

2. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS*

CASO SHER Y OTROS VS. REINO UNIDO

CAMILA GUERRERO Y CAMILA TRONCOSO**

Universidad de Chile

El 20 de octubre de 2015 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante “TEDH”) emitió una sentencia en el presente caso, en la cual declaró por mayoría que el Estado no violó los artículos 5.2 y 5.4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante “CEDH”) en cuanto al procedimiento de la audiencia para la concesión de órdenes de detención posteriores de tres estudiantes de nacionalidad Pakistání, que fueron aprehendidos sin orden judicial, y liberados sin cargos en su contra pero con órdenes de deportación a su país de origen, por haber sido considerados sospechosos de conspirar para planificar atentados terroristas. Asimismo, el TEDH declaró por unanimidad que no existió una violación al artículo 8 del CEDH en cuanto al alcance y ejecución de las órdenes de entrada y registro en sus domicilios.

I. HECHOS DEL CASO

El 17 de enero de 2011 se interpuso una demanda ante el TEDH por tres ciudadanos pakistaníes, Sr. Sher, Sr. Farook y Sr. Shariff, para que conociera de los hechos ocurridos entre el 8 y el 21 de abril de 2009, en los que los demandantes, junto a otros nueve sujetos, fueron arrestados sin una orden judicial por la policía inglesa bajo la sección 41 del “*Terrorism Act 2000*” (en adelante “TA 2000”), siendo liberados trece días después sin cargos en su contra. Dichas detenciones se habrían producido en el contexto de la denominada “*Operación Pathway*”, mientras residían en Inglaterra con visa de estudiantes, por haber sido considerados sospechosos de estar envueltos en la comisión, preparación e instigación de actos de terrorismo.

Con fecha 10 de abril, luego de haber sido arrestados, se realizó una audiencia para resolver la solicitud de orden de detención posterior de la policía. Esta audiencia se realizó sin que los reclamantes y su representante tuvieran acceso a una sección de dicha solicitud, debiendo abandonar la sala. Alegaron que esta

* Integrada por los siguientes jueces: Guido Raimondi, Presidente; Päivi Hirvelä, Ledi Bianku, Nona Tsotsoria, Paul Mahoney, Faris Vehabovic y Yonko Grozev.

** Agradecemos a la profesora Claudia Cárdenas por sus comentarios y observaciones realizados a nuestro trabajo.

contenía detalles de la operación policial que se llevaba a cabo en su contra y la situación actual de la investigación en curso. A los demandantes solo se les habría informado que contenía “*material de inteligencia y evidencia que apoyaba la premisa de que a través de una asociación con otros arrestados los demandantes estarían conspirando para planear un ataque terrorista dentro del Reino Unido*”¹. En la audiencia, se concedió la orden de detención posterior hasta el día 15 de abril del 2009 en contra de los demandantes, que luego fue renovada hasta el 21 de abril de 2009 por el “*District Judge*”, dado que la investigación “*habría estado conducida diligentemente y de forma expedita, y que existían motivos razonables para creer que la prolongación de la detención de los demandantes era necesaria para obtener evidencia relevante*”². Los demandantes alegaron, además, que paralelamente a la detención, entre los días 8 y 19 de abril de 2009, se realizaron registros en sus domicilios en virtud de una orden concedida por la “*Manchester Magistrates’ Court*”. Sostuvieron que la orden permitía la entrada y registro “en una ocasión” y no la ocupación continua de la propiedad (que fue lo que efectivamente ocurrió), y que al estar establecida en términos demasiado amplios, permitía el examen e incautación de casi cualquier objeto de su propiedad. Posteriormente, con fecha 18 de abril de 2009, se les proporcionó a los demandantes un escrito referido a un correo electrónico personal de uno de ellos, en el que se hacía referencias acerca del clima de la zona y manifestaba que tenía planes para contraer una boda islámica con determinada persona, a realizarse entre el 15 y el 20 de abril de 2009. Dicha información fue interpretada por la policía en el sentido de que formaba parte de un código que sugería un ataque terrorista inminente entre las fechas indicadas. Por otro lado, el escrito presentado se refería a algunos mapas con lugares destacados y fotografías de lugares públicos en el noroeste de Inglaterra, que fueron encontrados durante el registro.

Finalmente, el 21 de abril de 2009 los demandantes fueron liberados sin cargos y notificados de una orden de expulsión del país, resultando detenidos bajo la ley de inmigración al día siguiente. En junio del mismo año interpusieron dos recursos procesales: uno destinado a impugnar la orden de expulsión y otro de revisión judicial, destinado a denunciar la ilegalidad del trato recibido entre los días en que fueron detenidos, por vulnerar el CEDH. Sin embargo, con fecha 21 de julio de 2009 la recusación por la ilegalidad de la detención fue rechazada por la “*District Court*” del Estado.

Los denunciante sustentaron su demanda ante el TEDH en los siguientes aspectos:

¹ Parágrafo 42 de la sentencia.

