

LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA DEROGATORIA DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS CON MOTIVO DE LA CRISIS SANITARIA DERIVADA DEL COVID 19

THE APPLICATION OF THE DEROGATORY CLAUSE OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS ON THE OCCASION OF THE SANITARY CRISIS ARISING FROM COVID 19

JOAN DAVID JANER TORRENS*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA LUCHA CONTRA LA PANDEMIA COMO CAUSA DE DEROGACIÓN DE DETERMINADAS OBLIGACIONES DERIVADAS DEL CONVENIO. III. LA NOTIFICACIÓN DE LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS DEROGATORIAS COMO CONSECUENCIA DE LA DECLARACIÓN DEL ESTADO DE EMERGENCIA SANITARIA. IV. LA NECESIDAD DE REFORZAR EL CONTROL NO JUDICIAL DE LA CLÁUSULA DEROGATORIA. V. LA CRISIS SANITARIA Y LA OPTIMIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN CONFLICTO. VI. CONSIDERACIONES FINALES.

RESUMEN: La crisis sanitaria provocada por el COVID-19 ha hecho que, en un período de sólo quince días, diez Estados parte del CEDH hayan notificado, durante la primera ola de la pandemia, a la Secretaria General del Consejo de Europea su decisión de derogar temporalmente el cumplimiento de determinadas obligaciones del Convenio para poder adoptar medidas restrictivas de derechos con el objetivo de contener la transmisión del virus entre la población. Sin embargo, el resto de Estados, que igualmente se han visto afectados por la pandemia, no han considerado necesario recurrir a la cláusula derogatoria al entender que las medidas restrictivas adoptadas eran compatibles con el Convenio. El objetivo de este estudio es analizar la aplicación que se ha hecho de la cláusula derogatoria prevista en el artículo 15 del Convenio a raíz de la emergencia sanitaria y valorar su oportunidad desde la perspectiva del sistema de protección de los derechos humanos establecido por el Convenio, teniendo en cuenta si quizás hubiese sido preferible no acudir a ella.

ABSTRACT: The sanitary crisis caused by COVID-19 has meant that, in a period of only fifteen days, ten States parties to the ECHR have notified, during the first wave of the pandemic, the Secretary General of the Council of Europe of their decision to temporarily derogate from certain obligations of the Convention

Fecha de recepción del trabajo: 12 de junio de 2020. Fecha de aceptación de la versión final: 4 de noviembre de 2020.

* Profesor titular de Derecho Internacional Público, Universidad de las Illes Balears. Correo electrónico: joandavidjaner@uib.es. El presente estudio se ha realizado en el marco del proyecto de investigación PID2019-1082253RB-C32/AEI/10.13039/501100011033 financiado por la Agencia Estatal de Investigación. El autor agradece los comentarios recibidos en el proceso de evaluación de este estudio.

in order to be able to adopt restrictive measures of rights to contain the transmission of the virus among the population. However, the rest of the States, which have also been affected by the pandemic, have not considered it necessary to resort to the derogation clause considering that the restrictive measures adopted were compatible with the Convention. The objective of this study is to analyze the application of the derogatory clause of Article 15 of the Convention as a result of the sanitary emergency and assess its opportunity from the perspective of the human rights protection system established by the Convention, considering if perhaps it would have been preferable not to apply it.

PALABRAS CLAVE: Convenio Europeo de Derechos Humanos. Artículo 15. Cláusula derogatoria. Restricción de derechos humanos. Emergencia sanitaria.

KEYWORDS: *European Convention on Human Rights. Article 15. Derogatory clause. Restriction of human rights. Sanitary emergency.*

I. INTRODUCCIÓN

Junto a las gravísimas consecuencias en términos de vidas humanas y económicas derivadas de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID 19, las medidas adoptadas por la práctica totalidad de los Estados afectados durante la primera ola de la pandemia con el objetivo de limitar la transmisión del virus entre la ciudadanía se concretaron esencialmente en el confinamiento temporal de la población. Ello implicó una limitación de la libertad de movimiento, lo cual tuvo a su vez consecuencias directas en el ejercicio de otros derechos fundamentales¹.

¹ El Tribunal Constitucional español y el Tribunal Constitucional alemán han tenido ocasión de pronunciarse sobre los efectos que estas restricciones han tenido en el ejercicio de otros derechos fundamentales. Mediante el auto 40/2020 de 30 de abril (disponible en la web: www.tribunalconstitucional.es), nuestro Tribunal Constitucional inadmitió a trámite el recurso de amparo 2056-2020 interpuesto por el sindicato Central Unitaria de Trabajadoras/es contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Galicia que desestimó, a pesar de las medidas de seguridad previstas en su desarrollo, su solicitud de manifestación el día 1 de mayo con motivo del Día de los Trabajadores. El TC afirmó que, debido a la pandemia, no se daban las circunstancias que permitiesen el ejercicio del derecho de reunión previsto en el artículo 21 CE. En la ponderación entre el derecho a la integridad física y a la salud y el ejercicio del derecho de reunión que no es un derecho absoluto o ilimitado, las circunstancias exigían dar prioridad al primero de ellos. A juicio del TC, “(...) nos encontramos en un escenario en que los límites al ejercicio de los derechos, que indudablemente se dan, se imponen por la necesidad de evitar que un ejercicio extralimitado del derecho pueda entrar en colisión con otros valores constitucionales. En este caso los valores de la vida, la salud y la defensa de un sistema de asistencia sanitaria cuyos limitados recursos es necesario garantizar adecuadamente” (p. 29). Antes de que se dictase este auto, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón sí había autorizado la celebración de una manifestación prevista para ese día en Zaragoza que contaba con una serie de medidas de seguridad con el argumento de que el estado de alarma nunca podía impedir el ejercicio del derecho de manifestación. En Alemania, ante la prohibición por parte de las autoridades de la ciudad de Giessen de permitir, como medida para luchar contra la propagación del virus, una manifestación que tenía como lema “Fortalecer la salud en lugar de debilitar los derechos fundamentales” por parte de activistas pro-derechos humanos que no fue considerada ilegal por parte del tribunal de instancia de Giessen y del tribunal superior del Estado de Hesse, éstos acudieron al Tribunal Constitucional al considerar que la prohibición implicaba una violación del derecho de reunión. En una sentencia de 15 de abril (1 BvR 828/20), dicho tribunal consideró que los problemas de salud relacionados con la pandemia no eran motivo para una prohibición general de derecho

En España, el Gobierno, al amparo de los apartados (b) y (d) del artículo 4 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio², adoptó el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaraba el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID 19 y que fue prorrogado en seis ocasiones (con una duración total de 98 días) hasta que expiró el 21 de junio³. Los artículos 7 y 13 de este Real Decreto preveían, al amparo de lo dispuesto en el artículo 11 (a) y (b) de la LO 4/1981, una serie de limitaciones importantes a la libertad de circulación de las personas y al derecho de propiedad. Estas restricciones se proyectaban, directa o indirectamente, en el ejercicio de otros derechos como el derecho a la vida privada y familiar, el derecho de reunión, el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a contraer matrimonio o el derecho a la libertad religiosa⁴. A diferencia de los estados de excepción y sitio que sí prevén la suspensión de derechos fundamentales, el estado de alarma sólo prevé limitar su ejercicio. Ahora bien, cabe plantearse si las restricciones previstas en el RD 463/2020 no constituyen realmente una limitación a la libertad de circulación, sino una prohibición general con una serie de excepciones tasadas⁵. Este debate ha vuelto a suscitarse con motivo de la reimplantación, el 25 de

de reunión. En este sentido, señaló que “las autoridades locales habían asumido incorrectamente que la disposición del Gobierno del Estado de Hesse para combatir el coronavirus incluye una prohibición general de las reuniones de más de dos personas que no viven en el mismo hogar y, por lo tanto, han violado el derecho constitucional a la reunión” (sentencia disponible en la web: www.bundesverfassungsgericht.de). Vid., asimismo, NYAMUTATA, C., “Do civil liberties really matter during pandemics?”, *International Human Rights Law Review*, n° 9, 2020, pp. 62-98; AYALA CORAO, C., “Challenges that COVID-19 pandemic poses to the Rule of Law, Democracy and Human Rights”, *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law*, MPIL Research Paper n° 2020-23.

² BOE n° 134, de 5 de junio de 1981.

³ BOE n° 67, de 14 de marzo de 2020.

⁴ Así, se ha señalado que “la limitación de estos derechos indirectamente comporta otras limitaciones, bien implícitas y no previstas expresamente en la LO 4/1981, como la del derecho a la vida de familia (al imponer el alejamiento de personas mayores o familiares que no conviven en el mismo domicilio, al restringir las ceremonias religiosas...), bien expresamente incluidas como la limitación de la libertad de culto como manifestación de la libertad religiosa (art. 11 RD) o bien derivadas de normas posteriores que (...) regula el uso de datos personales de geo-localización para los estudios pandémicos y post-pandémicos y que en el marco del CEDH se examina en relación con el derecho a la vida privada” (PETIT DE GABRIEL, E., “España y el Convenio Europeo de Derechos Humanos en tiempos de pandemia: ¿derogación, limitación o violación de derechos fundamentales?”, entrada de día 30 de abril en el blog: www.aquiescencia.net).

⁵ El 21 de abril se interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo un recurso por la vía especial del procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona frente al RD 463/2020 por supuesta vulneración de los derechos de libertad, reunión y circulación. En el recurso se señalaba que “(...) la suspensión generalizada, universal y permanente de los derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución no encuentra cobertura jurídico-constitucional en el estado de alarma, que únicamente consiente la modulación razonada, proporcional y limitada tanto en el tiempo como en el espacio de alguno de ellos y únicamente en tanto la misma sea consecuencia ineludible de la necesidad de asegurar la eficacia de las medidas que permite adoptar a la autoridad competente. Sin embargo, el RD 463/2020 formaliza una auténtica suspensión de derechos, de alcance cuasi universal, apenas matizada por la contemplación de algunas excepciones a su aplicabilidad”. Si bien dicho recurso fue admitido a trámite, el 4 de mayo, el Tribunal Supremo rechazó parcialmente el recurso y señaló que era competencia del Tribunal Constitucional revisar el RD 463/2020. Asimismo, por providencia de día 6 de mayo, el pleno del Tribunal Constitucional aceptó el recurso de inconstitucionalidad n° 2054/2020 interpuesto por el grupo parlamentario de VOX contra los artículos 7, 9, 10 y 11 del RD 463/2020, los cuales imponen restricciones al ejercicio de determinados derechos (BOE n° 128, de 8 de mayo de 2020).

octubre, del estado de alarma a través del Real Decreto 926/2020⁶, el cual si bien no prevé un confinamiento total de la población, sí prevé limitaciones a la libertad de circulación de las personas en horario nocturno (art. 5), limitaciones a la entrada y salidas en las comunidades y ciudades autónomas (art. 6), limitaciones de la permanencia de grupos de personas en espacios públicos y privados (art. 7) y en lugares de culto (art. 8).

Las medidas de confinamiento temporal de la población adoptadas y las consecuencias que ello tiene en el ejercicio de determinados derechos fundamentales ponen de manifiesto la existencia de una clara tensión entre la necesaria adopción por parte de los poderes públicos de las medidas para luchar contra la propagación de la pandemia y el ejercicio de derechos fundamentales por parte de la ciudadanía⁷. Ello constituye una manifestación de que siempre que los Estados han de adoptar medidas para hacer frente a situaciones de crisis (por conflictos armados o por razones económicas o sanitarias) éstas inevitablemente tienen consecuencias en el ejercicio de determinados derechos fundamentales, lo cual permite valorar el compromiso real de aquéllos con su respeto⁸.

La defensa de un interés superior como la salud de la ciudadanía ha llevado a un importante número de Estados a derogar o a suspender la observancia temporal de distintos derechos previstos en diferentes convenios internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) o el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH)⁹. La posibilidad de derogar o

⁶ BOE nº 282, de 25 de octubre de 2020. Con una vigencia inicial de 15 días, el actual estado de alarma se ha prorrogado hasta el 9 de mayo de 2021 a través de la resolución de 29 de octubre de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de autorización de la prórroga del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020 (BOE nº 291, de 4 de noviembre de 2020).

