Rodríguez, P. (2014). Sentencia 26/2014, de 13 de febrero, en el recurso de amparo 6922/2008 promovido por Don Stefano Melloni. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 48, 603-622.
- Meron, T. (1986). On a Hierarchy of International Human Rights. *American Journal of International Law*, 80 (1), 1-23. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/2202481>.
- Milanovic, M. (2016). Extraterritorial Derogations from Human Rights Treaties in Armed Conflict. En N. Bhuta (ed.). *The Frontiers of Human Rights: Extraterritoriality and its Challenges* (pp. 55-88). Oxford: Oxford University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198769279.003.0003>.
- Müller, A. (2009). Limitations to and Derogations from Economic, Social and Cultural Rights. *Human Rights Law Review*, 9 (4), 557-601. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngp027>.

- Olivier, C. (2004). Revisiting General Comment No. 29 of the United Nations Human Rights Committee About Fair Trial Rights and Derogations in Times of Public Emergency. *Leiden Journal of International Law*, 17 (2), 405-419. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S0922156504001876>.
- Pellet, A. (1974) La ratification par la France de la Convention Européenne des Droits de l'homme. *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 90 (5), 1319-1379.
- Pérez Bernárdez, C. (2016). La Unión Europea frente a la erosión del Estado de Derecho: las respuestas jurídico-políticas al caso polaco. *Revista General de Derecho Europeo*, 40, 48-95.
- Rodríguez Iglesias, G. C. y Valle Gálvez, A. del (1997). El Derecho Comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1 (2), 329-376.
- Sarmiento, D. (2013). Who's afraid of the Charter?. The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe. *Common Market Law Review*, 50 (5), 1267-1304.
- Saura Estapà, J. (2013). La exigibilidad jurídica de los derechos humanos: especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). En J. Bonet Pérez y J. Saura Estapà (eds.). *El Derecho internacional de los derechos humanos en periodos de crisis. Estudios desde la perspectiva de su aplicabilidad* (pp. 53-70). Madrid: Marcial Pons.
- Scheinin, M. (2020). COVID-19 Symposium: To Derogate or Not to Derogate? *Opinio Iuris* [blog], 06-04-2020. Disponible en: <https://bit.ly/37vrzJN>.
- Schreuer, C. (1982). Derogation of Human Rights in Situations of Public Emergency: The Experience of the European Convention on Human Rights. *Yale Journal of International Law*, 9 (1), 113-132.
- Spaventa, E. (2018). Should we "harmonize" fundamental rights in the EU?: some reflections about minimum standards and fundamental rights protection in the EU composite constitutional system. *Common Market Law Review*, 55 (4), 997-1023.
- Von Bogdandy, A. (2019). Principles and Challenges of a European Doctrine of Systemic Deficiencies. *MPIL Research Paper Series*, 14. Disponible en: <https://doi.org/10.2139/ssrn.3431303>.
- Von Bogdandy, A. y Ioannidis, M. (2014). Systemic deficiency in the rule of law: What it is, what has been done, what can be done. *Common Market Law Review*, 51 (1), 59-96.
- Von Bogdandy, A. y Spieker, L. (2019). Countering the Judicial Silencing of Critics: Article 2 TEU Values, Reverse Solange, and the Responsibilities of National Judges. *European Constitutional Law Review*, 15 (3), 391-426. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S1574019619000324>.
- Zghibarta, P. (2020). The Whos, the Whats, and the Whys of the Derogations from the ECHR amid COVID-19. *EJIL: Talk!* [blog], 11-04-2020. Disponible en: <https://bit.ly/30HOoJ5>.