² Parágrafo 60 de la sentencia.

(1) que no se les brindó adecuada información acerca de las alegaciones específicas en su contra, que es requerida de conformidad con el artículo 5.4 del CEDH;

(2) que el procedimiento de la audiencia sobre la solicitud de detención posterior era incompatible con los artículos 5.4 y 6.1 del CEDH;

(3) que el registro de sus domicilios vulneró su derecho al respeto por su vida privada y domicilio, de conformidad con el artículo 8º del CEDH y el artículo 1º del protocolo N° 1.

II. LA DENOMINADA “LUCHA CONTRA EL TERRORISMO” EN EL CONTEXTO DE UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA

“On the contrary, I am convinced that greater respect for human rights, along with democracy and social justice, will in the long term prove the only effective prophylactic against terror”³.

La lucha contra el terrorismo, particularmente después del atentado a las Torres Gemelas el año 2001 en Estados Unidos, se ha convertido en uno de los principales desafíos de los gobiernos actuales, especialmente europeos y norteamericanos. Con miras a erradicar el terrorismo internacional, se desarrollaron distintas políticas legislativas en dichos países, con énfasis en medidas excepcionales que se podrían llevar a cabo en las investigaciones sobre futuros actos terroristas, con el objetivo de prevenirlos. Sin embargo, la obtención del mencionado objetivo conllevaría muy pocas dificultades, como bien señala Van Weezel,

“si todos los países del orbe estuvieran de acuerdo en torno a lo que es el terrorismo y se hallaran dispuestos a trabajar en forma mancomunada para erradicarlo. Pero estos presupuestos no se dan en la realidad. La frontera entre ‘terroristas’ y ‘combatientes por la libertad’ es (todavía) fluida y, por otra parte, trabajo mancomunado implica siempre en este ámbito la aceptación de límites a la propia soberanía estatal”⁴.

Uno de los grandes desafíos a raíz de esta política es la compatibilización entre la lucha contra el terrorismo y el Estado de Derecho, cuyo fundamento se encuentra en el establecimiento de una sociedad democrática basada en el respeto de los derechos fundamentales de las personas que habitan cada país.

³ Comunicado del Secretario General Kofi Annan a la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el 12 de abril de 2002.

⁴ VAN WEEZEL, Axel, Terrorismo internacional ¿desafío imposible para un sistema jurídico anticuado?, en *Jurídicas*, vol. 3, núm. 2, julio-diciembre, 2006. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/1290/129016868005.pdf> [última consulta. 17 de enero de 2016], p. 114.

Dentro de este contexto nos encontramos con una serie de tratados y normativa internacional que debe regir las actuaciones de los Estados en la prevención de actos terroristas en relación a la protección de garantías y libertades fundamentales en Europa, principalmente el CEDH (1950), sus Protocolos Adicionales, y la Convención de Refugiados de las Naciones Unidas (1951), entre otros. Al ser adoptadas por los Estados, su incumplimiento generará responsabilidad para estos en caso de que se vulneren los derechos establecidos.

El año 1998 en el Reino Unido, se estableció el “*Human Rights Act*”, con el que se buscó incorporar el CEDH a su derecho interno, manteniendo la supremacía del parlamento⁵, lo que ha permitido precisamente impugnar parte de la legislación británica referida a los delitos terroristas, por ser considerada incompatible con el “*Human Rights Act*”⁶. En este sentido, se ha señalado por Lord Phillips que “*el acta de Derechos Humanos no es meramente una salvaguarda, sino que es fundamentalmente la base de la lucha contra el terrorismo*”⁷, dado que uno de los riesgos de dicha política es precisamente que se terminen socavando los principios fundamentales de la democracia, de los derechos fundamentales y el Estado de Derecho en sí.

El presente caso refleja, por tanto, una de las mayores preocupaciones existentes hoy en día en la denominada “lucha contra el terrorismo”, debido a las dificultades que se presentan en la implementación de políticas para llevarla a cabo —como el TA2000—, que se relacionan precisamente con la afectación de garantías fundamentales, particularmente, el derecho a la libertad y al debido proceso de las personas investigadas, según constata Owen Fiss⁸.

Existe, por tanto, una ilusoria confrontación entre bienes jurídicos protegidos: la protección de los derechos fundamentales de las personas, en particular de la libertad individual y las garantías de un debido proceso, *versus* el resguardo de la seguridad nacional ante una potencial amenaza, que debe resolverse necesariamente en términos que no se interfiera desproporcionadamente con los derechos humanos de las personas sujetas a su jurisdicción⁹.

⁵ PHILLIPS, Lord Nicholas, Terrorism and human rights, en *High Ct. Q. Rev.* 2 (2006), p. 64.

⁶ Como ocurrió con el “Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001”, la cual fue promulgada por el Parlamento y posteriormente la House of Lords anuló una derogación realizada en virtud de la sección 23 de dicha Acta debido a que era incompatible con el CEDH.

⁷ PHILLIPS, ob. cit., p. 74.