⁷ La Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos aludió en una declaración de 6 de marzo a la necesidad de que los Estados han de tomar las cautelas necesarias para que las medidas que se adopten contra la pandemia no afecten negativamente los derechos de las personas, mientras que, en una declaración conjunta de 16 de marzo de todos los relatores especiales sobre derechos humanos de Naciones Unidas que lleva por título “COVID-19: States should not abuse emergency measures to suppress human rights”, éstos señalaron que “(...) while we recognize the severity of the current health crisis and acknowledge that the use of emergency powers is allowed by international law in response to significant threats, we urgently remind States that emergency responses to the coronavirus must be proportionate, necessary and non-discriminatory” (www.ohchr.org). Recogiendo estas inquietudes, el 23 de abril, el Secretario General de Naciones Unidas hizo público el informe “COVID-19 and Human Rights. We are all in this together” en el cual aludía a los efectos de la pandemia sobre los derechos humanos.

⁸ En este sentido, se ha señalado que “(...) the response of a State to a public emergency is an acid test of its commitment to the effective implementation of human rights. Experience demonstrates that such situations are commonly characterized by severe human rights violations, including rights that are asserted to be non-derogable” (McGOLDRICK, D., “The interface between public emergency powers and International law”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 2, nº 2, 2004, p. 388).

⁹ Las cláusulas derogatorias o suspensivas previstas en tratados multilaterales de derechos humanos siguen un patrón común. El artículo 4 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, a diferencia del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que no señala nada al respecto, alude a la posibilidad de suspender determinados derechos “(...) en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente”, la cual deberá ser notificada al Secretario General de Naciones Unidas para que lo comunique al resto de Estados parte, exponiendo a su vez las disposiciones derogadas, los motivos y el momento del restablecimiento de la situación. El artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos alude también a la posibilidad de suspender de forma puntual

suspender temporalmente el cumplimiento de determinadas obligaciones derivadas de estos instrumentos convencionales es una medida de flexibilidad que, por una parte, propicia la salvaguardia de los intereses legítimos de los Estados parte y, por otra, permite una mayor participación en los instrumentos convencionales multilaterales¹⁰.

Desde mediados de marzo hasta mediados de abril de 2020, Chile, Palestina, Perú, Georgia, Guatemala, Rumanía, Ecuador, Armenia, Estonia y Letonia han invocado el artículo 4 del PIDCP para suspender determinados derechos previstos en dicho convenio¹¹. En este mismo lapso de tiempo, y al amparo de lo previsto en el artículo 27 de la CADH, Colombia, Honduras, Argentina, El Salvador, Bolivia, Perú, Guatemala, Chile, Panamá, Ecuador y República Dominicana, después de decretar el estado de emergencia, de emergencia de salud pública o el estado de emergencia económica, social y ecológica, han notificado al Secretario General de la Organización de Estados Americanos (OEA) su decisión de suspender determinados derechos para hacer frente a los problemas derivados de la pandemia¹². En el ámbito del CEDH, la crisis sanitaria

determinados derechos “en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte” que deberán ser notificadas al resto de Estado a través del Secretario General de la organización, señalando los motivos, el plazo de derogación previsto y el momento de restablecimiento de la normalidad. El artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos señala que “(...) en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación” será factible derogar las obligaciones derivadas de determinados artículos del convenio, manteniendo informado al Secretario General del Consejo de Europa de las medidas tomadas, de los motivos y de la fecha en que dichas medidas hayan dejado de estar en vigor. Asimismo, el artículo 30 de la Carta Social Europea permite que los Estados dejen en suspenso las obligaciones que de ésta se deriven “en caso de guerra o de otro peligro que amenace la vida de la nación”, informando al Secretario General del Consejo de Europa de las medidas adoptadas, de su plazo de vigencia y de los motivos de dicha decisión. Finalmente, el artículo 4 (B) de la Carta Árabe de Derechos Humanos establece que “States parties may, in times of public emergencies which threatens the life of a nation, take measures that exonerates them from their obligations in accordance with this Charter to the extent strictly required by the circumstances”.

¹⁰ HUESA VINAIXA, R., “Las “cláusulas derogatorias” de los Convenios de Derechos Humanos en el marco de la guerra global contra el terrorismo”, *La eficacia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, Vol. XI, Ed. Universidad del País Vasco, 2011, p. 150.

¹¹ Las distintas notificaciones de suspensiones (pueden consultarse en la página <https://treaties.un.org>), presentadas en un tiempo récord que oscila entre día 19 de marzo y día 9 de abril de 2020, hacen referencia a los derechos reconocidos en el artículo 9 (derecho a la libertad y a la seguridad personal), en el artículo 12 (derecho a la libre circulación), en el artículo 14 (derecho a la tutela judicial efectiva y a un juicio justo), en el artículo 17 (derecho a la vida privada y familiar), en el artículo 21 (derecho de reunión pacífica) y en el artículo 22 (derecho de asociación). Chile y Guatemala notificaron la suspensión temporal del contenido de los artículos 12 y 21; Palestina y Armenia del contenido de los artículos 9, 12 y 21; Perú y Georgia del contenido de los artículos 9, 12, 17 y 21; Rumanía y Letonia del contenido de los artículos 12, 17 y 21; Ecuador del contenido de los artículos 12, 21 y 22 y Estonia del contenido de los artículos 9, 12, 14, 17 y 21. Los contornos de la cláusula suspensiva del artículo 4 han sido precisados por el Comité de Derechos Humanos en la *Observación general sobre el artículo 4 (adoptada el 24 de julio de 2001)*, *Estados de emergencia*, CCPR/C/21/Rev.1/Add. 11 de 31 de agosto de 2001. En relación con el PIDCP, la crisis sanitaria y las restricciones de derechos, *vid.* RICHARDSON, E. & DEVINE, C., “Emergencies end eventually: how to better analyze Human rights restrictions sparked by the COVID-19 under the International Covenant on Civil and Political Rights”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 42, issue 4, 2020.

¹² La mayoría que países que se han acogido a lo previsto en el artículo 27 han optado por notificar de forma detallada al Secretario General de la OEA los derechos reconocidos en el Convenio que eran suspendidos

derivada desde principios de marzo de 2020 por el COVID 19 motivó que un número importante de países invocasen la cláusula derogatoria prevista en el artículo 15 del Convenio con el objetivo de hacer frente a dicha crisis. Al hilo de los estados de alarma, de emergencia o de desastre natural declarados durante la primera ola de la pandemia por Letonia, Rumanía, Armenia, Moldavia, Estonia, Georgia, Albania, Macedonia del Norte, San Marino y Serbia estos países notificaron a la Secretaria General del Consejo de Europa su decisión de derogar por un tiempo limitado la observancia de determinados derechos reconocidos en el Convenio.

El artículo 15 del CEDH se ha invocado en distintas ocasiones desde la entrada en vigor del Convenio, vinculándose “(...) el peligro público que amenace la vida de la nación” a declaraciones del estado de emergencia para luchar contra el terrorismo, a revueltas internas, a actuaciones hostiles de otros Estados y como medida frente a intentos de golpes de estado¹³. La novedad de las recientes derogaciones de determinados derechos del Convenio reside en el hecho de que, por primera vez y en un lapso de tiempo de sólo quince días, diez Estados hayan invocado dicho artículo por motivos de salud pública. Por el contrario, si bien la práctica totalidad del resto de países parte del Convenio han decretado el estado de alarma o de emergencia y han adoptado medidas más severas de confinamiento de la población (caso de España o Italia y, en menor medida, Francia, Austria, Alemania o el Reino Unido) con los efectos que ello tiene en el ejercicio de los derechos fundamentales, no han recurrido al artículo 15, lo cual puede dar a entender que dichas restricciones no sólo no son contrarias al Convenio, sino que éste las ampara.

A partir de las notificaciones llevadas a cabo por los Estados para luchar contra el COVID 19, de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y de la valoración que ha hecho el mismo Consejo de Europa de la aplicación hasta el momento de la cláusula derogatoria¹⁴, este estudio pretende analizar la virtualidad que pueden tener estas derogaciones puntuales teniendo en cuenta que la gran mayoría de Estados parte en la misma situación no han optado por ello al considerar que no era necesario puesto que el mismo Convenio permite, si se cumplen determinados requisitos, restringir los derechos que no tengan la consideración de inderogables. La adopción de medidas restrictivas para hacer frente a la crisis sanitaria forma parte de las obligaciones positivas

(Bolivia, Ecuador, Perú, Guatemala, Chile, Argentina y El Salvador); en otras ocasiones se ha enviado el decreto presidencial que suspendía determinados derechos (Colombia y Honduras) y, en otros casos, simplemente se ha comunicado la vigencia del toque de queda a partir de una fecha y hora (Panamá). El común denominador ha sido la suspensión del derecho a la libertad personal (art. 7), la libertad de reunión (art. 15) y la libertad de circulación y residencia (art. 22), al que, en determinados casos, se ha añadido el derecho de asociación (art. 16) y el derecho a la propiedad privada (art. 21). Información disponible en la sección de tratados multilaterales de la OEA (www.oas.org/es).

¹³ Vid. YORDAN NUGRAHA, I., “Human rights derogation during *coup* situations”, *The International Journal of Human Rights*, Vol. 22, nº 2, 2018, pp. 194-206.

¹⁴ En relación con la utilización de dicho término, HUESA VINAIXA señala que “la virtualidad de las cláusulas de suspensión en los tratados relativos a la protección de los derechos humanos responde a la idea de “salvaguardia”, por bien que en el lenguaje del Derecho internacional de los derechos humanos parece que la expresión “cláusulas derogatorias” ha encontrado mejor acomodo que la de “cláusulas de salvaguardia”” (HUESA VINAIXA, R., “La suspensión unilateral de los tratados internacionales: el marco normativo”, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Ed. Tirant lo Blanch, Vol. XI/XII, 2007/2008, p. 832).

de los Estados dirigidas a garantizar el respeto de derechos inderogables como el derecho a la vida y a la integridad física, lo cual plantea si, en estos supuestos, es necesario acudir a la cláusula derogatoria o ésta sería una medida demasiado drástica, siendo suficiente el marco ordinario de tutela de los derechos que ofrece el CEDH.

II. LA LUCHA CONTRA LA PANDEMIA COMO CAUSA DE DEROGACIÓN DE DETERMINADAS OBLIGACIONES DERIVADAS DEL CONVENIO

La posibilidad prevista en el artículo 15 del CEDH de que los Estados adopten medidas que deroguen las obligaciones derivadas de determinados artículos del Convenio (pues algunos de ellos son inderogables como señala el mismo artículo) pretende esencialmente salvaguardar el interés público en casos de crisis ante los cuales ceden temporalmente los derechos individuales con el objetivo de volver al *status quo ante*¹⁵. Este aspecto también está presente en el Convenio al prever la posibilidad de limitar el ejercicio de algún derecho cuando, existiendo previsión legal y conforme al principio de proporcionalidad, ello sea necesario para proteger “(...) la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, 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 las libertades de los demás”¹⁶. Ahora bien, la cláusula derogatoria no incide en limitar el ejercicio de un derecho por una serie de motivos tasados, sino que éste queda suspendido de forma temporal con el objetivo de evitar un perjuicio mayor en el sistema de tutela de los derechos diseñado por el Convenio¹⁷. De esta manera, incluso en situaciones críticas, se garantiza la aplicación de Convenio y el funcionamiento de los mecanismos de control de la observancia de los derechos reconocidos.

La aplicación de la cláusula derogatoria del artículo 15 del Convenio exige que los Estados que opten por invocarla deban cumplir una serie de obligaciones sustantivas y procedimentales, dada la restricción que se lleva a cabo de derechos fundamentales¹⁸. Esa

¹⁵ En este sentido, “(...) the *rationale* underlying Article 15 is to strike a proper balance between a contracting State’s interest in overcoming the emergency and safeguarding those fundamental rights that may be significantly limited in situations of crisis” (MARINIELLO, T., “Prolonged emergency and derogation of human rights: Why the European Court should raise its immunity system”, *German Law Journal*, nº 20, 2019, p. 47).

