

Tratados de derechos humanos y vigilancia extranjera: La privacidad en la era digital

Marko Milanovic^{1†}

Este artículo analiza cómo puede ser evaluada la legalidad de los programas de vigilancia masiva dentro del marco del derecho internacional de los derechos humanos, específicamente conforme a los principales tratados de derechos humanos de los cuales los Estados miembros del Club de los Cinco Ojos y otros Estados con una capacidad tecnológica sofisticada, como Alemania, Francia y Rusia, son parte: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. La sección I analiza brevemente si la ciudadanía debe ser una base normativa para los derechos fundamentales, incluido el derecho a la privacidad. La sección II interpreta el texto de las cláusulas de los tratados de derechos humanos que definen el alcance territorial de la aplicación. Compara las cláusulas de jurisdicción del CEDH y del PIDCP, y evalúa críticamente la posición de Estados Unidos sobre la aplicación extraterritorial del PIDCP. La sección III examina las principales líneas jurisprudenciales de los organismos de derecho internacional de los derechos humanos respecto

^{1†} Marko Milanovic es Profesor Asociado de University of Nottingham School of Law; y Secretario General de la European Society of International Law. Obtuvo su doctorado en la Universidad de Cambridge con una tesis doctoral sobre la aplicación extraterritorial de los tratados de derechos humanos. Ha publicado en las revistas jurídicas más prestigiosas del mundo, incluidas el *European Journal of International Law* y el *American Journal of International Law*, y ha participado en litigios frente a la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

de la aplicación extraterritorial de los tratados que conceptualizan la jurisdicción del Estado en tratados de derechos humanos ya sea como un control general efectivo sobre territorios o áreas, o como una autoridad o control sobre los individuos. La sección IV aplica los diferentes modelos de jurisdicción a una serie de escenarios fácticos posibles de vigilancia extranjera o extraterritorial. Finalmente, si bien el foco de este artículo está en la cuestión acerca de la aplicabilidad de los tratados de derechos humanos, esa cuestión es en la práctica inseparable del análisis sustantivo en cuanto al fondo del asunto. En este sentido, la sección V analiza las implicancias sustantivas que podría tener el derecho a la privacidad en el contexto extraterritorial, si se determina que este es efectivamente aplicable.

Palabras clave: privacidad, Derechos humanos, tratados, servicios de inteligencia, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

I. INTRODUCCIÓN

Las revelaciones de Edward Snowden en 2013 sobre el alcance y la magnitud de los programas de vigilancia electrónica llevados a cabo por la Agencia de Seguridad Nacional de Estados Unidos (NSA, por sus siglas en inglés) y algunos de sus socios, entre los cuales se destacan la Oficina de Comunicaciones del Gobierno del Reino Unido (GCHQ, por sus siglas en inglés), han provocado un intenso debate público sobre los límites apropiados de estas actividades de inteligencia. Por un lado, los activistas de la privacidad condenan dichos programas, especialmente aquellos que implican una recolección masiva de datos o comunicaciones de personas comunes alrededor del mundo, argumentando que estos programas crean un clima de vigilancia inhibitoria que disminuye las libertades básicas; por otro lado, los funcionarios públicos sostienen que estos programas son necesarios para prevenir el terrorismo. Las revelaciones de Snowden resultaron especialmente perjudiciales para los intereses de la política exterior estadounidense en tanto dejaron ver que Estados Unidos y algunos de

sus socios del Club de los Cinco Ojos (Five Eyes Alliance²) espionaron a los líderes de gobiernos aliados, incluyendo Alemania, México, Brasil, e Indonesia.³

Las consecuencias políticas de las revelaciones de Snowden han sido, indudablemente, muy significativas. Revelaron la capacidad tecnológica de la NSA y otras agencias de inteligencia de señales para recopilar datos personales a gran escala y modificar e interceptar comunicaciones a través de internet. El escrutinio público del trabajo de estas agencias no ha tenido precedentes, y actualmente se están llevando a cabo discusiones en los ámbitos gubernamentales y políticos sobre la forma de regular y reformar estas actividades. Así, por ejemplo, el Presidente Obama nombró un Grupo de Revisión de Inteligencia y Tecnologías de la Comunicación para que lo asesore sobre las posibles opciones de reforma, y el Grupo de Revisión lo hizo en un extenso informe.⁴ El Presidente Obama respondió con una serie de propuestas de reforma.⁵ El Congreso de los Estados Unidos, el Parlamento Europeo y otros órganos legislativos han celebrado o celebrarán audiencias de comité sobre los diversos programas de recolección de datos.