⁸ FISS, Owen, La guerra contra el terrorismo y el Estado de Derecho, en *Anuario de derechos humanos* (Santiago, 2009), pp. 217, 218 y 220.

⁹ EICKE, Tim, Terrorism and human rights, en *European Journal of Migration and Law* 4 (2003), p. 455.

III. LA ALEGADA VIOLACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 5.2 Y 5.4 DEL CEDH POR LA INFORMACIÓN PROPORCIONADA

La detención de los demandantes se produjo en virtud de lo dispuesto por la sección 41 del TA 2000. Dicha sección implica que se puede arrestar a personas sin tener orden judicial, si es que existe una sospecha razonable de que dicha persona sea terrorista¹⁰, por un máximo de 48 horas. En esta ocasión, se señaló que existía sospecha de que las personas estuviesen involucradas en la comisión, preparación e instigación de actos terroristas.

Dicha normativa dispone, a su vez, que las detenciones que se hubiesen producido sean revisadas periódicamente, pudiendo continuar sólo si: (1) es necesario para obtener evidencia relevante, sea interrogando a la persona o de otra forma; (2) es necesario para preservar cierta evidencia; o (3) si está pendiente el resultado de análisis de evidencia relevante.

En el caso en comento, los demandantes señalaron que se vulneraron los artículos 5.2 y 5.4 del CEDH, debido a que no se les entregó la información necesaria y específica acerca de los cargos en su contra, de forma tal que no les permitió ejercer una adecuada defensa, ni poder impugnar la ilegalidad de su detención.

El artículo 5 del CEDH sobre el derecho a la libertad y seguridad establece al respecto que:

5.2. *“ Toda persona detenida debe ser informada, en el plazo más breve posible y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella ”.*

5.4. *“ Toda persona privada de su libertad mediante arresto o detención tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su detención y ordene su puesta en libertad si dicha detención fuera ilegal ”.*

Resulta relevante para el caso que la resolución del TEDH no realiza un análisis sustantivo de la información necesaria para poder ejercer efectivamente el derecho a defensa, sino que se queda en un análisis formal de los requisitos que deben cumplir las demandas para poder ser sometidas al escrutinio del Tribunal.

De esa forma, el TEDH hace referencia al principio de subsidiariedad del sistema de protección de los derechos humanos en relación al sistema nacional (como ocurre también con la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ámbito jurisdiccional¹¹). Dadas las condiciones de admisibilidad de las solicitudes

¹⁰ Sección 41.3. de la Terrorist Act, United Kingdom.

¹¹ Ver BENADAVA, Santiago *et al.*, Nuevos enfoques del derecho internacional (Santiago, 1992); NASH, Claudio, Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile: recepción y aplicación en el ámbito interno (Santiago, 2012), p. 13.

establecidas en el artículo 35 del CEDH, se centra en la posibilidad que tuvieron los reclamantes de impugnar el procedimiento de la detención en el ámbito interno mediante algún tipo de recurso procesal.

El TEDH señaló que dicho Tribunal no debe ni puede, usurpar el rol que tienen los Estados en la protección y garantía de los derechos humanos dentro de la jurisdicción de su país¹², para lo cual es fundamental la regla del agotamiento de los recursos internos, antes de que los casos sean llevados ante organismos internacionales. Dichos recursos deben estar disponibles, ser capaces de satisfacer una pretensión de reparación y ser suficientes no sólo en la teoría sino que efectivos en la práctica¹³.

La argumentación del Estado se basó en que los reclamantes tenían a su disposición dos recursos procesales para exponer sus reparos respecto de la insuficiencia de información que les fue proporcionada al tiempo de su detención: por un lado, intentar una acción de reparación en sede del derecho privado, debido a que el fundamento de reclamo contiene discusión sobre los hechos (lo que no puede ser visto en el procedimiento de revisión judicial)¹⁴; y, por otro, apelar ante la “*Court of Appeal*” la resolución de la “*Divisional Court*” del Estado que rechazó el recurso de revisión judicial, para que se evaluara la declaración de incompatibilidad con el CEDH, en función del *Human Rights Act* (1998).

En definitiva, y sin realizar un análisis de fondo con respecto a si se proporcionó o no información necesaria para que la detención fuese legal, el TEDH se limitó a señalar que dicho reclamo era inadmisibles¹⁵ en función del artículo 35.1 del CEDH¹⁶, debido a que el Estado demostró la disponibilidad de recursos que eran efectivos y estaban disponibles en teoría y práctica en el momento oportuno, es decir, que eran accesibles, aptos para proveer compensación respecto de la impugnación de los demandantes y ofrecían razonables perspectivas de éxito.

Si bien es lógico que el TEDH realice primero un análisis sobre los requisitos de admisibilidad, ya que este elemento resulta fundamental a la hora de descongestionar a los tribunales –en general– de cargas innecesarias o conflictos que no

¹² Parágrafo 130 de la sentencia.