¹⁶ A ello se refiere el artículo 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar), el artículo 9 (libertad de pensamiento, de conciencia y de religión), el artículo 10 (libertad de expresión), el artículo 11 (libertad de reunión y de asociación) y el artículo 2 del protocolo nº 4 (libertad de circulación).

¹⁷ SCHREURER ha señalado que “(...) the underlying policy is to provide for limited non-compliance in order to obviate the need for more far-reaching limitations of human rights. In the absence of such a legal safety valve, states might hesitate to join the Convention or might attach more significant reservations to their accession. Moreover, in situations of actual emergency, such as war, civil strife, or revolution, national elites may regard compliance as a low priority and may resort to broader claims to derogation like “necessity” or may even denounce the Convention altogether” (SCHREURER, C., “Derogation of human rights in situations of public emergency: the experience of the European Convention on Human Rights”, *The Yale Journal of World Public Order*, Vol. 9, 1982, p. 115).

¹⁸ CARRILLO SALCEDO observó al respecto que “(...) el artículo 15 del Convenio prueba la existencia de un orden público europeo en materia de derechos humanos ya que, al establecer límites a la facultad de los Estados de proceder a derogaciones de las obligaciones jurídicas asumidas, el Convenio Europeo de

doble regulación de la suspensión de determinadas disposiciones tiene una incidencia tanto en las normas *primarias* como *secundarias* de Derecho internacional general, pues “(...) se incorpora una excepción a la obligación contraída por los Estados para proteger en todo caso los derechos y libertades fundamentales (norma primaria)” y, al establecer un procedimiento específico para la suspensión “(...) eventualmente involucrando a los órganos o mecanismos convencionales de control, esa disposición es también *lex specialis* respecto de los procedimientos vigentes en el Derecho de los tratados (norma secundaria de aplicación y de control)”¹⁹.

1 – Obligaciones sustantivas

Desde el punto de vista sustantivo, el Convenio impone tres obligaciones a los Estados. Por una parte, la cláusula derogatoria solo puede invocarse “en caso de guerra o de otro peligro que amenace la vida de la nación”. Si bien corresponde a cada Estado determinar qué constituye un peligro público y qué medidas se deben tomar para hacer frente a la situación de emergencia existente, el TEDH ha señalado que es competente para garantizar que ello se hace de forma correcta²⁰. En todo caso, sólo excepcionalmente se ha cuestionado la valoración hecha por un Estado de lo que constituye una amenaza para el interés público²¹. Sin contar los supuestos ligados a la lucha contra la pandemia, hasta la fecha nueve Estados han invocado el artículo 15 del Convenio sobre la base de la declaración del estado de emergencia para hacer frente a cuestiones de distinta naturaleza que se consideraba que amenazaban al propio Estado.

Así, en 1955, el Reino Unido invocó el artículo 15 para poder adoptar las medidas necesarias para hacer frente a las tensiones independentistas en Chipre y los conflictos entre la mayoría grecochipriota y la minoría turcochipriota. Entre 1971 y 1975 y en 1988, también recurrió a dicho artículo para adoptar medidas en Irlanda del Norte en la lucha

Derechos Humanos dio concreción y positividad a la noción de *ius cogens* en el Derecho internacional de los Derechos Humanos” (CARRILLO SALCEDO, J. A., “La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI” en: PUREZA, J. M. e ISLA, F. (Dir.), *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2004, Universidad de Deusto, p. 403).

¹⁹ HUESA VINAIXA, R., *op. cit.*, nota 14, p. 844.

²⁰ En el asunto *Ireland v. the United Kingdom*, appl. n.º 5310/71 de 18 de enero de 1978, el TEDH señaló que “(...) it falls in the first place to each Contracting State, with its responsibility for “the life of its nation”, to determine whether that life is threatened by a “public emergency” and, if so, how far it is necessary to go in attempting to overcome the emergency. By reason of their direct and continuous contact with the pressing needs of the moment, the national authorities are in principle in a better position than the international judge to decide both on the presence of such an emergency and on the nature and scope of derogations necessary to avert it. In this matter, Article 15 para. 1 leaves those authorities a wide margin of appreciation. Nevertheless, the State does not enjoy an unlimited power in this respect. The Court (...) is responsible for ensuring the observance of the States’ engagements (Article 19), is empowered to rule on whether the States have gone beyond the “extent strictly required by the exigencies” of the crisis” (§207).

²¹ A raíz de una demanda interpuesta contra Grecia por Dinamarca, Noruega, Suecia y Holanda ante la Comisión Europea de Derechos Humanos al considerar que la derogación de determinados derechos del Convenio que pretendía el régimen militar de los coroneles, autor de masivas violaciones de derechos humanos, no cumplía con los requisitos del artículo 15, ésta consideró que no existía una situación de emergencia que justificase la derogación pretendida (Asunto *Denmark, Norway, Sweden and The Netherlands v. Greece – The Greek case* -, appl. n.º 3321, 3322, 3323 and 3324/67, de 5 de noviembre de 1969).

contra el terrorismo del IRA. En 2001, el Reino Unido acudió asimismo a dicho artículo para poder tomar medidas antiterroristas con motivo de los atentados del 11S. En 2008, Armenia decretó el estado de emergencia para poder reprimir en Ereván las protestas ciudadanas con motivo del fraude electoral en las elecciones presidenciales. En 1985, Francia decretó el estado de emergencia para hacer frente a una serie de disturbios en la isla de Nueva Caledonia, acogiéndose a una derogación temporal del Convenio. En 2015, con motivo de distintos atentados terroristas yihadistas, Francia volvió a acudir al artículo 15 del Convenio. La lucha contra el terrorismo del IRA motivó derogaciones temporales por Irlanda en 1957 y 1977. Albania se acogió también al artículo 15 en 1997 a raíz de la declaración del estado de emergencia para hacer frente a serios desórdenes públicos en una situación de preguerra civil. El régimen militar griego de los coroneles pretendió, sin éxito, en 1967 acogerse a la cláusula derogatoria en su lucha contra la disidencia. Ucrania invocó en 2015 la derogación de determinados derechos del Convenio para poder hacer frente a la agresión rusa en su territorio y al control ruso de los *oblasts* de Lugansk y Donetsk. Asimismo, en 1990 Turquía acudió al artículo 15 para poder adoptar medidas en su lucha contra la minoría kurda acusada de terrorista y, en 2016, volvió a acudir a dicho artículo para luchar contra los autores del presunto intento de golpe de estado contra el Primer ministro Erdogan, acusándoles igualmente de terroristas²².

Sin duda, la crisis sanitaria ocasionada por la pandemia del COVID 19 constituye “un peligro público” que amenaza la vida de la nación²³, pues, conforme con la interpretación que ha hecho el TEDH de dicho concepto, nos encontramos ante “(...) an exceptional situation of crisis or emergency which affects the whole population and constitutes a threat to the organised life of the community of which the State is composed”²⁴. Durante la primera ola de la pandemia (marzo-junio de 2020), diez Estados (Letonia, Rumanía, Armenia, Moldavia, Estonia, Georgia, Albania, Macedonia del Norte, San Marino y Serbia) optaron por derogar temporalmente determinadas obligaciones derivadas del Convenio como parte de las medidas adoptadas para luchar contra la pandemia. Con anterioridad a la pandemia del COVID 19, sólo en una ocasión se había acudido al artículo 15 por motivos de salud pública. Con el objetivo de evitar la expansión de la gripe aviar

²² Información obtenida de la web del Consejo de Europa (Treaty office – reservations and derogations – www.coe.int -) y Press Unit, *Derogation in time of emergency*, April 2020, European Court of Human Rights.

²³ El hecho de que, el 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS) elevase la situación de emergencia de salud pública ocasionada por el COVID 19 de epidemia a pandemia internacional no deja lugar a ningún tipo de duda sobre los efectos negativos del virus sobre la salud humana no ya a nivel nacional, sino mundial (www.who.int). A su vez, la activación por parte de la Unión Europea del mecanismo europeo de asistencia a través de la adopción del reglamento 2020/521 del Consejo, de 14 de abril de 2020, por el que se activa la asistencia urgente en virtud del reglamento 2016/369 cuyas disposiciones se modifican considerando el brote de la COVID-19 (DOUE n° L 117, de 15 de abril de 2020) pone de relieve la gravedad e impacto de la pandemia. En la exposición de motivos del reglamento se señala que “la crisis de la COVID-19 ha afectado de manera impactante a la sociedad y la economía de la Unión y exigido a los Estados miembros la adopción de un conjunto de medidas excepcionales” (pto. 1). A pesar de representar un desafío global, Naciones Unidas y la OMS han tenido un papel más bien secundario en la gestión de la pandemia como pone de manifiesto PONS RÀFOLS, X., “La COVID-19, la salud global y el Derecho internacional: una primera aproximación de carácter institucional”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 39, 2020.

²⁴ Asunto *Lawless v. Ireland*, apl. n° 332/57 de 1 de julio de 1961, § 28).

(H5N1) por su territorio, Georgia decretó el estado de emergencia en un distrito del país y prohibió la caza de animales, confiscó armas para evitar su caza, así como productos con carne animal e impuso restricciones de movimientos a las personas. A raíz de ello, comunicó que derogaba temporalmente el derecho a la propiedad privada previsto en el artículo 1 del protocolo n° 1 y el derecho a la libertad de circulación previsto en el artículo 2 del protocolo n° 4 del CEDH.

El segundo requisito de naturaleza sustantiva previsto en el artículo 15 del Convenio hace referencia a la exigencia de que únicamente se adopten aquellas medidas necesarias para hacer frente a la situación de emergencia y que, por tanto, la derogación no vaya más allá de lo estrictamente necesario²⁵. En este sentido, en la valoración de la observancia de este requisito que se conecta con el principio de proporcionalidad, el TEDH ha tomado en consideración si la legislación ordinaria es suficiente para hacer frente a la situación de emergencia, sin necesidad de acudir a medidas tan extraordinarias como la derogación temporal de determinados derechos²⁶; si las medidas adoptadas constituyen una respuesta genuina a la situación de emergencia y están sujetas a salvaguardias²⁷; si las medidas restrictivas adoptadas se utilizaron para los fines para los que se otorgaron²⁸; si la excepción es limitada en su alcance y los motivos que la justifican²⁹; si las medidas

²⁵ En el asunto *Brannigan and McBride v. United Kingdom*, appl. n° 14553/89 and 14554/89, de 25 de mayo de 1993, el TEDH observó que “(...) in exercising its supervision the Court must give appropriate weight to such relevant factors as the nature of the rights affected by the derogation, the circumstances leading to, and the duration of, the emergency situation”, § 43).

²⁶ A raíz de la derogación entre 1971 y 1975 por parte del Reino Unido de determinados derechos para luchar en Irlanda del Norte contra el IRA, el TEDH valoró si era posible hacer frente a los ataques terroristas recurriendo únicamente a la legislación interna y concluyó que “(...) being confronted with a massive wave of violence and intimidation, the Northern Ireland Government and then, after the introduction of direct rule, the British Government were reasonably entitled to consider that normal legislation offered insufficient resources for the campaign against terrorism and that recourse to measures outside the scope of ordinary law, in the shape of extrajudicial deprivation of liberty, was called for” (Asunto *Ireland v. the United Kingdom*, appl. n° 5310/71, de 18 de enero de 1978, § 212).

²⁷ Con motivo de la demanda interpuesta contra Turquía con motivo de la aplicación del artículo 15 a raíz del intento de golpe de Estado en 2016, el TEDH afirmó que “(...) it is ultimately for the Court to rule whether the measures were “strictly required”. In particular, where a derogating measure encroaches upon fundamental Convention rights, such as the right to liberty, the Court must be satisfied that it was justified by the special circumstances of the emergency and that adequate safeguards were provided against abuse” (Asunto *Alparslan Altan v. Turkey*, appl. n° 12778/17, de 16 de abril de 2019, § 116).

²⁸ A raíz de una demanda presentada por un ciudadano irlandés considerado miembro del IRA que había sido detenido por un período de 6 meses en una prisión militar sin ser puesto a disposición judicial en el período en que Irlanda había aplicado el artículo 15 del Convenio, el TEDH señaló que “whereas, (...), there is nothing to show that the powers of detention conferred upon the Irish Government by the Offences against the State of Act 1940, were employed against him, either within the meaning of article 18 of the Convention, for a purpose other than that for which they were granted, or within the meaning of article 15 of the Convention, by virtue of a measure going beyond what was strictly required by the situation at that time” (Asunto *Lawless v. Ireland*, appl. n° 332/57 de 1 de julio de 1961, § 38).