² El Club de los Cinco Ojos (Five Eyes Alliance) es una alianza de cinco países cuya lengua nativa es el inglés –Estados Unidos, Reino Unido, Australia, Canadá y Nueva Zelanda– que se centra principalmente en la cooperación en el ámbito de la inteligencia de señales. Ver generalmente Carly Nyst, *The Five Eyes Fact Sheet, Privacy Int'l.* (Nov. 26, 2013), <https://www.privacyinternational.org/blog/the-five-eyes-fact-sheet>; Paul Farrell, *History of 5-Eyes—Explainer*, *The Guardian* (2 de diciembre 2013, 12:30 AM), <http://www.theguardian.com/world/2013/dec/02/history-of-5-eyes-explainer>.

³ Ver Jacob Appelbaum et al., *Berlin Complains: Did U.S. Tap Chancellor Merkel's Mobile Phone?*, *Spiegel Online* (23 de octubre 2013, 8:20 PM), <http://www.spiegel.de/international/world/merkel-calls-obamaover-suspicious-us-tapped-her-mobile-phone-a-929642.html>; *Brazil and Mexico Probe Claims U.S. Spied on Presidents*, *BBC News* (2 de septiembre 2013), <http://www.bbc.co.uk/news/world-latin-america-23938909>; Ewen MacAskill & Lenore Taylor, *Australia's Spy Agencies Targeted Indonesian President's Mobile Phone*, *The Guardian* (17 de noviembre 2013, 7:58 PM), <http://www.theguardian.com/world/2013/nov/18/australia-try-to-monitor-indonesian-presidents-phone>.

⁴ *The President's Review Grp. on Intelligence & Commons Techs., Office of the Dir. Of Nat'l Intelligence, Liberty and Security in a Changing World* (2013), disponible en http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/docs/2013-12-12_rg_final_report.pdf [En adelante, Informe del Grupo de Revisión].

⁵ Ver infra notas 55-56 y el texto pertinente.

El objeto de este artículo, sin embargo, no es evaluar la utilidad de los programas de vigilancia, o su conformidad con la legislación nacional pertinente. No argumentaré que los programas de vigilancia electrónica, sean dirigidos a un objetivo puntual o realizados a escala masiva, son per se ilegales, inefectivos o injustificados. Por el contrario, analizaré cómo la legalidad de esos programas puede ser debatida y evaluada dentro del marco del derecho internacional de los derechos humanos, específicamente conforme a los principales tratados de derechos humanos de los cuales los Estados miembros del Club de los Cinco Ojos y otros Estados con una capacidad tecnológica sofisticada, como Alemania, Francia y Rusia, son parte: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP) y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH).⁶ Ambos tratados protegen el derecho a la privacidad. De forma muy similar al artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)⁷, el artículo 17 del PIDCP establece que:

“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”

⁶ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado el 16 de diciembre de 1966, S. Exec. Rep. 102-23, 999 U.N.T.S. 171 (entró en vigor 23 de marzo 1976) [en adelante, PIDCP]; Convenio para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, abierto a la firma el 4 de noviembre 1950, 213 U.N.T.S. 222 (entró en vigor 3 de septiembre 1953). Australia ratificó el PIDCP el 13 de agosto de 1980; Canadá el 18 de mayo de 1976; Francia el 4 de noviembre de 1980; Nueva Zelanda el 28 de diciembre de 1978; Rusia el 16 de octubre de 1973; el Reino Unido el 20 de mayo 20 de 1976; Estados Unidos el 8 de junio de 1992. China firmó el PIDCP el 5 de octubre de 1998, pero aún es Estado Parte. Ver United Nations, Status of International Covenant on Civil and Political Rights, United Nations Treaty Collection, disponible en https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?mtdsg_no=iv-4&chapter=4&lang=en. El Reino Unido, Francia y Rusia también son Estados Parte del CEDH y están sujetos a la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ver Council of Europe, Status of Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Council of Eur. Treaty Off., disponible en <http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=005&CM=8&DF=08/02/2014&CL=ENG>.

⁷ Declaración Universal de Derechos Humanos, Res. A.G. 217 (III) A, Doc. de la ONU A/RES/217(III) (10 de diciembre de 1948).

El artículo 8 del CEDH, por otro lado, estipula que:

“Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

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.”