¹³ El TEDH hace referencia en este tema a otros casos relacionados con el derecho a recurrir: Ver *Akdivar and Others v. Turkey*, 16 september 1996, § 65, Reports of Judgments and Decisions 1996-IV; and *Gough v. the United Kingdom*, N° 49327/11, § 137, 28 october 2014.

¹⁴ Parágrafo 126 de la sentencia.

¹⁵ Parágrafo 138 de la sentencia

¹⁶ Art. 35.1. *Al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recursos internas, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos y en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la decisión interna definitiva.*

35. 4. El Tribunal rechazará cualquier demanda que considere inadmisibles en aplicación del presente artículo. Podrá decidirlo así en cualquier fase del procedimiento.

tienen la relevancia suficiente como para ser judicializados a un nivel de instancias internacionales. Todos los tribunales de protección de derechos humanos a nivel regional, y la Corte Penal Internacional, realizan un análisis de admisibilidad y todos toman en consideración el requisito de “agotamiento de los recursos internos”. Por lo tanto, lo que genera ruido en esta sentencia no es el test de admisibilidad en sí, ya que este se entiende como necesario, sino el exceso de formalismo y la falta de análisis de la sustancia.

La protección de derechos humanos y el principio *pro persona* funcionan como pautas y principios rectores que deben estar presentes al analizar un caso de supuestas vulneraciones a los derechos humanos, así “*se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria*”¹⁷, de esta forma el ejercicio y aplicación de los derechos humanos se deberá regir por la interpretación hermenéutica del principio *pro persona* o *pro homine*.

El referido principio funciona como morigerante de un excesivo formalismo, debido a que lo central es lograr la efectiva protección de los derechos fundamentales de las personas. En el caso en comento, los demandantes habían interpuesto recursos que no habían sido considerados por los jueces como los adecuados, pero sí habían actuado según el espíritu de la norma, que es evitar que los reclamantes recurran a instancias internacionales sin siquiera haber reclamado en su oportunidad. En ese sentido, coincidimos con la opinión disidente del fallo que señala que si bien es claro que los demandantes podrían haber ejercido una acción civil, en un contexto en el cual existen diferentes remedios disponibles, una persona no se encuentra obligada a agotar todos ellos sino aquel que considera que es más apropiado que otro para un determinado objeto, y estimó no considerable admisible el argumento dado por los sentenciadores, en el sentido de que debido a que existió otro remedio disponible consistente en una acción civil, se debió haber optado previamente por él, dado que en esa época los demandantes estaban siendo nuevamente detenidos pero por órdenes de deportación.

El estándar entonces, exigido por el TEDH para siquiera pronunciarse con respecto a la efectiva o no vulneración de derechos humanos, es muy alto, no por exigir el agotamiento de recursos internos, sino por la exigencia de no bastar con un determinado recurso.

¹⁷ PINTO, Mónica, El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos, en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian (coordinadores), La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales (Argentina, 1997), p. 163.

IV. LA ALEGADA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 5 (4) DEL CEDH
POR EL PROCEDIMIENTO LLEVADO A CABO EN LA AUDIENCIA PARA
LA CONCESIÓN DE ÓRDENES DE DETENCIÓN POSTERIORES

El anexo 8 del TA 2000 regula la detención, y en sus párrafos 29 y 36 regula la forma de solicitar una orden de detención posterior y una de prolongación de la detención por un máximo de 14 días desde la fecha de la detención, la que puede ser a su vez aumentada por un “*Hight Court Judge*” hasta por 20 días en total desde la detención. Por su parte, los párrafos 31 y 33 del referido anexo establecen que a una persona detenida se le debe dar a conocer que se ha solicitado una orden de detención posterior y los motivos que fundan dicha detención, además de permitir que la persona tenga oportunidad de hacer presentaciones orales y escritas acerca de dicha solicitud de detención y se le provea de nociones generales sobre su derecho a defensa en la audiencia. Sin embargo, conforme al párrafo 33 (3) y al 34 del anexo 8, el tribunal puede excluir a la persona detenida y a su abogado en cualquier momento de la audiencia. Lo anterior, cuando existiesen motivos razonables para creer que: (1) si la información es revelada, la evidencia podría ser interferida o dañada; (2) la aprehensión, persecución o condena de un terrorista sospechoso podría ser más dificultosa a consecuencia de haber sido alertado el detenido; (3) la prevención de un acto de terrorismo podría ser más dificultosa como resultado de haber sido alertado el detenido; (4) la reunión de información acerca de la comisión, preparación o instigación de un acto de terrorismo podría resultar interferida; (5) una persona podría resultar físicamente dañada.

Los demandantes señalaron que el procedimiento de la audiencia para resolver la solicitud de detención posterior conforme al apéndice 8 del TA2000 era incompatible con los artículos 5 (4) y 6 (1) del CEDH debido a que permite que se ofrezca evidencia en una sesión reservada y debido a que no establece ninguna disposición para la designación de abogados defensores especializados.