²⁹ A raíz de la detención por las autoridades británicas de dos sospechosos de pertenecer al grupo terrorista IRA por un período amplio de tiempo sin ser puestos a disposición judicial mientras se había aplicado el artículo 15 del Convenio, el TEDH observó que “(...) having regard to the nature of the terrorist threat in Northern Ireland, the limited scope of the derogation and the reasons advanced to support of it as well as the existence of basic safeguards against abuse, the Court takes the view that the Government has not exceeded their margin of appreciation in considering that the derogation was strictly required by the exigences of the situation” (Asunto *Brannigan and McBride v. United Kingdom*, appl. n° 14553/89 and

adoptadas son proporcionales y no implican una discriminación injustificada³⁰ y si la medida es legal y se ha llevado a cabo conforme al procedimiento establecido al efecto³¹.

En tercer lugar, se exige que las medidas que se adopten “no estén en contradicción con las otras obligaciones que dimanen del Derecho internacional”, lo cual implica que corresponderá determinar al TEDH si hay alguna inconsistencia entre la derogación de las obligaciones previstas en el Convenio que se lleven a cabo y las obligaciones internacionales asumidas por los Estados, particularmente las de naturaleza imperativa. Entre dichas obligaciones también se incluirían las de naturaleza consuetudinaria, las cuales son muy relevantes desde la perspectiva de la inderogabilidad de determinados derechos fundamentales³².

Los pronunciamientos del TEDH sobre esta exigencia son muy limitados, pues, en la mayoría de casos planteados relativos al artículo 15, esta cuestión no se ha suscitado por las partes y tampoco el Tribunal *motu proprio* ha entrado a valorar en si se cumplía dicha exigencia. En la demanda planteada ante el TEDH por dos presuntos terroristas del IRA en la cual cuestionaban que su privación de libertad y el hecho de no ser puestos a disposición judicial estuviese amparada por la derogación hecha por el Reino Unido en 1988 para luchar contra el terrorismo en Irlanda del Norte, éstos alegaron que el Reino Unido había incumplido con sus obligaciones internacionales en la materia³³, pues el recurso a la cláusula suspensiva del artículo 4 del PIDCP se había hecho de forma incorrecta en la medida en que el Reino Unido no había “proclamado oficialmente” la existencia de una emergencia pública vinculada a las actividades terroristas como exige dicho artículo. El TEDH afirmó que, si bien no le correspondía a él determinar de forma fehaciente qué significaba “proclamado oficialmente”, de la intervención ante la Cámara de los Comunes del Ministro del Interior británico en la cual exponía la decisión del Gobierno de comunicar las derogaciones previstas en el artículo 15 del CEDH y en el artículo 4 del PICDP a raíz de las actividades terroristas llevadas a cabo por el IRA en Irlanda del Norte, cabía entender que ello equivalía a una proclamación oficial y, por tanto, no aceptó el argumento de que no se respetaban las obligaciones internacionales

14554/89, de 25 de mayo de 1993, § 66).

³⁰ Con motivo de la derogación de determinados derechos del Convenio por el Reino Unido en 2001 a causa de los atentados terroristas del 11S y de las medidas internas adoptadas, el TEDH señaló en relación con éstas que “(...) it finds that the derogating measures were disproportionate in that they discriminated unjustifiably between nationals and non-nationals” (Asunto *A. and others v. the United Kingdom*, appl. n° 3455/05, de 19 de febrero de 2009, § 190).

³¹ A raíz de la aplicación por Turquía del artículo 15 con motivo del intento de golpe de Estado en julio de 2016 y del arresto y detención de dos periodistas sin pruebas de la comisión de delito alguno, el TEDH afirmó que “(...) having regard to article 15 of the Convention and the derogation by Turkey, the Court considers (...) that a measure of pre-trial detention that is not “lawful” and has not been effected “in accordance with a procedure prescribed by law” on account of the lack of reasonable suspicion cannot be said to have been strictly required by the exigences of the situation” (Asunto *Mehmet Hasan Altan v. Turkey*, appl. n° 13237/17, de 20 de marzo de 2018, § 140).

³² *Vid.* ALLAIN, J., “Derogation from the European Convention of Human Rights in the light of “Other obligations under International Law””, *European Human Rights Law Review*, Vol. 11, 2005, pp. 480-498.

³³ En este sentido, alegaron que “(...) since such proclamation had never taken place, the derogation was inconsistent with the United Kingdom’s other obligations under international law” (Asunto *Brannigan and McBride v. United Kingdom*, appl. n° 14553/89 and 14554/89, de 25 de mayo de 1993, § 68).

asumidas por el Reino Unido.

2 – Obligaciones procedimentales

Desde el punto de vista procedimental, el artículo 15 en su apartado tercero exige al Estado que opte por la derogación de determinadas obligaciones derivadas del Convenio que informe al Secretario General del Consejo de Europa de “las medidas tomadas y de los motivos que las han inspirado” y “de la fecha en que esas medidas hayan dejado de estar en vigor y las disposiciones del Convenio vuelvan a tener plena aplicación”.

Mediante la información al Secretario General se pretende que la derogación sea pública y que el resto de Estados parte tengan conocimiento de ello. A través de la resolución 56 (16) del Comité de Ministros de 26 de septiembre de 1958 se estableció que cualquier información facilitada al amparo del artículo 15 debía de ser comunicada inmediatamente al resto de Estados parte. En ausencia de una notificación pública y oficial, el artículo 15 no daría, por tanto, cobertura a las medidas restrictivas de derechos que pudiese adoptar un Estado³⁴.

La [extinta] Comisión Europea de Derechos Humanos precisó en su momento los contornos de las obligaciones procedimentales que se exigen a los Estados y, en este sentido, señaló que los Estados están obligados “(...) to notify the measures in question without any unavoidable delay with sufficient information concerning them to enable the other High Contracting Parties to appreciate the nature and extent of the derogation which the measures involved”³⁵ y que “(...) the text of measures taken under article 15 should form part of the information provided by the High Contracting Party concerned”³⁶. El propio TEDH ha afirmado, al margen de que las partes en el litigio hayan planteado o no esta cuestión, que es competente para valorar *motu proprio* si en la notificación se aporta la información suficiente de las medidas que justifican una derogación de determinadas obligaciones prevista en el Convenio³⁷. Si bien resulta deseable que en la información que el Estado facilite se indique claramente, por seguridad jurídica, qué artículos del Convenio son derogados temporalmente, el TEDH ha aceptado y no ha considerado contrario a lo previsto en el artículo 15.3 el simple anuncio por parte de un Estado de que las medidas adoptadas implican una derogación de las obligaciones derivadas del Convenio³⁸.

³⁴ European Commission on Human Rights, Asunto *Cyprus v. Turkey*, appl. n° 8007/77, de 4 de octubre de 1983, § 67.

³⁵ European Commission on Human Rights, Asunto *Greece v. the United Kingdom*, appl. n° 176/56, de 26 de septiembre de 1958, p. 169.

³⁶ *Idem*, p. 170.

³⁷ Asunto *Aksoy v. Turkey*, appl. n° 21987/93, de 18 de diciembre de 1996, § 86.

³⁸ El TEDH tuvo ocasión de analizar la información facilitada por Turquía cuando, en julio de 2016 y con motivo de un intento de golpe de estado optó por derogar determinados derechos previstos en el Convenio sin especificarlos, observó que si bien ésta “(...) does not explicitly mention which Articles of the Convention are to form the subject of derogation. Instead, it simply announces that “measures taken may involve derogation from the obligations under the Convention”, ello no implicaba un incumplimiento de los requisitos formales previstos en el artículo 15.3 del Convenio (Asunto *Sahin Alpay v. Turkey*, appl. n° 16538/17, de 20 de febrero 2018, § 73).

Teniendo en cuenta las exigencias de naturaleza sustantiva y procedimental que se imponen a aquellos Estados que opten por la aplicación de la cláusula derogatoria, corresponderá al TEDH determinar si una posible vulneración de un derecho reconocido en el Convenio queda amparada o no por dicha derogación temporal.

III. LA NOTIFICACIÓN DE LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS DEROGATORIAS COMO CONSECUENCIA DE LA DECLARACIÓN DEL ESTADO DE EMERGENCIA SANITARIA

Como respuesta a la primera ola de la pandemia del COVID-19, Letonia, Rumanía, Armenia, Moldavia, Estonia, Georgia, Albania, Macedonia del Norte, Serbia y San Marino consideraron necesario derogar temporalmente determinados derechos reconocidos en el Convenio como parte de su estrategia para hacer frente a la pandemia ocasionada por el COVID-19. Como ya se ha apuntado, desde la entrada en vigor del Convenio las obligaciones derivadas de éste han sido objeto de derogación en distintas ocasiones pero, hasta el momento, de forma puntual. La crisis sanitaria provocó una situación ciertamente inédita en la medida en que diez Estados, en un corto periodo de tiempo de quince días, notificaron de una u otra manera su voluntad de derogar temporalmente la observancia de determinadas obligaciones derivadas del Convenio. En contraposición, otros Estados parte del Convenio consideraron que, a pesar de vivir igualmente una situación de emergencia (particularmente Estados como España, Italia o el Reino Unido con unos altísimos índices de mortalidad y de contagios) no era necesario acudir a la cláusula derogatoria.

Salvo el caso de San Marino, el resto de Estados que recurrieron al artículo 15 comparten afinidad geográfica y una reciente historia común, pues son países del Este de Europa que, después de la Segunda Guerra Mundial y hasta la década de los noventa del siglo pasado, formaron parte del bloque comunista, el cual estaba ligado social, económica, militar y jurídicamente a la extinta Unión Soviética. En este sentido, se ha apuntado que todos estos países comparten una memoria colectiva caracterizada por un sistema político poco respetuoso con los derechos humanos en el cual se priorizaban los derechos colectivos por encima de los derechos individuales. En este contexto, el recurso a la cláusula derogatoria constituiría un acto de transparencia y de buena fe en el respeto de los derechos humanos de unos países con unas estructuras políticas todavía frágiles³⁹.

A la hora de analizar las notificaciones hechas hay que tener presente que cada Estado, dependiendo de la naturaleza y el alcance de las restricciones de los derechos reconocidos en el Convenio, tiene plena discrecionalidad para determinar si las medidas adoptadas en

³⁹ Refiriéndose a la derogación por parte de estos diez países ZGHIBARTA ha señalado que "(...) one may consider this as an act of transparency, a demonstration of good faith in times where extremely limited resources need to be coupled with more restrictive measures in order to address the overwhelming pressure put by the pandemic on various industries and sectors, or as an attempt to "shield" from potential cases being brought against them at the Court" (ZGHIBARTA, P., "The Whos, the Whats, and the Whys of the derogations from the ECHR amid COVID-19", entrada de día 11 de abril de 2020 en el Blog of the European Journal of International Law (www.ejiltalk.org)).

el ámbito interno justifican una derogación temporal de determinadas obligaciones al amparo de lo dispuesto en el artículo 15⁴⁰. A pesar de que el CEDH prevé la posibilidad de que los Estados adopten medidas restrictivas para la proteger la salud, cabe pensar que para los diez Estados que optaron por la derogación estas medidas no se han considerado adecuadas para luchar contra la pandemia. Así, en relación con el derecho a la libertad y a la seguridad previsto en el artículo 5, el inciso 1(e) prevé la posibilidad de que una persona sea privada de libertad si se trata de un internamiento para evitar la propagación de una enfermedad contagiosa. En esta misma línea, con el objetivo de proteger la salud se prevé la posibilidad de restringir el derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8.2), el derecho a la libertad de reunión y asociación (art. 11.2) y el derecho a la libertad de circulación (art. 2.3 del protocolo nº 4 al Convenio). Quizás para el resto de países estas previsiones del Convenio podían amparar las restricciones de derechos llevadas a cabo y, por ello, no acudieron a la cláusula derogatoria.