Estas disposiciones son amplias y vagas.⁸ Esta dificultad está acompañada por la cuestión preliminar acerca de si estas normas se aplican a la vigilancia extraterritorial. Sin embargo, si bien hay una gran incertidumbre acerca de la aplicación de los tratados de derechos humanos a la recolección de inteligencia, estas cuestiones no son insuperables. De hecho, es inevitable que el lenguaje y el ámbito de los derechos humanos sean utilizados para desafiar la legalidad de los programas de vigilancia electrónica, como lo están haciendo los activistas del derecho a la privacidad.⁹ Los Relatores Especiales del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ya han comenzado a examinar el impacto de las medidas de contra-terrorismo

⁸ Del mismo modo, el artículo V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que “toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar”. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, OEA / Ser.L / V.II.23, doc. 21, rev. 6 (1948), reimpreso en Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, OEA / Ser.LV / II.82, doc. 6, rev. 1 a los 17. Convención Americana sobre Derechos Humanos art. 11, 21 de noviembre, 1969, 1144 U.N.T.S. 143, está basada en la Declaración Universal y en el PIDCP, pero incorpora algunos de los términos del artículo V de la Declaración Americana. La Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul), adoptada el 27 de junio de 1981, CAB / LEG / 67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58, disponible en <http://www.refworld.org/docid/3ae6b3630.html>, no protege explícitamente el derecho a la privacidad.

⁹ Véase Principios Internacionales sobre la Aplicación de los Derechos Humanos a la vigilancia de las comunicaciones, NECESSARY AND PROPORTIONATE (mayo de 2014), <https://en.necessaryandproportionate.org/text> (un conjunto de 13 principios extraídos del derecho internacional de los derechos humanos que se aplicarían tanto a la vigilancia doméstica como a la extraterritorial, redactado por numerosas organizaciones de la sociedad civil en un proceso global liderado por Privacy International, Access y la Electronic Frontier Foundation)

en el derecho a la privacidad.¹⁰ Existen o pronto existirán litigios pendientes, ya sea frente a tribunales domésticos en aquellos Estados donde los tratados de derechos humanos son aplicables directamente, o frente a organismos internacionales judiciales o cuasi-judiciales. En algunos de estos casos probablemente se realizará un análisis sobre el fondo de la cuestión, particularmente en Europa, donde las cuestiones sobre legitimación, los secretos de Estado y las doctrinas sobre cuestiones políticas son o bien inexistentes o no tan onerosas para los demandantes como lo son en Estados Unidos.¹¹ La GCHQ ha sido, durante mucho tiempo, consciente de que, si resultaba expuesta, sus programas de vigilancia masiva podrían ser objeto de un “debate público perjudicial” y de desafíos jurídicos por argumentos basados en el derecho a la privacidad con arreglo al CEDH.¹² En efecto, un caso frente al Tribunal Europeo de Derechos Humanos concerniente a la interceptación de comunicaciones externas por parte de la GCHQ ya ha sido informado al gobierno del Reino Unido y el tribunal se ha movido con una velocidad prácticamente inédita en el tratamiento del caso.¹³

¹⁰ Véase Relator Especial sobre la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la Promoción y Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales en la Lucha contra el terrorismo, Doc. de la ONU A/HRC/13/37 (28 de diciembre 2009) (por Martin Scheinin); Relator Especial sobre la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la Promoción y Protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Doc. de la ONU A/HRC/14/46 (17 de mayo de 2010) (por Martin Scheinin); Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Informe del Relator Especial sobre la Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y Expresión, Doc. de la ONU A/HRC/23/40 (17 de abril 2013) (por Frank La Rue).

¹¹ [10] *Compárese Clapper v. Amnesty Int'l*, 133 S. Ct. 1138 (2013) (por 5 votos contra 4 sostuvo que demostrar un riesgo real de que los individuos estarán sometidos a medidas de vigilancia, en lugar de probar que tales medidas fueron efectivamente tomadas, no era suficiente para tener legitimación porque esta no puede ser especulativa) con *Klass c. Alemania* (sentencia), App. N ° 5029/71, 28 Eur. Ct. H. R. (ser A.) (1978), disponible en <http://HUDOC.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-73538> (admite precisamente este tipo de legitimación especulativa).

¹² Véase James Ball, *Leaked Memos Reveal GCHQ Efforts to Keep Mass Surveillance Secret*, THE GUARDIAN (25 de octubre 2013, 13:45), <http://www.theguardian.com/uk-news/2013/oct/25/leaked-memos-gchq-mass-surveillance-secret-snowden>

¹³ *Big Brother Watch c. Reino Unido* (Communicated Case), App. No. 58170/13, TEDH (2013). Del mismo modo, el Reino Unido presentó un caso ante el “Investigatory Powers