Las normas referidas del CEDH establecen al respecto que:

5.4. *“Toda persona privada de su libertad mediante arresto o detención tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su detención y ordene su puesta en libertad si dicha detención fuera ilegal”.*

6.1. *“Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección*

de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia”.

El TEDH partió haciendo un examen de los principios generales aplicables al respecto, sosteniendo que el requerimiento de un debido proceso bajo el artículo 5(4) del CEDH no implica la imposición de un estándar uniforme e invariable que deba ser aplicado sin atender a un contexto, hechos y circunstancias¹⁸. Sostuvo que si bien un procedimiento de conformidad con lo establecido en la norma referida del CEDH debe tener un carácter judicial, no es siempre necesario que dicho procedimiento deba atenerse a las mismas garantías que son requeridas bajo el artículo 6° para la litigación penal o civil. Las garantías que provee, según el TEDH, deben ser apropiadas al tipo de privación de libertad de que se trate.

Para el TEDH, la clave para la revisión de la legalidad de una detención es si existió o no una sospecha razonable. Nuevamente establece que si bien las autoridades deben presentar evidencia al TEDH demostrando la existencia de motivos razonables y que dicha evidencia debe ser revelada al detenido para permitirle impugnar los motivos en que se funda, los crímenes terroristas se encuentran en una categoría especial. Sostuvo que, dado el consiguiente riesgo de pérdidas de vida humana y de causar grave sufrimiento a las personas, la policía está obligada a actuar con suma urgencia en el seguimiento de toda la información, incluyendo información de fuentes secretas.

Por lo tanto, la amenaza de un ataque terrorista inminente identificada en el curso de la “*Operación Pathway*” proveía una amplia justificación para la imposición de algunas restricciones a la naturaleza adversarial del procedimiento en lo relativo a la orden para la posterior detención, por razones de seguridad nacional.

Finalmente, señaló que el anexo 8 del TA 2000 establece el derecho del tribunal de ordenar que una persona detenida y su abogado sean excluidos de cualquier parte de la audiencia. Dicha exclusión, en concepto del TEDH, fue concebida para los intereses de la persona detenida y no de la policía¹⁹, dado que así el juez puede asegurarse que ninguna evidencia sea innecesariamente secreta para los detenidos, sino solo cuando existan motivos razonables en los casos listados en el referido anexo.

Por lo tanto, el TEDH estima que es posible limitar ciertas garantías por la cantidad de vidas humanas en juego, atendiendo a la eventual confrontación entre la libertad y seguridad individual *versus* la seguridad nacional. Pero no existió

¹⁸ Parágrafo 147 de la sentencia.

¹⁹ Parágrafo 152 de la sentencia.

por parte del TEDH un análisis más profundo al respecto, así como tampoco hubo un análisis de la amenaza de un ataque, o de la inminencia de este, lo que refleja que las legislaciones anti-terroristas parecen haber convertido situaciones excepcionales de limitaciones a los derechos individuales en situaciones permanentes que son vistas como necesarias, sin siquiera cuestionar la forma en que estas se llevan a cabo.

En este sentido, si en el punto anterior el TEDH había elevado el estándar para siquiera conocer de las supuestas vulneraciones a los derechos humanos; en este caso lo que hace es bajar el estándar de garantías mínimas que no pueden ser vulneradas, señalando que la aplicación de esta garantía no es uniforme, sino que varía según el contexto y los hechos. Dicha frase resulta en una peligrosa aplicación, si somos capaces de variar el estándar según lo que un grupo determinado piense. Esto redundaría en un círculo vicioso: ciertas personas son detenidas en función de la sospecha razonable de un grupo que se tiene sobre ellas, luego, debido al contexto, no se le aplican ciertas garantías, justamente las garantías que les permitirían conocer la evidencia en su contra y poder refutarla, pero no pueden refutarla porque no la conocen, por lo tanto, tampoco pueden refutar el elemento de “sospecha razonable”, quedando a la merced de la policía y los investigadores.

Coincidimos por lo tanto con la opinión disidente, que si bien señala que es de suma importancia que un juez que debe referirse a la extensión de una detención tenga conocimiento de la evidencia disponible contra los detenidos, es injustificado excluir al detenido y a su representante de una parte de la audiencia cuando la discusión sobre dicha evidencia se lleve a cabo, eliminando la posibilidad de que el detenido pueda refutar la relevancia de la evidencia que resulte ser decisiva para la prolongación de la detención. Esta exclusión implicó, en el presente caso, que la policía no brindó a los demandantes adecuada información acerca de las razones por las cuales debían continuar estando detenidos.