Del análisis de las notificaciones que se hicieron se observa que el deber de información al Secretario General se llevó a cabo a través de una nota verbal de la Representación permanente del Estado en cuestión ante el Consejo de Europa en la cual se le informa de que el Estado se acoge a lo previsto en el artículo 15. En términos generales, las notificaciones siguieron un patrón común, si bien hay algunas peculiaridades. Así, se aludía en la mayoría de los casos a la declaración del estado de emergencia o al estado de desastre natural como medida para hacer frente a la expansión de la pandemia, a las restricciones de determinados derechos fundamentales adoptadas en el ámbito interno y a la necesidad que ello implica de derogar temporalmente determinadas obligaciones previstas en el CEDH⁴¹. Asimismo, en la mayoría de los casos se adjuntaba la normativa interna adoptada y se señalaba que se mantendría informada a la Secretaria General de la evolución de la situación, así como del momento en que cesasen las restricciones⁴².

Ahora bien, no todos los Estados restringieron las mismas libertades, algunos no aludieron a las obligaciones que se derogaban y tres de ellos apuntaban a que la derogación era respetuosa con sus obligaciones internacionales. La gran mayoría de Estados optaron, al hilo de las medidas internas adoptadas vinculadas al estado de emergencia, por derogar las mismas obligaciones. Así, Estonia, Georgia, Albania y

⁴⁰ Council of Europe, *Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis. A toolkit for member States*, 7 april 2020 (disponible en: www.coe.int).

⁴¹ Las notificaciones se encuentran disponibles en el sitio web de la Oficina de Tratados del Consejo de Europa (www.conventions.coe.int).

⁴² A través de notas verbales, la mayoría de países que hicieron uso de la cláusula derogatoria han ido comunicando formalmente su retirada. El 17 de mayo, Estonia retiró la cláusula presentada el 12 de marzo; Armenia retiró el 16 de septiembre la cláusula presentada el 16 de marzo; Albania dejó sin efecto el 23 de junio la cláusula presentada el 31 de marzo; San Marino retiró el 30 de junio la derogación formulada el 8 de mayo; Rumanía dejó sin efecto el 14 de mayo la cláusula presentada el 17 de marzo; el 19 de mayo, Moldavia dejó sin efecto la derogación presentada el 18 de marzo; con efectos a 24 de junio, la República del Norte de Macedonia comunicó la retirada de la cláusula derogatoria presentada el 1 de abril; y, el 10 de junio, Letonia dejó sin efecto la derogación vigente desde el 12 de marzo. El 12 de octubre, Serbia dejó sin efecto la derogación presentada el 7 de abril, mientras que, el 15 de julio, Georgia comunicó la extensión de la vigencia de la derogación formulada el 21 de marzo hasta el 1 de enero de 2021 y que coincidía con la fecha prevista de finalización de la vigencia de la normativa interna de emergencia sanitaria. Toda esta información se encuentra disponible en el mismo portal citado en la nota anterior.

Macedonia compartían la derogación de los artículos 8 (derecho al respeto a la vida familiar) y 11 (libertad de reunión y de asociación) del CEDH, el artículo 1 (protección de la propiedad) y el artículo 2 (derecho a la instrucción) del protocolo adicional al Convenio y el artículo 2 (libertad de circulación) del protocolo nº 4. Asimismo, Estonia derogó también el artículo 5 (derecho a la libertad y a la seguridad) y el artículo 6 (derecho a un proceso equitativo). Georgia, por su parte, junto a los derechos señalados, optó también por derogar el artículo 5. Letonia y Macedonia compartían la derogación de los artículos 8 y 11, del artículo 2 del protocolo adicional y el artículo 2 del protocolo nº 4. Moldavia, por su parte, al margen de la derogación de estos dos artículos de los dos protocolos aludidos, incluía el artículo 11. Asimismo, Letonia, Estonia y Georgia especificaron en sus notificaciones que las medidas adoptadas eran consistentes con otras obligaciones internacionales⁴³.

Junto a estas derogaciones detalladas y precisas, otros países no especificaron qué derechos derogaban lo cual introducía incertidumbre en la información transmitida a la Secretaría General y al resto de países parte en el Convenio. Como se ya ha apuntado al analizar las condiciones procedimentales que se exigen para poder aplicar el artículo 15, la Comisión y el TEDH aludieron a la necesidad de que en la notificación de los Estados figurase información detallada de los derechos que se derogaban, si bien también aceptó notificaciones genéricas y poco específicas⁴⁴. En esta línea, la propia Asamblea Parlamentaria había recomendado en 2018 a los Estados parte que en la información que se facilitase al amparo de lo previsto en el artículo 15.3 se hiciese una referencia específica a los derechos que se derogaban como consecuencia de la situación de emergencia nacional⁴⁵. A pesar de ello, Rumanía, Armenia, San Marino y Serbia aludieron en sus notificaciones que las medidas vinculadas a la declaración del estado de emergencia pueden implicar una derogación de derechos reconocidos en el Convenio, pero no detallaban cuáles eran los derechos que se veían afectados. Rumanía y Armenia adjuntaron a su notificación los decretos adoptados en el marco del estado de emergencia

⁴³ Ello entra en coherencia con la suspensión de determinados derechos reconocidos en el PIDCP al amparo de su artículo 4, opción compartida igualmente por otros países parte del CEDH como Rumanía y Armenia.

⁴⁴ Este aspecto procedimental adquiere un papel secundario respecto del sustantivo en la medida en que "(...) both state parties and the Convention organs regard notification as a procedural or formal element, and not as a material condition and an effective safeguard against the misuse of the derogation clause. This complies with neither the principle of the object nor the purpose in the convention" (MOKHTAR, A., "Human rights obligations v. derogations: article 15 of the European Convention on Human Rights", *The International Journal of Human Rights*, Vol. 8, nº 1, 2004, p. 78). Al margen de la mayor o menor concreción de la notificación, es necesario que ésta se lleve a cabo pues permitirá distinguir entre los supuestos de limitación de derechos de los de derogación y constituye un ejercicio de publicidad y transparencia de una medida que es ciertamente drástica (*Vid.* el comentario al respecto de N. HOLCROFT-EMMES, "Derogating to deal with Covid-19: State practice and thoughts on the need for notification", entrada de día 10 de abril de 2020 en el Blog of the European Journal of International Law (www.ejiltalk.org)).

⁴⁵ En este sentido, se recomendaba que "(...) should derogation be necessary, ensure that the Secretary General is notified immediately and, in any case, without any unavoidable delay, not only of the measures taken and the reason therefor, as required by the Convention, but also of the Convention rights affected; and explain the justification for any extension of a derogation in time, circumstances or scope in the relevant notification to the Secretary General (Parliamentary Assembly, *State of emergency: proportionality issues concerning derogations under article 15 of the European Convention on Human Rights*, Resolution 2209 (2018), adopted on 24 April 2018, p. 4).

traducidos al inglés, lo cual podía ayudar a precisar los derechos derogados. San Marino simplemente enunció las normas adoptadas, sin aportarlas. La indefinición de Serbia fue mayor, pues no citó de forma concreta la normativa adoptada sino que remitía a un sitio web en el cual se podían consultar dichas normas que solo estaban disponibles en serbocroata. San Marino y Serbia únicamente apuntaron a que las derogaciones no afectaban en ningún caso a los derechos inderogables recogidos en el artículo 15.2.

IV. LA NECESIDAD DE REFORZAR EL CONTROL NO JUDICIAL DE LA CLÁUSULA DEROGATORIA

Con motivo de la declaración del estado de emergencia en una serie de países en un período relativamente corto de tiempo (2008-2018) y del recurso que éstos hicieron a la cláusula derogatoria, en el seno del Consejo de Europa se plantearon una serie de propuestas dirigidas a fortalecer la supervisión no judicial por parte de la misma organización en estas situaciones al considerar que determinados Estados habían recurrido de forma discutible a la declaración del estado de emergencia y de constatar que durante la vigencia de la suspensión de determinadas obligaciones se habían producido denuncias de violaciones de los derechos fundamentales⁴⁶. El recurso al artículo 15 debe ser necesariamente excepcional en la medida en que se lleva a cabo una derogación temporal de determinados derechos consagrados en el Convenio y, de ahí, que se establezca un deber de comunicación de las medidas adoptadas y de su vigencia al Secretario General del Consejo de Europa. Ahora bien, ese deber de información en caso de optar por acudir al artículo 15 no evita que se puedan producir violaciones de los derechos humanos que vayan más allá de la derogación que se ha notificado y por ello parecía razonable plantear un mayor control sobre los Estados.

En 2009, la Asamblea Parlamentaria adoptó una resolución en la cual, a raíz de la declaración del estado de emergencia en Georgia y Armenia y de derogar determinadas obligaciones previstas en el Convenio, expresaba su preocupación por las violaciones de los derechos humanos cometidas durante su vigencia, haciendo especial énfasis en las denuncias de violaciones de los derechos de manifestación y de expresión por las autoridades⁴⁷. Por ello, planteó la necesidad de aumentar el grado de fiscalización aplicable a las declaraciones de estados de emergencia que hiciesen los Estados y recomendó al Comité de Ministros que estudiase reforzar el papel del Secretario General, permitiéndole que éste recabara información suplementaria cuando un Estado recurriese a la cláusula derogatoria y de transmitir dicha información a todos los Estados parte, al presidente del Comité de Ministros, al Presidente del TEDH, al Comisario para los Derechos Humanos y a los presidentes de la Asamblea Parlamentaria y del Congreso de Autoridades Locales y Regionales del Consejo de Europa. Asimismo, se recomendaba añadir nuevos derechos que tuviesen la condición de inderogables conforme a lo

⁴⁶ En un informe de 9 de abril de 2009 del Comité de Asuntos Legales y de Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en situaciones de emergencia se señaló que “(...) states of emergency cannot be invoked to prevent merely local or relatively isolated threats to law and order, nor as a pretext for imposing vague or arbitrary limitations” (Doc. 11858, p. 7).

⁴⁷ Protection of human rights in emergency situations, Resolution 1659 (2009), 27 april 2009.

dispuesto en el artículo 15.2⁴⁸.

Asimismo, con motivo de una serie de problemas en la observancia de los derechos fundamentales durante la vigencia del estado de emergencia decretado por Ucrania (2015), Turquía (2016) y Francia (2017), los cuales también habían acudido al artículo 15, la Asamblea Parlamentaria volvió a incidir en 2018 en la necesidad de reforzar el papel de control del Secretario General del Consejo de Europa a través de tres recomendaciones específicas: a) en su calidad de depositario del Convenio, el Secretario General debía asesorar a aquellos Estados que tenían intención de acudir a la cláusula derogatoria si ello era necesario y, en caso de serlo, cómo limitar de forma estricta su alcance; b) al amparo de las facultades que le otorga el artículo 52 del Convenio, iniciar una investigación al Estado que optase por la derogación de sus obligaciones; y, c) a partir de la información suministrada por el Estado como consecuencia de la investigación, iniciar un diálogo con éste con el objetivo de garantizar la compatibilidad del estado de emergencia con los estándares del Convenio, respetando en todo caso las competencias del TEDH⁴⁹.

La idea de potenciar el control no judicial de la aplicación de la cláusula derogatoria adquiere sentido si tenemos en cuenta las limitaciones que existen en el control que pueda llevar a cabo el TEDH en estos casos. El tribunal, al hilo de demandas que se le puedan plantear, podrá valorar si las medidas derogatorias cumplen con los requisitos sustantivos y procedimentales exigidos, pero resulta imposible que pueda supervisar de forma efectiva las derogaciones que se lleven a cabo. En este sentido, se ha observado que el TEDH no puede garantizar una rápida revisión de estos supuestos, pues las demandas sobre la aplicación de la cláusula derogatoria no figuran entre las siete categorías de materias que recoge el documento sobre cuestiones a las cuales el TEDH dará un tratamiento prioritario (The Court's Priority Policy, June 2009). Al no considerarse cuestiones urgentes, al margen de las posibles medidas cautelares que se soliciten, el TEDH puede tardar años en resolver las demandas que se planteen⁵⁰. Es cierto que las demandas relativas al derecho a la vida (art. 2), la prohibición de la tortura (art. 3), la prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado (art. 4) y el derecho a la libertad y a la seguridad (art. 5.1) pueden tener un tratamiento prioritario en su estudio por el TEDH, pero hay que tener presente que en las derogaciones comunicadas hasta ahora sólo la presentada por Estonia y por Georgia incluían el derecho recogido en el artículo 5 del Convenio, lo cual limita la posibilidad real de que el Tribunal en un corto plazo de tiempo entre a valorar, a través de los concretos derechos que se han visto afectados, si las cláusulas derogatorias formuladas se ajustan al Convenio. Además, hay que tener presente que los derechos reconocidos en los artículos 2, 3 y 4 y que pueden tener un tratamiento prioritario tienen la consideración de inderogables y, por tanto, quedan

⁴⁸ Protection of human rights in emergency situations, Recommendation 1865 (2009), 27 April 2009.