Crucialmente, el lenguaje de los derechos humanos también ha sido usado a un nivel puramente intergubernamental. Motivados por las denuncias de que Estados Unidos ha espiado a sus líderes, Brasil y Alemania presentaron en octubre de 2013 a la Tercera Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU) un proyecto de resolución titulado “El Derecho a la Privacidad en la Era Digital”.¹⁴ Después de la negativa de los Estados Unidos y sus aliados del Club de los Cinco Ojos y las habituales disputas diplomáticas (en su mayoría basadas en argumentos de que el derecho a la privacidad no se aplica extraterritorialmente)¹⁵, el proyecto de resolución fue sometido a revisión, obtuvo más apoyo y superó la Tercera Comisión¹⁶; fue adoptado sin votación por la Asamblea unas semanas después.¹⁷ Las revisiones fueron principalmente de estilo, para atenuar, por ejemplo, algunas de las referencias más enfáticas a violaciones o ataques contra la privacidad. Pero junto con las salvedades expresadas en la Tercera Comisión, las revisiones permitieron que la resolución sea lo suficientemente aceptable para Estados Unidos y sus aliados más cercanos.¹⁸

Tribunal by Privacy International”. Véase Privacy International Files Legal Challenge Against UK Government Over Mass Surveillance Programmes, Privacy Int'l (8 de julio 2013), <https://www.privacyinternational.org/press-releases/privacy-international-files-legal-challenge-against-uk-government-over-mass>.

¹⁴Colum Lynch et al., Exclusive: Germany, Brazil Turn to U.N. to Restrain American Spies, FOREIGN POLICY (24 de octubre de 2013, 4:18 PM), http://thecable.foreignpolicy.com/posts/2013/10/24/exclusive_germany_brazil_turn_to_un_to_restrain_american_spies. Asamblea General de las Naciones Unidas, Tercera Com., El derecho a la privacidad en la era digital, Doc. de la ONU A/C.3/68/L.45 (1 de Noviembre de 2013).

¹⁵Colum Lynch, Exclusive: Inside America's Plan to Kill Online Privacy Rights Everywhere, FOREIGN POLICY (20 de noviembre de 2013, 1:10 PM), http://thecable.foreignpolicy.com/posts/2013/11/20/exclusive_inside_americas_plan_to_kill_online_privacy_rights_everywhere.

¹⁶ Asamblea General de las Naciones Unidas, Tercera Com., El derecho a la privacidad en la era digital, Doc. de la ONU A/C.3/68/L.45/Rev.1 (01 de noviembre de 2013).

¹⁷ Resolución sobre el derecho a la privacidad en la era digital, A.G. Res 68/167, Doc. de la ONU A/RES/68/167 (21 de enero de 2014).

¹⁸ La representante de Estados Unidos ante el Consejo Económico y Social de la ONU, Elizabeth Cousens, señaló, al respecto del proyecto, que Estados Unidos entiende que “la presente Resolución se enfoca en la acción estatal y que es consistente con una visión de larga data de Estados Unidos respecto del PIDCP, incluidos los artículos 2, 17 y 19”. Esta sutil referencia diplomática a la visión de larga data de Estados Unidos respecto del artículo 2 del PIDCP permitió que EE.UU. aparentemente se una al consenso sobre la protección del derecho

La resolución de la Asamblea sobre el Derecho a la Privacidad en la Era Digital representa un avance importante bajo cualquier evaluación. Introduce firmemente la cuestión de la vigilancia electrónica dentro del marco del derecho internacional de los derechos humanos e invoca directamente tanto el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, como el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En el preámbulo, la Asamblea expresa su profunda preocupación “por los efectos negativos que pueden tener para el ejercicio y el goce de los derechos humanos la vigilancia y la interceptación de las comunicaciones, incluidas la vigilancia y la interceptación extraterritoriales de las comunicaciones y la recopilación de datos personales, en particular cuando se llevan a cabo a gran escala”.¹⁹ El tercer punto resolutivo afirma “que los derechos de las personas también deben estar protegidos en Internet, incluido el derecho a la privacidad”, mientras que el cuarto punto resolutivo exhorta a los Estados “a que respeten y protejan el derecho a la privacidad, incluso en el contexto de las comunicaciones digitales” –la referencia a la obligación de proteger es especialmente significativa en tanto requiere que los Estados regulen la conducta de los actores no estatales, tales como las compañías de telecomunicaciones–.²⁰

a la privacidad en la era digital, mientras que, de hecho, negaba que el derecho a la intimidad como se encuentra protegido en el Pacto se aplicara extraterritorialmente. Examinaré esta situación con más detalle en la Parte II. Para el texto completo del discurso del Embajador Cousens véase Ambassador Elizabeth Cousens, U.S. Rep. to the U.N. Econ. & Soc. Council, Explanation of Position for the Third Committee Resolution on the Right to Privacy in the Digital Age (26 de noviembre de 2013), <http://usun.state.gov/briefing/statements/218078.htm>.