En el caso analizado, si bien los demandantes fueron informados, al ser detenidos, del cargo por el cual habían sido arrestados, la información proporcionada dista mucho de ser completa, especialmente si tomamos en cuenta lo señalado en los párrafos anteriores sobre el derecho de estar presente en la audiencia. Para poder impugnar realmente una acusación hecha en contra de una persona, es necesario no sólo saber el cargo o el tipo penal por el cual se le está imputando un delito, sino también los motivos y la evidencia que se tiene en su contra, para poder entender el razonamiento que lleva a pensar que se es sospechoso de actividades terroristas. Concordamos con Kai Ambos, quien señala que esta es una garantía procesal básica y forma parte del debido proceso

“el derecho a ser informado de la acusación y a disponer de tiempo y medios adecuados para preparar la defensa, incluido el derecho a tener acceso a las ac-

tuaciones y los documentos pertinentes de apoyo a los cargos, así como el derecho a elegir a un abogado (si es necesario, de forma gratuita y por cuenta del Estado) y a comunicarse con él confidencialmente”²⁰.

Lo anterior es fundamental para poder ejercer efectivamente una defensa adecuada, que es la base de un debido proceso, el cual si bien es un derecho fundamental que puede ser suspendido conforme al CEDH²¹, esto sólo puede realizarse “*en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación (...) y a condición de que tales medidas no estén en contradicción con las restantes obligaciones que dimanen del derecho internacional*”²². Sin embargo, si bien las Convenciones Internacionales en la materia pueden llegar a autorizar la suspensión o derogación temporal de ciertos derechos, existen normas imperativas o de *ius cogens* que según el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados sólo pueden ser modificadas por una norma ulterior de derecho internacional que tenga el mismo carácter. Para Kai Ambos, derechos procesales básicos como la presunción de inocencia o el derecho a la defensa también se pueden contar entre estas normas imperativas o de *ius cogens*²³, existiendo por tanto, una incongruencia si pudiesen ser suspendidos mediante tratados.

En este sentido, el TEDH debió haber efectuado un examen acerca de si el derecho a la defensa puede o no ser suspendido bajo este marco, y no entrar únicamente en la admisibilidad de la demanda, que si bien es un elemento fundamental dado el carácter subsidiario del sistema, no deja de ser relevante hacer un análisis sustantivo en cuanto a cómo efectivamente se llevan a cabo los procedimientos contra presuntos terroristas en cada Estado demandado. Solo así es posible que éste pueda velar porque la suspensión de derechos siga siendo una excepción y no se transforme en una norma de general aplicación. Es deber del TEDH, en estos casos, hacer ver a los Estados que las garantías mínimas a todo procedimiento, como el derecho a defensa y a ser informado de los cargos en su contra, sean respetadas en la lucha contra el terrorismo. Solo así es posible prevenir las arbitrariedades y los motivos discriminatorios detrás de cada detención, en cualquier caso, y especialmente tratándose de detenidos por actos terroristas que resulten posteriormente liberados sin ningún cargo en su contra²⁴.

²⁰ AMBOS, Kai y MALEEN POSCHADEL, Annika, Terroristas y debido proceso. El derecho a un debido proceso para los presuntos terroristas detenidos en la bahía de Guantánamo, en *Revista General de Derecho Penal* 20 (2013), p. 3.

²¹ Artículo 15 del CEDH sobre derogación en caso de estado de excepción.

²² Artículo 15 del CEDH.

²³ AMBOS y MALEEN POSCHADEL, *ob. cit.*, p. 25.

²⁴ Voto disidente de la Sentencia en comentario.

V. LA ALEGADA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 8 DEL CEDH
POR LA ENTRADA Y REGISTRO EN SUS DOMICILIOS

Los demandantes señalaron que se vulneró el artículo 8º del CEDH, debido a que: a) las órdenes de búsqueda solo autorizaron a entrar en una ocasión a sus domicilios, y no en forma continua al hogar, y b) las órdenes fueron emitidas de manera muy amplia, permitiendo el examen y la incautación de casi cualquier objeto encontrado. Además, señalaron el artículo 1 del Protocolo 1 Adicional, referido a la protección a la propiedad.

El artículo 8º del CEDH señala:

(1) *“Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.”*

(2) *“No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.*

El Estado, por su parte, señaló que efectivamente las órdenes de búsqueda —en cuanto a su extensión— podrían haber causado algún tipo de interferencia con el artículo 8 del CEDH, pero que dicha interferencia se encuentra plenamente justificada, siendo la medida suficiente y proporcional²⁵.

El TEDH estimó que dicho alegato era admisible, y que debido a que no hay controversia en cuanto a la afectación del artículo 8 del CEDH (ya que da por establecida dicha vulneración), la discusión debe versar sobre si es justificada dicha intromisión en relación a las necesidades de una sociedad democrática, es decir, si los medios utilizados son proporcionales con respecto al objetivo propuesto²⁶. Los elementos que analiza son: (1) si la orden de búsqueda fue dictada por un juez basado en una sospecha razonable, (2) si la extensión de la orden de búsqueda fue razonablemente limitada, (3) si la búsqueda se realizó ante la presencia de un observador independiente en orden a asegurar que el material sujeto a secreto profesional no fuera removido.

Con respecto al primer punto, se señala que efectivamente fue ordenada por un juez de la “*Magistrates’ Court*”, dentro de un procedimiento criminal, existiendo una sospecha razonable, y que dicho elemento tampoco fue controvertido por los reclamantes. El TEDH no fundamenta mayormente el estándar que se debe cum-

²⁵ Parágrafos 166 a 169 de la Sentencia.