⁴⁹ State of emergency: proportionality issues concerning derogations under Article 15 of the European Convention on Human Rights, Resolution 2209 (2018), 24 April 2018, pts. 20.1, 20.2 y 20.3, p. 5.

⁵⁰ A fecha de hoy, el TEDH todavía no ha resuelto las demandas que interpusieron contra Armenia los descendientes de nueve personas que fallecieron tiroteadas por las fuerzas de seguridad armenias durante la vigencia del estado de emergencia decretado en aquel país en marzo de 2008 en respuesta a los disturbios derivados del fraude electoral en las elecciones presidenciales y que motivó que Armenia derogase temporalmente algunas de sus obligaciones previstas en el CEDH (Appl. n.º 15998/11, *Farmanyan and other against Armenia and 8 other applications*, 1 September 2015).

excluidos del ámbito de aplicación del artículo 15. Por otra parte, el TEDH, en la medida en que focaliza su actuación en casos concretos, no puede valorar el impacto global que la aplicación de la cláusula derogatoria puede tener desde la perspectiva de los derechos humanos y sus efectos sobre la vigencia del Estado de Derecho en el Estado que recurre a ella, lo cual condiciona claramente su papel de supervisión⁵¹.

La propuesta de potenciar el papel de supervisor del Secretario General descansa necesariamente en la buena voluntad de los Estados que recurran a la cláusula derogatoria en la medida en que el artículo 15.3 alude únicamente a un simple deber de mantener plenamente informado al Secretario General. No existe legalmente ninguna obligación de los Estados de consultar las medidas que se quieren tomar. El CEDH no atribuye ningún papel activo al Secretario General ni tampoco se exige diálogo alguno entre el Estado que pretende suspender el cumplimiento de determinadas obligaciones y el Secretario General o cualquiera de los órganos del Consejo de Europa⁵². Ahora bien, la recomendación formulada por la Asamblea Parlamentaria sí resulta pertinente, pues el Secretario General podría contribuir a valorar si las medidas que se pretenden adoptar son proporcionales y necesarias, teniendo asimismo en cuenta la posibilidad prevista en el artículo 52 de que éste puede requerir a los Estados “las explicaciones pertinentes sobre la manera en que su derecho interno asegura la aplicación efectiva de cualesquiera disposiciones de este Convenio”. El artículo 52 no introduce ningún tipo de limitación en el alcance de la investigación que pueda llevar el Secretario General y, por tanto, permitiría fiscalizar las derogaciones que planteasen los Estados y abrir un diálogo sobre esta cuestión⁵³.

Teniendo en cuenta los temores que se han expresado en relación con el respeto de los

⁵¹ Así, se ha observado que “(...) in this vein, the ECtHR, or, for that matter any court, alone is ill-equipped to address in a systematic manner the effects of emergency measures on human rights, the rule of law and democracy. By way of example, the Turkish derogation (2016-2018), which involved the arrest of an international judge, a director of Amnesty International and thousands of teachers and journalists will no doubt have a lasting effect not only on human rights, but also on the Independence of institutions and democracy as a whole” (ISTREFI, K., “Supervision of derogations in the wake of COVID-19: a litmus test for the Secretary General of the Council of Europe”, entrada de día 6 de abril de 2020 en Blog of the European Journal of International Law (www.ejiltalk.org)).

⁵² Existe una cierta práctica en la cual el Secretario General ha tenido un papel activo ante las notificaciones formuladas de conformidad con el artículo 15. En 1997, éste pidió información suplementaria a Albania sobre las razones que le llevaban a adoptar el estado de emergencia, las medidas que se adoptaron y los derechos que de forma concreta eran objeto de derogación. En 2005 no aceptó la nota verbal presentada por Francia en relación con la declaración del estado de emergencia con motivo de los disturbios de noviembre de este año. En 2015, Ucrania llevó a cabo una serie de consultas con el Secretario General en relación con la presentación de una notificación al amparo del artículo 15 (Esta información figura en el informe de 27 de febrero de 2018 elaborado por el Comité de Asuntos Legales y Derechos Humanos del cual fue ponente el Sr. R. Comte, Doc. 14506, p. 28).

⁵³ En esta línea se ha afirmado que “(...) the Secretary General has a wide discretionary power to supervise any type of derogation and engage in dialogue with states about any aspect of derogations, whether the derogation measure is of short or long duration. Such inquiries exert a certain degree of pressure on derogating states and ensure continuous international supervision” (ISTREFI, K. & SALOMON, S., “Entrenched derogations from the European Convention on Human Rights and the emergence of non-judicial supervision derogations”, *Austrian Review of International and European Law*, Vol. 27, 2017, pp. 7-28, en p. 27).

derechos humanos durante la vigencia del estado de emergencia, la crisis sanitaria hubiese sido una buena ocasión para que la Secretaría General del Consejo de Europa hubiese jugado un papel más destacado en la supervisión del recurso que se ha hecho a la cláusula derogatoria. A pesar de tener un cierto margen de maniobra para intentar fiscalizar la aplicación del artículo 15 y de tener la posibilidad de iniciar un diálogo con los Estados afectados, ésta ha jugado un papel muy discreto durante la tramitación de las derogaciones. La situación constituía una oportunidad para potenciar el control no judicial de la aplicación de la cláusula derogatoria y hubiese establecido un precedente que habría dado una mayor relevancia a la figura del Secretario General al hilo de las competencias que le confiere el artículo 52 del Convenio.

V. LA CRISIS SANITARIA Y LA OPTIMIZACIÓN DE LOS DERECHOS EN CONFLICTO

1 – El dilema entre la derogación y la restricción de derechos

En la medida en que los Estados parte en el Convenio han restringido de una u otra manera determinados derechos fundamentales, pero sólo algunos de ellos han recurrido a la cláusula derogatoria, cabe plantearse si el CEDH ampara de forma ordinaria dichas restricciones o si es preciso plantear la derogación de determinados derechos para que puedan verse limitados y tener así encaje en el Convenio. De esta manera, se plantea el dilema entre sí, dada la excepcionalidad, es preciso acudir a la derogación de determinados derechos para proteger a otros que son inderogables (derecho a la vida, prohibición de la tortura y de la esclavitud y prohibición de imponer penas sin que ello esté previsto en una ley) o es posible mantener la vigencia ordinaria del Convenio al permitir éste que los Estados limiten determinados derechos si ello es necesario y se hace de forma proporcional⁵⁴. PETIT DE GABRIEL ha expuesto claramente el debate que se ha planteado al señalar que “(...) la situación generada por la pandemia del COVID-19 es extraordinariamente peculiar en tanto en cuanto un mismo fenómeno o “peligro público que amenaza la vida de la nación” ha generado medidas análogas bajo cobertura jurídicas diferentes – derogación y limitación – en los Estados parte en el Convenio”⁵⁵.

El recurso a la cláusula derogatoria puede transmitir un mensaje negativo en relación con la observancia de los derechos humanos en la medida en que se puede tener la percepción de que el Estado deja de estar obligado a su respeto. Es cierto que, al margen de los

⁵⁴ En relación con esta cuestión, MARÍN AÍS ha observado que “(...) 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” (MARÍN AÍS, J. R., “El Derecho de la Unión Europea ante las cláusulas derogatorias previstas en los tratados internacionales de derechos humanos”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 66, 2020, pp. 519-557, p. 538).

⁵⁵ PETIT DE GABRIEL, E., “Una “prueba de estrés” para el Estado de Derecho: derogación, limitación y violación del CEDH en tiempo de pandemia”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 52, octubre 2020, p. 20.

derechos que tienen la consideración de inderogables, el Convenio permite, dentro de unos parámetros, adaptar el resto de derechos a las situaciones cambiantes. En este sentido, la derogación, siendo una medida drástica, no tiene por qué tener una connotación negativa, puesto que precisamente tiene como objetivo proteger de forma más efectiva (y no menos) los derechos. En las situaciones de emergencia, el Estado, sobre la base del margen de apreciación de que dispone, actúa sobre los derechos derogables precisamente para garantizar el ejercicio y respeto de los derechos inderogables⁵⁶. De esta manera, la derogación de determinadas obligaciones previstas en el Convenio constituye un mecanismo de optimización en la protección de los derechos humanos en una situación de conflicto entre derechos⁵⁷. Las medidas adoptadas en la lucha contra la pandemia pretenden básicamente garantizar el respeto de derechos inderogables como el derecho a la vida y a la integridad física de la ciudadanía. Ello, como ha señalado el juez SICILIANOS, anterior presidente del TEDH, impone a los Estados un conjunto de obligaciones positivas que se traducen en la adopción de determinadas medidas restrictivas de derechos⁵⁸.

La aplicación de la cláusula derogatoria con motivo de la pandemia del COVID-19 plantea una cuestión muy relevante en relación con el encaje que las decisiones adoptadas por los Estados al amparo de la existencia de una situación de emergencia sanitaria pueden tener en el sistema del CEDH⁵⁹. Desde la perspectiva de los diez Estados que han notificado la derogación de determinados derechos, la posibilidad prevista de limitarlos por motivos de salud pública de acuerdo con la ley no parece suficiente y, por ello, han optado por derogarlos de forma temporal. De la lista de derechos que figuran en las distintas notificaciones que son objeto de restricción se observa que algunos de ellos sí permiten su limitación por motivos de salud, mientras que otros no. Así, los Estados que han optado por derogar temporalmente el derecho a la libertad de circulación (art. 2 del protocolo nº 4), el derecho a la vida privada y familiar (art. 8) o el derecho de reunión y

⁵⁶ Con carácter general, las medidas restrictivas de derechos han sido aceptadas por la ciudadanía al considerarse necesarias para proteger la salud. En un informe elaborado por la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el cual analizaba el impacto sobre los derechos humanos de las medidas adoptadas por los 27 Estados miembros de la Unión para proteger la salud pública se señalaba que "(...) early evidence suggest that there is a currently widespread acceptance of the measures governments take to mitigate the impact of COVID-19. However, social acceptance can diminish if measures are perceived to be disproportionately intrusive to basic rights. Measures strictly conform with fundamental rights obligations will be more sustainable and thus effective in the long run. This will also contribute to maintaining social acceptance of changes to daily life (EUAFR, Bulletin 1, *Coronavirus pandemic in the EU: fundamental rights implications*, 1 february-20 march 2020, p. 13 – disponible en www.fra.europa.eu).

⁵⁷ CRIDDLE, E. J., "Protecting human rights during emergencies: delegation, derogation and deference", *Netherlands Yearbook of International Law*, nº 45, 2014, p. 200.

⁵⁸ SICILIANOS, L.-A., Statement on challenges posed to human rights protection by COVID 19, Video speech in Saint Petersburg International Forum on the Covid 19 crisis, 10 april 2020 (disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=HE8IZSgz8Uw&feature=youtu.be>). Vid, también, LEBRET, A., "COVID-19 pandemic and derogation to human rights", *Journal of Law and the Biosciences*, May 2020, pp. 1-15.

⁵⁹ Para aquellos Estados que han recurrido a la cláusula derogatoria que son miembros de la Unión Europea como Letonia, Rumanía o Estonia también pueden plantearse problemas de compatibilidad con el Derecho de la Unión en relación con el respeto de los valores consagrados en el artículo 2 del TUE y el principio de primacía en los supuestos en que haya una conexión con la aplicación de dicho ordenamiento. Sobre esta cuestión, vid. MARÍN AÍS, J. R., *op. cit.*, nota 54.

asociación (art. 11) tenían la posibilidad de adoptar medidas en este ámbito que no implicasen su derogación, sino únicamente su limitación en los términos previstos por una ley. También algunos países han optado por derogar el derecho a la libertad y a la seguridad (art. 5), el cual tiene un componente de salud pública al permitir, conforme a un procedimiento establecido por la ley, el internamiento de aquellas personas que puedan propagar una enfermedad contagiosa.