¹⁹ A.G. Res. 68/167, nota supra 16 (énfasis agregado).

²⁰ Id., Op. párr. 4 también llama a los Estados:

(b) A adoptar medidas para poner fin a las violaciones de los derechos y crear las condiciones para prevenir tales violaciones, incluso asegurando que la legislación nacional pertinente se ajuste a sus obligaciones en virtud del derecho internacional de los derechos humanos;

(c) A revisar sus procedimientos, prácticas y legislación en cuanto a la vigilancia de las comunicaciones, la interceptación y la recopilación de datos personales, incluida la vigilancia masiva, la interceptación y la recopilación, con el fin de defender el derecho a la privacidad al asegurar la plena y efectiva aplicación de todas sus obligaciones en virtud del derecho internacional de los derechos humanos;

Sin embargo, el aspecto más importante de la resolución es que inicia un proceso, una conversación, sobre la aplicación de normas de derechos humanos a la vigilancia, la interceptación y a las actividades de recopilación de datos, aun cuando esas actividades sean llevadas a cabo por un Estado fuera de sus fronteras. El quinto punto resolutivo expresa:

“Solicita a la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos que presente al Consejo de Derechos Humanos en su 27^o período de sesiones y a la Asamblea General en su sexagésimo noveno período de sesiones un informe sobre la protección y la promoción del derecho a la privacidad en el contexto de la vigilancia y la interceptación de las comunicaciones digitales y la recopilación de datos personales en los planos nacionales y extraterritoriales, incluso a gran escala, que incluya opiniones y recomendaciones, para que lo examinen los Estados Miembros.”

Numerosos seminarios de expertos, reuniones y eventos similares van a darle cobertura al informe, aunque este en sí mismo no será el fin de la historia. La vigilancia electrónica y otras actividades relacionadas van a mantenerse en la agenda de los órganos de Naciones Unidas en los años que vendrán, especialmente teniendo en cuenta que la relevancia política del tema no parece disminuir. La discusión recién ha comenzado, y seguirá siendo, al menos parcialmente, una discusión en términos de derechos humanos, centrándose en los derechos e intereses de las personas afectadas, y no únicamente en los intereses y soberanía de los Estados.²¹ Es por la dignidad igualitaria e inherente a la persona que todos los individuos merecen la protección de su privacidad, no simplemente porque dos Estados celebren acuerdos recíprocos de no espiar a los ciudadanos del otro.

(d) Establecer o mantener los mecanismos existentes independientes internos efectivos de supervisión capaces de garantizar la transparencia, según el caso, y la responsabilidad de la vigilancia estatal de las comunicaciones, la interceptación y la recopilación de datos personales.

²¹ Considere, por ejemplo, el procedimiento arbitral presentado por Timor-Leste contra Australia, que involucra acusaciones de espionaje de Australia durante las negociaciones de tratados entre los dos estados, así como un caso relacionado presentado posteriormente ante la CIJ. Véase Kate Mitchell & Dapo Akande, *Espionage & Good Faith in Treaty Negotiations: East Timor v Australia*, EJIL: Talk! (20 de enero de 2014), <http://www.ejiltalk.org/espionage-fraud-good-faith-in-treaty-negotiations-east-timor-v-australia-in-the-permanent-court-of-arbitration/>.

El propósito principal de este artículo es avanzar en esta conversación analizando una cuestión preliminar específica: si los tratados de derechos humanos como el PIDCP y el CEDH son aplicables incluso a la vigilancia extranjera. Utilizaré el término “vigilancia extranjera” de forma amplia, como un término general que abarca una extensa variedad de actividades llevadas a cabo con el objeto de recopilar inteligencia, desde una observación audio-visual, o vigilancia en un sentido estricto hasta la interceptación de comunicaciones, electrónicas y otras, a la recopilación, almacenamiento, procesamiento y transferencia de datos personales a terceros. Nótese también cómo el término “vigilancia extranjera” o “inteligencia” puede ser entendido, al menos, de tres formas diferentes: como actividades llevadas a cabo por un Estado dirigidas contra personas que son oficiales, miembros o agentes de un gobierno u organización extranjera; como actividades dirigidas contra personas que son nacionales extranjeros; o como actividades dirigidas contra personas que se encuentran fuera del territorio del Estado, que pueden ser o no ser nacionales.²² Veremos a lo largo de este artículo cómo estos tres elementos – agencia, nacionalidad, y ubicación – frecuentemente interactúan entre sí en la regulación de las actividades de vigilancia. Como los Estados se involucran cada vez más en la vigilancia masiva extraterritorial²³, clarificar la cuestión sobre la aplicabilidad de los tratados de derechos humanos, como este artículo intenta hacer, es un primer paso necesario en cualquier análisis de derechos humanos sobre el tema.