²⁶ Parágrafo 172 de la Sentencia.

plir para que estemos ante una “sospecha razonable”, dándolo por sentado, lo que representa los mismos problemas ya tratados en la vulneración de los artículos 5.2 y 5.4 del CEDH (si se toma en cuenta además que los demandantes no tuvieron acceso a toda la audiencia, ni a información relevante).

Con respecto al segundo punto –que es el más cuestionado–, la argumentación del TEDH toma en cuenta el delito particular de terrorismo, señalando que debido a que lo que se pretende evitar es un ataque terrorista a gran escala, y que no se cuenta con información precisa acerca de la naturaleza del ataque o el objetivo que pretende atacar, determinar específicamente los ítems que deberán ser objeto de la búsqueda resulta prácticamente imposible²⁷, y que precisamente por el tipo de delito de que se trata, es posible hacer una diferencia con los delitos comunes en cuanto a las exigencias de las órdenes de búsqueda. En este sentido, recalca además la “urgencia de la situación”, debido a que la obligación de detallar en forma tan específica los ítems en las órdenes de detención podría poner en peligro la efectividad de la investigación y, consecuentemente, las vidas que podrían resultar afectadas en caso de que el ataque terrorista se llevara a cabo. Por lo tanto, se requiere cierta flexibilidad en la autorización y contenido que abarcan dichas búsquedas.

Dado que no se impugnó ningún artefacto u objeto en particular, el TEDH señaló que en efecto hubo una afectación del artículo 8 del CEDH, pero que dicha afectación fue justificada y necesaria en relación a una sociedad democrática.

Cabe preguntarse entonces, ¿qué es lo que se entiende como intromisión justificada y necesaria en este caso? ¿Cuál es el nivel de urgencia o riesgo que debiera exigirse en estos casos para no generar responsabilidad internacional para el Estado? El delito relacionado con los actos terroristas no deja de ser problemático, por las graves consecuencias que su ejecución puede implicar, así como por la utilización de este y afectación de las garantías fundamentales por parte de los gobiernos.

Si bien las diligencias policiales en el marco de una investigación por conductas de terrorismo deben ser exhaustivas y rápidas, es necesario que exista un marco de garantías que deba ser respetado, precisamente porque los grupos contra los cuales se levanta esta política no constituyen una nación con límites geográficos definidos, sino que más bien se tratan de organizaciones internacionales que operan de forma clandestina entre el resto de las personas²⁸, cuyo intento por erradicación tiene el efecto indeseado de atentar contra las bases fundamentales de la constitución política de cada Estado. Por otro lado, existe la preocupación adicional de que no se trataría de investigaciones en el marco de un proceso penal, sino de la prevención

²⁷ Parágrafo 174 de la sentencia.

²⁸ FISS, ob. cit., p. 216.

de hechos futuros, cuya eficacia es mínima e implica altos costos desde el punto de vista de las garantías²⁹. A lo anterior, agrega Van Weezel, “*se suma el hecho de que estas medidas se desarrollan y tienen sentido en etapas previas a la realización de hechos delictivos, de modo que por regla general faltará el elemento de actualidad e inmediatez de la amenaza, que en algunas legislaciones es utilizado como criterio para el empleo de este procedimiento*”³⁰.

En este punto, por un lado se toma en cuenta el elemento de actualidad e inmediatez que no es analizado en la sentencia, ni el de sospecha razonable –que puede terminar deteniendo a una persona sólo por haber mandado un correo electrónico con una fecha determinada–, y por otro se afecta indiscriminadamente el derecho a la vida privada, pues en el momento en que la búsqueda de la policía se amplía demasiado –tanto en extensión como en el tiempo–, se deja precisamente de garantizar un espacio de vida privada, con el consiguiente peligro de interpretar cualquier elemento encontrado como uno que puede llevar a pensar en una “sospecha razonable”.

Nuevamente coincidimos con la opinión disidente del caso, quien señaló que en Europa hoy en día existe una necesidad creciente de luchar contra toda forma de religión radical, incluyendo nacionalismos exacerbados. Sin embargo, dicha necesidad requiere que se establezca un piso mínimo de garantías contra la arbitrariedad y las malas prácticas de parte de los organismos policiales y los agentes estatales.

VI. CONCLUSIONES

El respeto y protección de los derechos humanos no se opone a la lucha contra el terrorismo y es esencial tanto para la seguridad como para la democracia; es más, un fortalecimiento de dichos derechos debería redundar en una merma en la conformación de grupos terroristas, en el sentido de que si se garantiza efectivamente el derecho a la salud, a la educación, al trabajo, al acceso a la justicia, etc., se atacarán precisamente una de las causas que lo generan. Por el contrario, las transgresiones serias a los derechos fundamentales de las personas de manera reiterada e injustificada, son caldo de cultivo de conductas violentas y contribuyen a la gestación de colectividades radicales”³¹.