Junto a estos derechos, también se comunicó la derogación de otros que, si bien según la jurisprudencia del TEDH no son absolutos, no se prevé que puedan ser limitados por motivos de salud pública. Es el caso del derecho a un proceso equitativo (art. 6), el derecho a la protección de la propiedad (art. 1 del protocolo nº 1) o el derecho a la instrucción (art. 2 del protocolo nº 1).

Por el contrario, la posibilidad prevista de restringir determinados derechos por motivos de salud pública permite, a pesar de la declaración del estado de emergencia, no tener que derogar temporalmente su vigencia y, por tanto, queda intacta la vigencia del Convenio. Ello puede tener un sentido respecto de aquellos derechos que expresamente el Convenio prevea la posibilidad de que sean restringidos por motivos de salud, pero hay derechos que han sido restringidos por parte de Estados que han declarado el estado de emergencia sin acudir a la cláusula derogatoria que, en principio, no pueden ser restringidos por este motivo.

Si bien la cuestión es controvertida, tomemos como referencia alguna de las medidas adoptadas como consecuencia de la declaración del estado de alarma por un país como España que no se ha acogido a la cláusula derogatoria⁶⁰. Así, el artículo 9 del RD 463/2020 dispuso el cese de la actividad académica presencial en todos los niveles (por un plazo de tiempo que incluso iba más allá de la vigencia del estado de alarma), sin que la modalidad de enseñanza virtual pueda considerarse plenamente sustitutiva de la presencial teniendo en cuenta los problemas que tienen determinados sectores de población al carecer de conexión a internet. El artículo 2 del protocolo nº 1 al Convenio (que ha sido derogado formalmente por todos los países que se han acogido al artículo 15) recoge el derecho a la instrucción sin aludir a la posibilidad de restringirlo por motivos de salud pública. La disposición adicional segunda del RD 463/2020 también suspendió todos los plazos procesales y, como consecuencia del confinamiento, se paralizó el funcionamiento de la Administración de Justicia, lo cual puede afectar al derecho a un proceso equitativo recogido en el artículo 6 del Convenio, que ha sido derogado de forma específica por Estonia. Con el objetivo de garantizar el suministro de bienes y servicios necesarios para proteger la salud, durante la vigencia del estado de alarma se establecieron determinadas medidas que afectaban al derecho de propiedad previsto en el artículo 1º del protocolo 1º del Convenio, el cual, si bien permite su restricción por causa de utilidad pública, no alude de forma específica a la salud pública (aunque la utilidad pública daría cobertura a ello). Albania, Estonia y Georgia, a pesar de esa previsión, optaron por derogar la vigencia de este derecho en su notificación a la Secretaría General del Consejo

⁶⁰ Para un mayor análisis de la aplicación de la cláusula derogatoria desde la perspectiva interna española, *vid.* ROCA FERNÁNDEZ, M., “La suspensión del Convenio Europeo de Derechos Humanos desde el Derecho español: procedimiento y control”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 72, 2019, pp. 43-72.

de Europa. La restricción adoptada por España a los movimientos de las personas, el cierre de las oficinas públicas y la restricción del derecho de reunión también podía implicar una restricción al derecho a contraer matrimonio previsto en el artículo 12 del Convenio que tampoco puede ser limitado por motivos de salud pública.

A pesar de no acudir a la cláusula derogatoria, hay que tener en cuenta que estas restricciones de derechos figuran en el Real Decreto 463/2020 adoptado por el Consejo de Ministros, que declaraba el estado de alarma el cual, según el Tribunal Constitucional, tiene fuerza de ley y que ha sido prorrogado en distintas ocasiones con el voto favorable del Congreso de los Diputados⁶¹. La restricción de derechos se hace, por tanto, al amparo de lo dispuesto en una ley con el objetivo de proteger un bien común superior como la salud pública. Objetivamente las medidas restrictivas pueden tener acomodo en la jurisprudencia del TEDH respecto del carácter relativo y no absoluto de los derechos derogables, si bien se podría valorar el carácter necesario y proporcional de las restricciones adoptadas. Precisamente, con motivo de la decisión de España de no acudir a la cláusula derogatoria, se ha observado que “para que una limitación no sea *per se* o no genere una violación de un derecho, el TEDH exige que esté prevista en una norma jurídica adecuada y que constituya una medida necesaria y proporcional para proteger una serie de bienes públicos entre los que se encuentra la salud, así como los derechos y libertades de otros. Exige además que la limitación no sea discriminatoria afectando de forma injustificada a unos colectivos sobre otros”⁶².

2 – El recurso a la derogación como vía para dar cobertura a las restricciones de derechos

Teniendo en cuenta la excepcionalidad de las medidas adoptadas por la mayoría de Estados al amparo de la emergencia sanitaria declarada y ante las dudas de si las restricciones decretadas en el ámbito interno podían tener o no cabida en el Convenio, cabe plantearse si quizás lo más oportuno no hubiese sido que los Estados hubiesen optado por acudir a la cláusula derogatoria del artículo 15.

Ciertamente no existe una opinión unánime al respecto, pues especialistas en la materia consideran que el propio Convenio y la jurisprudencia elaborada por el TEDH que afirma el carácter relativo de los derechos derogables permite su restricción sin necesidad de acudir a la derogación, la cual se considera una medida drástica que puede cuestionar el mismo respeto de los derechos humanos. Dejando al margen los derechos inderogables, en la valoración que haga el TEDH condicionada a que se susciten demandas al respecto

⁶¹ En la STC 83/2016, de 28 de abril de 2016 (BOE nº 131, de 31 de mayo de 2016; ECLI:ES:TC:2016:83), el TC señaló que “(...) así pues, aunque formalizada mediante decreto del Consejo de Ministros, la decisión de declarar el estado de alarma, dado su contenido normativo y efectos jurídicos, debe entenderse que queda configurada en nuestro ordenamiento como una decisión o disposición con rango o valor de ley. Y, en consecuencia, queda revestida de un valor normativo equiparable, por su contenido y efectos, al de las leyes y normas asimilables cuya aplicación puede excepcionar, suspender o modificar durante el estado de alarma” (FJ 10).

⁶² RUBIO MARÍN, R. & PETIT DE GABRIEL, E., “España y el Convenio Europeo de Derechos Humanos en tiempos de pandemia: posibilidades y límites”, artículo publicado el 7 de mayo de 2020 en El Diario Andalucía (www.eldiario.es).

relativas a las restricciones de derechos adoptadas por los Estados, éste deberá tener en cuenta si la limitación está prevista en una ley, cuál es la finalidad de la restricción, si ésta es o no necesaria y si la restricción es proporcional al objetivo perseguido⁶³. Respetando estos parámetros y sobre la base de que las medidas adoptadas tienen como objetivo primordial la protección de la salud de la ciudadanía, los Estados contarán con un importante margen de apreciación que justificaría la restricción de derechos. En este sentido, sería irrelevante que determinados derechos, conforme a la regulación específica que pueda hacer el Convenio, pudiesen o no ser limitados por motivos de salud pública. La restricción de derechos como respuesta al desafío enorme que ha supuesto el COVID 19, canalizado a través de previsiones legales internas relativas a la declaración del estado de emergencia, pretenden garantizar un derecho inderogable como el derecho a la vida y a la integridad física de la ciudadanía. Se trataría, por tanto, de un fin totalmente legítimo, siendo proporcionales las limitaciones establecidas. De ahí que, teniendo en cuenta que las medidas adoptadas tienen como objetivo primordial la protección de la salud pública, se haya afirmado que, en la práctica, será irrelevante que se haya acudido o no a la cláusula derogatoria para hacer frente a las restricciones de derechos, pues, con carácter general, cabe pensar que éstas seguramente podrían estar plenamente justificadas conforme a los parámetros establecidos por el TEDH⁶⁴.

Ciertamente, las demandas que se planteen ante el TEDH no tendrán como objetivo valorar en abstracto si las medidas restrictivas adoptadas por los Estados se ajustan o no al Convenio, sino que éstas serán individuales y, por tanto, en el caso concreto, se deberá valorar si la restricción tiene cabida en el margen de discrecionalidad de que dispone el Estado para limitar los derechos derogables o, en caso de que el Estado haya optado por la cláusula derogatoria, si se cumplen los requisitos del artículo 15 y la restricción no más va más allá de lo que permite la derogación. El aspecto central en esta valoración será el margen de apreciación de que dispone el Estado para hacer frente a la crisis sanitaria y, dada la magnitud de ésta, cabe pensar que, por una u otra vía, no será sencillo constatar que las restricciones no eran necesarias ni proporcionales a efectos de considerarlas contrarias a lo previsto en el Convenio⁶⁵. Así, se ha afirmado que “(...) el juego combinado del margen de apreciación para determinar las medidas necesarias para garantizar la salud pública, así como la existencia de un consenso europeo sobre su adopción, extensión y puesta en práctica, podría inclinar la balanza hacia una

⁶³ Para un análisis más detallado, *vid.* GERARDS, J., *General Principles of the European Convention on Human Rights*, Cambridge University Press, 2019, pp. 198 y ss.

⁶⁴ En esta línea, DZEHTSIAROU ha observado que “(...) Article 15 might help to overcome the legality requirement and loosen the scrutiny in proportionality analysis but the practical impact of article 15 might be very limited in terms of legality – most states make some form of emergency legislation and this will perhaps satisfy the Court to accept that these measures are legal” (DZEHTSIAROU, K., “COVID-19 and the European Convention on Human Rights”, entrada de día 27 de marzo de 2020 en el blog: www.strasbourgobservers.com).

⁶⁵ MOLLOY ha señalado que “(...) given the relatively unprecedented nature of the Covid-19, the, at times, conflicting medical evidence guiding government responses and different impacts and rates infections across different countries, it is likely that the Court will apply a wide degree of deferences to States” (MOLLOY, S., “Covid-19 and derogations before the European Court of Human Rights”, entrada de día 10 de abril de 2020 en el blog: www.verfassungsblog.de).

jurisprudencia *pro auctoritate*”⁶⁶.

El recurso a la cláusula derogatoria, dada su excepcionalidad desde la perspectiva de la vigencia de los derechos afectados, debería ser claramente la *ultima ratio*, dando prioridad, por tanto, a la posibilidad de restringir determinados derechos conforme a lo previsto en el Convenio y a las condiciones establecidas por la jurisprudencia del TEDH⁶⁷. Ciertamente, la aplicación ordinaria del Convenio permitiría limitar determinados derechos, pero no todos aquellos que los Estados han restringido como consecuencia de la pandemia y de ahí que quepa plantearse la necesidad del recurso a la cláusula derogatoria. A modo de ejemplo, cabe plantearse si el cierre de las oficinas judiciales y de las actuaciones ante los tribunales de justicia (al margen de supuestos muy específicos) no pueden implicar una violación del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo o a si el uso de datos personales a efectos de la geo-localización de las personas o la toma indiscriminada de la temperatura corporal resulta compatible con el derecho a la vida privada. Puesto que de forma efectiva hay una restricción de derechos derivada de una situación de emergencia, lo más coherente, a pesar de ser una medida drástica, sería quizás que los Estados hubiesen optado por recurrir a la cláusula derogatoria. De esta manera, al no poder precisar con claridad si el Convenio daría cobertura a todas las restricciones, la derogación formal de estos derechos conforme al artículo 15 habría dado mayor transparencia y certeza a las limitaciones de derechos llevadas a cabo por los Estados.

El recurso a esta cláusula, que implica una suspensión temporal, proporcional y motivada de la observancia de determinados derechos con el objetivo de proteger un bien superior común, no supone que el Convenio deje de aplicarse o que el TEDH no actúe como garante de los derechos que el Convenio reconoce⁶⁸. El artículo 15 implica un régimen diferente de legalidad que permite dar cobertura a una situación de excepcionalidad a la cual la legislación ordinaria no puede dar una respuesta satisfactoria⁶⁹ y que, cabe recordar, no exime a los Estados de estar sujetos al propio Convenio puesto que el Secretario General del Consejo de Europa y el TEDH pueden llevar a cabo, si bien con ciertas limitaciones, un control no judicial y judicial del recurso y aplicación de la cláusula derogatoria.