²² Considere, por ejemplo, la definición de inteligencia extranjera en Exec. Order 12333, 3 C.F.R. § 3.5 (d) (1981), que delimita las responsabilidades de las diferentes agencias de inteligencia de Estados Unidos como “información relacionada a las capacidades, intenciones y actividades de potencias o personas extranjeras, pero no incluye contrainteligencia con respecto a información sobre las actividades terroristas internacionales”.

²³ Véase La Rue Report, nota supra 9, párr. 64 (donde se señala que “algunos Estados han comenzado a adoptar leyes que pretenden que les autorice a llevar a cabo vigilancia extraterritorial o interceptar comunicaciones en jurisdicciones extranjeras. Esto suscita una grave preocupación en relación con la comisión de violaciones extraterritoriales de derechos humanos y la incapacidad de que las personas sepan que pueden estar sujetos a la vigilancia extranjera, cuestionar decisiones con respecto a la vigilancia extranjera, o buscar remedios... Estos desarrollos sugieren una tendencia alarmante hacia la ampliación de las competencias de vigilancia más allá de los límites territoriales, aumentando el riesgo de acuerdos de cooperación entre los organismos estatales encargados de hacer cumplir la ley y las agencias de seguridad para permitir la evasión de restricciones legales nacionales”).

Este artículo se estructura en cinco secciones. La sección I analiza brevemente si la ciudadanía debe ser una base normativa para los derechos fundamentales, incluido el derecho a la privacidad. La sección II interpreta el texto de las cláusulas de los tratados de derechos humanos que definen el alcance territorial de la aplicación. Compara las cláusulas de jurisdicción del CEDH y del PIDCP, y evalúa críticamente la posición de Estados Unidos sobre la aplicación extraterritorial del PIDCP. La sección III examina las principales líneas jurisprudenciales de los organismos de derecho internacional de los derechos humanos respecto de la aplicación extraterritorial de los tratados que conceptualizan la jurisdicción del Estado en tratados de derechos humanos, ya sea como un control general efectivo sobre territorios o áreas, o como una autoridad o control sobre los individuos. La sección IV aplica los diferentes modelos de jurisdicción a una serie de escenarios fácticos posibles de vigilancia extranjera o extraterritorial. Finalmente, si bien el foco de este artículo está en la cuestión acerca de la aplicabilidad de los tratados de derechos humanos, esa cuestión es en la práctica inseparable del análisis sustantivo en cuanto al fondo del asunto. En este sentido, la sección V analiza las implicancias sustantivas que podría tener el derecho a la privacidad en el contexto extraterritorial, si se determina que este es efectivamente aplicable.

El artículo mostrará que hay mucha incertidumbre acerca de cómo la jurisprudencia sobre las cuestiones preliminares de jurisdicción podría aplicarse a la vigilancia extranjera. También argumentará que esta incertidumbre no debe ser sobreestimada –aun si la incertidumbre puede ser o está siendo aprovechada–. Veremos cómo la inestabilidad inherente de los modelos espaciales o personales de la jurisdicción estatal en los tratados de derechos humanos es el producto de un balance entre consideraciones de universalidad y efectividad. El único enfoque verdaderamente coherente sobre la cuestión preliminar de la aplicabilidad de los tratados de derechos humanos, argumentaré, es que estos deben aplicarse virtualmente a todas las actividades de vigilancia extranjera. El hecho de que los tratados sean aplicables a este tipo de actividades, sin embargo, no significa que esas actividades son necesariamente ilegales. Más bien, la legalidad de un programa de vigilancia masiva está sujeta a un examen específico sobre el fondo de la

cuestión y su conformidad con el derecho a la privacidad y, en este sentido, sostengo que las actividades de vigilancia extranjera no son diferentes a las puramente domésticas.

II. ¿MERCEN LOS EXTRANJEROS PRIVACIDAD?

A. Ciudadanía y contrato social

Antes de analizar el PIDCP y el CEDH en detalle, es necesario lidiar brevemente con una cuestión previa: ¿quién merece privacidad? Una característica robusta del discurso de Estados Unidos, por ejemplo, es su constante énfasis en la ciudadanía como una base para los derechos fundamentales. Esto es cierto no sólo en relación con la jurisprudencia; por ejemplo, en relación con la sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso Verdugo-Urquidez²⁴, concerniente al allanamiento por parte de agentes de Estados Unidos de la propiedad de un ciudadano mexicano en México, donde se sostuvo que los extranjeros no residentes no están protegidos por la Cuarta Enmienda de la Constitución estadounidense. También es cierto en el debate público más general que frecuentemente empieza con la suposición de que los ciudadanos naturalmente tienen derechos constitucionales, pero que los extranjeros no.²⁵

Si bien este tipo de discurso basado en la ciudadanía es especialmente importante en Estados Unidos, no está de ningún modo limitado a este país. Notablemente, las normas que regulan los poderes

²⁴ Estados Unidos c. Verdugo-Urquidez, 494 U.S. 259 (1990).