²⁹ VAN WEEZEL, ob. cit., p. 121.

³⁰ VAN WEEZEL, ob. cit., p. 122.

³¹ Para Hoffmann “si parte de los recursos y atención dispensada a la ‘Guerra contra el terrorismo’ se desviara a la erradicación de la pobreza mundial o la eliminación de la violencia contra las mujeres, ¿sería el mundo un lugar más seguro? No existe una respuesta sencilla para esta interrogante, pero la guerra contra el terrorismo pareciera dejar de lado cualquier discusión y acción seria, acerca de las otras causas de la inseguridad en el mundo”. Cfr. HOFFMAN, Paul, Human rights and terrorism, en *Human Rights Quarterly* 26 4 (2004), pp. 932-955, p. 954.

En el caso analizado, el TEDH no se refirió mayormente a las grandes problemáticas respecto de las vulneraciones a los derechos fundamentales que tienen como telón de fondo este contexto. Más bien se limitó a abordar y justificar las actuaciones del Estado en la protección de un “bien mayor”, consistente en la seguridad nacional, que permitiría una menor exigencia al deber de respeto irrestricto a los derechos fundamentales de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción. A su vez, tampoco esgrimió mayor análisis sobre elementos esenciales que debiesen ser considerados para la aplicación de estatutos excepcionales, como por ejemplo, lo que deba entenderse por inminencia de un ataque terrorista o por sospecha razonable.

Sin embargo, más allá de lo anterior, y poniéndolo en términos de Owen Fiss³², no se trata de si una sospecha razonable debiera entregar o no un cheque en blanco para la vulneración de derechos humanos de sujetos que sean considerados sospechosos de actos de terrorismo, sino de si estamos dispuestos a que cada Estado se convierta en un “campo de batalla” en donde dichas vulneraciones ocurran día a día, sin un marco mínimo de garantías que no pueda ser transgredido en ningún tipo de investigación penal. Tratarlo como tal conllevaría el riesgo de establecer un sistema profundamente utilitarista, dado que no se podría descartar que sea útil y por ende éticamente correcto, llegar a imponer posteriormente penas sobre una persona inocente con tal de maximizar la confianza en la seguridad nacional. Constituiría además una amenaza para el tejido de la vida cotidiana y permitiría que la tradicional excepción al principio de libertad (para los combatientes enemigos en contextos de conflictos armados) elimine en la práctica al principio mismo, abriendo paso a serias arbitrariedades —especialmente en grupos vulnerables— fundadas en motivos discriminatorios inaceptables como la adscripción a una determinada religión, o la pertenencia a una determinada cultura o nacionalidad. Esto no podría ser avalado por ningún tribunal en una sociedad democrática fundada en la protección de los derechos fundamentales de las personas.

Es por lo anterior que la “lucha contra el terrorismo” no debe buscar reducir las garantías fundamentales, sino consolidarlas. Las suspensiones, derogaciones o restricciones excesivas sólo llevarán a un debilitamiento del Estado de Derecho y no —como piensan algunos— a su fortalecimiento.

BIBLIOGRAFÍA

AMBOS, Kai y MALEEN POSCHADEL, Annika, Terroristas y debido proceso. El derecho a un debido proceso para los presuntos terroristas detenidos en la bahía de Guantánamo, en *Revista General de Derecho Penal* 20 (2013), pp. 1-31.

³² FISS, ob. cit., p. 222.

- BENADAVA, Santiago, *et al.* Nuevos enfoques del derecho internacional (Santiago, 1992).
- CEDH, Akdivar and Others v. Turkey, 16 september 1996, § 65, Reports of Judgments and Decisions 1996-IV.
- CEDH, Gough v. the United Kingdom, N° 49327/11, § 137, 28 october 2014.
- Comunicado del Secretario General Kofi Annan a la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el 12 abril 2002.
- EICKE, Tim, Terrorism and human rights, en *European Journal of Migration and Law* 4 (2003), pp. 449-467.
- FISS, Owen, La guerra contra el terrorismo y el estado de derecho, en *Anuario de derechos humanos* (Santiago, 2009), pp. 215-225.
- HOFFMAN, Paul, Human rights and terrorism, en *Human Rights Quarterly* 26 4 (2004), pp. 932-955.
- NASH, Claudio, Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile: recepción y aplicación en el ámbito interno (Santiago, 2012).
- PHILLIPS, Lord Nicholas, Terrorism and human rights, en *High Ct. Q. Rev.* 2 (2006), pp. 61-74.
- PINTO, Mónica, El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos, en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian (coordinadores), La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales (Argentina, 1997), pp. 163-172.
- VAN WEEZEL, Axel, Terrorismo internacional ¿desafío imposible para un sistema jurídico anticuado? *Jurídicas*, vol. 3, núm. 2, julio-diciembre, 2006, pp. 111-123 [en línea]. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/1290/129016868005.pdf> [última consulta. 17 de enero de 2016].