⁶⁶ PETIT DE GABRIEL, E., *op. cit.* en nota 4.

⁶⁷ SCHEININ, M., “Covid-19 symposium: to derogate or not to derogate”, entrada de día 6 de abril en el blog: www.opiniojuris.org. ROCA FERNÁNDEZ ha apuntado que “Si bien las exigencias del art. 15 del CEDH son muy altas, se puede decir que ya el texto de Convenio prevé posibles restricciones incluso dentro del propio articulado (arts. 8-11). Ciertamente, las injerencias han de estar previstas por la ley, han de ser necesarias en una sociedad democrática y han de perseguir alguno de los fines legítimos especificados en el propio Convenio. Ello permite a los Estados, en la mayoría de los casos, adoptar medidas sin necesidad de suspender el CEDH” (*op. cit.*, nota 60, p. 68).

⁶⁸ *Vid.* GREENE, A., “Separating normalcy from emergency: the jurisprudence of Article 15 of the European Convention on Human Rights”, *German Law Journal*, Vol. 12, nº 10, 2011, pp. 1764-1785.

⁶⁹ Así, GREENE ha señalado que “(...) an article 15 emergency instead constitutes a different regime of legality, rather than a zone of lawlessness. This different regime can be used to quarantine exceptional powers to exceptional situations, preventing the need or temptation to recalibrate ordinary legal norms to accommodate powers considered to be necessary to confront the crisis” (GREENE, A., “Derogating from the European Convention on Human Rights in response to the Coronavirus pandemic: if not now, when?”, *European Human Rights Law Review*, nº 3, 2020, p. 265).

La derogación de determinadas obligaciones no puede entenderse como una falta de compromiso por parte de los Estados que hayan recurrido a ella con los valores democráticos y el Estado de Derecho durante una situación de crisis en la medida en que se puede dar la impresión de que lo que se pretende es no observar determinados derechos reconocidos en el Convenio. Precisamente, el recurso a la cláusula derogatoria, a través de su sujeción a determinados requisitos sustantivos y procedimentales y su control por parte del propio Tribunal, ofrece un conjunto de garantías dirigidas a que se observe lo previsto en el Convenio. El hecho de adoptar medidas restrictivas de derechos y no optar por derogar determinadas obligaciones no implica necesariamente que estas restricciones tengan cabida en el Convenio⁷⁰.

Para los diez Estados que han recurrido a la cláusula derogatoria, las restricciones de derechos adoptadas con motivo de la declaración de emergencia sanitaria tienen seguramente tal entidad que resultaba necesario acudir al artículo 15 puesto que quizás éstas no se acomoden a los criterios de necesidad y de proporcionalidad exigidos por la jurisprudencia del TEDH. Las dudas que puedan existir sobre el acomodo de las limitaciones de derechos por los Estados que no han acogido a la cláusula derogatoria permitirían justificar el recurso a dicha cláusula. Asimismo, hay que tener en cuenta que el TEDH, a la hora de valorar la compatibilidad de las restricciones de derechos con el Convenio, determinará si éstas estarían amparadas por el recurso a la cláusula derogatoria en caso de no poder justificarse a través de las limitaciones previstas en el propio Convenio. A la luz de lo dispuesto en el artículo 55 del proyecto de la CDI de 2001 sobre la responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos que prescribe que la regulación prevista no se aplicará en el caso y en la medida en que las condiciones de existencia de un hecho ilícito o sus consecuencias jurídicas se rijan por normas especiales de derecho internacional, cabe entender que “(...) el art. 15 CEDH se configura técnicamente como una causa de exclusión de la ilicitud, equivalente a la figura del “estado de necesidad” en el marco de la responsabilidad internacional de los

⁷⁰ Hungría no recurrió a la cláusula derogatoria y, sin embargo, existen serias dudas de que las restricciones de derechos adoptadas para hacer frente a la pandemia sean compatibles con el Convenio teniendo en cuenta la deriva autoritaria y populista del Gobierno húngaro. Aprovechando la mayoría que sustenta al Gobierno húngaro, el 30 de marzo de 2020, el Parlamento aprobó, con el rechazo de toda la oposición y de organizaciones de defensa de los derechos humanos, la Ley para la protección contra el Coronavirus (disponible en inglés en: www.hungarianspectrum.com) que permite al Gobierno utilizar poderes extraordinarios y gobernar por decreto sin establecer un límite temporal ni control alguno, tampoco parlamentario. Además, se modificó el código penal estableciendo una pena de hasta 5 años de prisión para quienes publiquen informaciones falsas o distorsionadas que obstruyan o eviten la protección eficaz de la población. Estas medidas, criticadas por la propia Secretaría del Consejo de Europa mediante una carta oficial de día 24 de marzo dirigida al primer ministro húngaro, atacan los valores de la democracia y del Estado de Derecho y fomentan la ausencia de controles al Gobierno y la autocensura. La práctica de restringir derechos por los Estados sin acudir a la cláusula derogatoria ha sido denunciada por el Comité de Derechos Humanos en relación con el artículo 4 del PIDCP al señalar que “(...) otros Estados partes han recurrido a medidas de excepción para hacer frente a la pandemia de COVID-19 que afectan gravemente el cumplimiento de sus obligaciones contraídas en virtud del Pacto y no han presentado oficialmente ninguna notificación de suspensión de las obligaciones dimanantes del Pacto” (Declaración de 24 de abril de 2020 del Comité de Derechos Humanos sobre la suspensión de obligaciones dimanantes del Pacto en relación con la pandemia de COVID-19, CCPR/C/128/2, p. 1).

Estados”⁷¹.

El recurso que han hecho diez Estados a la cláusula derogatoria parece estar claramente justificada y cabe pensar que hubiese sido oportuno que el resto de Estados que han restringido determinados derechos para hacer frente a la pandemia también hubiesen acudido a ella, pues las restricciones de derechos han sido muy importantes y su derogación formal daría una mayor certeza en relación con el acomodo al Convenio de las limitaciones de derechos. El hecho de que existan dudas en los distintos ordenamientos internos (las medidas restrictivas de derechos adoptadas por España o Alemania ya han sido cuestionadas ante la jurisdicción ordinaria y constitucional) sobre si las medidas adoptadas constituyen una limitación de derechos o una prohibición de su ejercicio con una serie de excepciones justificaría el recurso a la cláusula derogatoria, sin que ello, dada la excepcionalidad, menoscabe el compromiso del Estado con los derechos humanos.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

El impacto que han tenido las medidas adoptadas por los Estados con el objetivo de hacer frente a la emergencia sanitaria provocada por la primera ola de la pandemia del COVID-19 ha sido enorme desde la perspectiva del ejercicio de derechos fundamentales. La protección de un derecho inderogable como el derecho a la vida y el derecho a la integridad física ha impuesto obligaciones positivas a todos los Estados parte en el Convenio que se han materializado en la adopción de una serie de medidas que han supuesto una limitación del ejercicio de derechos. La necesidad imperiosa de proteger determinados derechos inderogables ha obligado, dada la gravedad de la situación canalizada a través de las declaraciones de emergencia casi comunes a todos los países, a que, de forma temporal, los poderes públicos hayan decretado medidas que suponen la restricción de determinados derechos derogables y, por tanto, no absolutos.

Siendo legítimas y razonables estas restricciones, en el ámbito interno se ha cuestionado ante las jurisdicciones ordinarias y constitucionales su legalidad al entenderse que el estado de emergencia no daba cobertura a las limitaciones de derechos que se habían llevado a cabo. La frontera entre la restricción y la prohibición del ejercicio de un derecho

⁷¹ PETIT DE GABRIEL, E., *op.cit.*, nota 55, p. 14. Si bien los principios que rigen la responsabilidad de los Estados por la comisión de hechos ilícitos se han proyectado en la jurisprudencia del TEDH (un estudio de la Secretaria General de Naciones Unidas de 2017 identificó 47 referencias a distintos artículos del proyecto en la jurisprudencia del TEDH durante el período 2001-2016 – *Responsability of States for internationally wrongful acts, Compilation of decisions of international courts, tribunal and other bodies*, Report of the Secretary-General, 20 June 2017, UN Doc. A/71/80/Add.1, p. 10), se ha constatado una tendencia de este tribunal a, en determinados ámbitos, separarse de dichos principios. *Vid.*, al respecto, CRAWFORD, J. & KEENE, A., “The Structure of State Responsibility under the European Convention on Human Rights”, en: VAN AAKEN, A. & MOTOC, I. (Ed.), *The European Convention on Human Rights and General International Law*, OUP, 2018, pp. 178-198; GARCIANDIA, R., “State responsibility and positive obligations in the European Court of Human Rights: the contribution of the ICJ in advancing towards more judicial integration”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 33, issue 1, 2020, pp. 177-187.

con excepciones tasadas es difusa y, de ahí, que sea factible esperar que los contornos en el ejercicio de los derechos fundamentales en una situación de emergencia sanitaria como la vivida tengan que ser precisados por el TEDH después de agotar los previsibles recursos que se planteen ante las jurisdicciones nacionales.

La crisis sanitaria ha generado el hecho insólito nunca visto desde la entrada en vigor en 1953 del CEDH de que, en un período de sólo quince días, diez Estados parte hayan decidido comunicar formalmente a la Secretaria General del Consejo de Europa su decisión de derogar determinados derechos previstos en el Convenio en coherencia con la declaración del estado de emergencia y la restricción de derechos que ello implicaba. Por el contrario, el resto de países no han optado por la derogación al entender que las restricciones adoptadas eran compatibles con el Convenio.

Parece razonable pensar que el TEDH, teniendo en cuenta el alcance de desafío que ha supuesto la pandemia, considere que las medidas restrictivas de derechos adoptadas por los Estados que no han recurrido a la cláusula derogatoria tenían cabida en el Convenio. En la valoración de la proporcionalidad de las medidas y de su carácter necesario cabe pensar que el Tribunal valorará igualmente el carácter excepcional de las medidas adoptadas por los Estados con el objetivo esencial de proteger un derecho inderogable como el derecho a la vida de la ciudadanía y su integridad física. Ahora bien, la excepcionalidad vivida y el hecho de que no esté claro que determinadas medidas restrictivas encuentren acomodo en el Convenio como algunas que afectan el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo o el derecho a la vida privada, plantearía la necesidad de que los Estados hubiesen derogado formalmente el cumplimiento de determinadas obligaciones derivadas del Convenio. El temor a que ello transmita la impresión de una falta de compromiso de los Estados con el Convenio y con el respeto de los derechos humanos no parece razonable, pues éste no deja de aplicarse ni el TEDH queda al margen. La cláusula derogatoria implica un régimen diferente de legalidad que permite dar cobertura a la excepcionalidad vivida y que cuenta, a pesar de sus limitaciones, con mecanismos no judiciales y judiciales de control.

Las medidas adoptadas en la lucha contra la pandemia han puesto de manifiesto claramente la exigencia de optimizar los derechos en juego y, en esa labor, unos derechos han cedido a favor de otros. Este debate vuelve a plantearse en la actualidad con motivo de las medidas adoptadas por un número importante de países europeos para hacer frente a la segunda ola de la pandemia iniciada en octubre. Al hilo de los estados de alarma, de emergencia sanitaria o de calamidad que se han decretado, se han vuelto a restringir, aunque de forma no tan drástica como durante la primera ola, determinados derechos sin que se haya optado hasta el momento por acudir a la cláusula derogatoria del artículo 15 del Convenio.

Cuando quizás dentro de ocho o diez años lleguen ante el TEDH las demandas relativas a la compatibilidad con el Convenio de las restricciones adoptadas durante la pandemia, teniendo en cuenta que las declaraciones de emergencia sanitaria y que las restricciones han sido prácticamente comunes a todos los Estados parte del Convenio, será posible valorar si era más oportuno optar por la derogación prevista en el artículo 15 del Convenio

o que ello no era necesario en la medida en que se trataba de restricciones legales necesarias y proporcionales amparadas por el Convenio con el objetivo de proteger la salud y la vida de los ciudadanos.