²⁵ Por ejemplo, al comentar sobre diversas revelaciones de Snowden, portavoces de la NSA con frecuencia dicen que la NSA respeta la privacidad de los ciudadanos estadounidenses: “cualquier implicancia de que la recolección de inteligencia extranjera de la NSA se centra en las comunicaciones en las redes sociales de los estadounidenses es falsa”. Richard Esposito et al., Snowden Docs Reveal British Spies Snooped on YouTube and Facebook, NBC News, 27 de enero de 2014, http://investigations.nbcnews.com/_news/2014/01/27/22469304-snowden-docs-reveal-british-spies-snooped-on-youtube-and-facebook?lite. Incluso los críticos de las políticas gubernamentales de lucha contra el terrorismo invocan la ciudadanía. Véase, por ejemplo, Letter from Anthony D. Romero, Exec. Dir., Am. Civil Liberties Union to the Editor, N.Y. Times (31 de mayo de 2013), http://www.nytimes.com/2012/06/01/opinion/when-the-president-orders-a-killing.html?_r=0 (“Si se permite que el presidente Obama ejecute ciudadanos estadounidenses sin revisión judicial y fuera del teatro de la guerra, ese impresionante poder residirá por siempre en las manos de los futuros presidentes”). Véase también Jennifer Granick, Eight Questions PCLoB Should Ask About Section 702, Just Security (11 de febrero de 2014, 9:00 AM), <http://justsecurity.org/2014/02/11/questions-pcllob-section-702/>.

de vigilancia en los países del Club de los Cinco Ojos frecuentemente distinguen entre espionaje a los ciudadanos (y residentes permanentes) versus extranjeros, así también como entre la vigilancia que tiene lugar en o fuera del territorio de un Estado.²⁶ Con arreglo a estos marcos legales, los no ciudadanos disfrutaban de una menor protección que los ciudadanos, si es que estos tienen algún derecho. Por ejemplo, algunos de los programas de vigilancia de mayor alcance llevados a cabo por la NSA fueron autorizados conforme al artículo 702 de la Ley de vigilancia de información exterior (FISA, por sus siglas en inglés).²⁷ El artículo 702(b) de la Ley de vigilancia de información exterior limita explícitamente estas autorizaciones de manera tal de prohibir la vigilancia de cualquier persona que se encuentra en Estados Unidos y de cualquier persona estadounidense (definida como un ciudadano estadounidense o un residente permanente) que razonablemente se crea que se encuentra fuera de los Estados Unidos. En otras palabras, si bien quienes no son ciudadanos estadounidenses o residentes permanentes van a estar protegidos contra la vigilancia cuando pongan un pie en territorio estadounidense, aquellos que son ciudadanos estadounidenses o residentes permanentes no van a disfrutar de esta protección cuando estén fuera de los Estados Unidos. Para los redactores de la FISA, por lo tanto, la presencia física de un

²⁶ Por ejemplo, en Australia, §§ 8-9 y 15 de la Ley de Servicios de Inteligencia 2001 crea diversas salvaguardias para los australianos, es decir, para ciudadanos australianos o residentes permanentes. Intelligence Services Acts 2001 §§ 8-9, 15. En Nueva Zelanda, § 14 de la Ley de Comunicaciones del Gobierno de la Oficina de Seguridad 2003 prohíbe categóricamente la emisión de órdenes de intervención con fines de recolección de inteligencia con respecto a ciudadanos neozelandeses o residentes permanentes, a menos que actúen como agentes o representantes de un gobierno, organización o persona extranjera. Government Communications Security Bureau Act 2003. § 16 protege de manera similar a ciudadanos neozelandeses y residentes permanentes de poderes de interceptación que no requieren de una orden judicial. En Canadá, § 273.64 (2) de la Ley de Defensa Nacional requiere que las medidas de recopilación de inteligencia no sean “dirigidas a los canadienses o cualquier persona en Canadá”, definido “canadienses” como ciudadanos canadienses y residentes permanentes. National Defence Act, R.S.C. 1985, c. N-5. La legislación del Reino Unido, por el contrario, no hace distinciones sobre la base de la ciudadanía. Más bien, § 8 (4)-(5) del Reglamento de Ley de Poderes de Investigación 2000 prevé que las órdenes de interceptación no necesitan apuntar a una persona específica, local, o a la comunicación si la interceptación se dirige contra una “comunicación externa”. Investigatory Powers Act, (2000) § 8(4)-(5) CURRENT LAW. S. 20 RIPA define además “la comunicación externa” como “una comunicación enviada o recibida fuera de las Islas Británicas”. Id. Esta distinción entre las comunicaciones externas e internas permite esencialmente una mayor recopilación de las comunicaciones externas conforme a las órdenes generales emitidas por un ministro.

²⁷ 50 U.S.C. § 1881 et seq.

individuo en territorio de los Estados Unidos, y su status de ciudadano o residente, era un criterio normativamente relevante con respecto al disfrute del derecho a la privacidad. Como para la Corte Suprema en Verdugo-Urquidez, un ciudadano tiene derecho a la privacidad sin importar dónde se encuentre, pero lo mismo no es aplicable a un extranjero.

Para evaluar las implicancias de un enfoque orientado a la ciudadanía en el derecho internacional de los derechos humanos, primero debemos analizar sus posibles justificaciones. Por ejemplo, al responder a los activistas de un derecho humano global a la privacidad²⁸, Orin Kerr señaló que este enfoque orientado en la ciudadanía se deriva de una concepción basada en que “los gobiernos tienen legitimidad por el consentimiento de los gobernados, lo cual desencadena derechos y obligaciones hacia y desde los ciudadanos y aquellos que se encuentren dentro del territorio”.²⁹ Las declaraciones de Kerr son, en definitiva, una articulación de una tradición de larga data en el pensamiento legal estadounidense: una concepción esencialmente contractualista de la Constitución, que la ve como una manifestación de un pacto social.

Si bien las teorías del contrato social tienen un largo linaje, su aplicación en este contexto particular y de esta forma particular es profundamente problemática, tanto descriptiva como normativamente. En primer lugar, hay un gran salto entre el supuesto del contrato social ficticio presentado por la filosofía política occidental y la redacción e interpretación de los instrumentos jurídicos positivos tales como la Constitución de Estados Unidos. En segundo lugar, el texto de las enmiendas relevantes de la Constitución generalmente no diferencia entre derechos de los ciudadanos y los extranjeros; normalmente se

²⁸ Véase, por ejemplo, David Cole, We Are All Foreigners: NSA Spying and the Rights of Others, JUST SECURITY (29 de octubre 2013, 12:48 PM), <http://justsecurity.org/2013/10/29/foreigners-nsa-spying-rights/>; Kenneth Roth, NSA:Our Analogue Spying Laws Must Catch Up with the Digital Era, The Guardian (10 de noviembre de 2013), <http://www.theguardian.com/commentisfree/2013/nov/10/nsa-analogue-spying-laws-surveillance-digital-era>.

²⁹ Orin Kerr, A Reply to David Cole on Rights of Foreigners Abroad, Lawfare (2 de noviembre de 2013, 1:54 AM), www.lawfareblog.com/2013/11/a-reply-to-david-cole-on-rights-of-foreigners-abroad/

refiere a las “personas”.³⁰ En tercer lugar, hay poca o ninguna evidencia histórica de que los redactores de la Constitución o de sus posteriores enmiendas hayan prestado atención a la cuestión de la aplicación extraterritorial de los derechos fundamentales, o hayan realizado una fuerte asociación entre ciudadanía y derechos. De hecho, esa misma generación fundadora estuvo impregnada por un pensamiento de derecho natural y declaró orgullosamente “que estas verdades son evidentes, que todos los hombres son creados iguales, que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables, que entre éstos se encuentran la Vida, la Libertad y la búsqueda de la Felicidad”. Verdades evidentes y derechos inalienables no se mezclan fácilmente con la idea de ciudadanía.

En cuarto lugar, aun si uno aceptara la validez general de las teorías del contrato social, como hace la Declaración de la Independencia al proclamar que “para asegurar esos derechos, los Gobiernos se instituyen entre los hombres, derivando sus poderes justos del consentimiento de los gobernados”, de eso no se sigue que el contrato proteja únicamente a las partes y el resto este completamente excluido; esto es, que sólo aquellos que se encuentran políticamente legitimados y continúan legitimando el contrato social (ya sea ejerciendo su derecho a votar o a presentarse en las elecciones) son quienes pueden beneficiarse de este.³¹ En otras palabras, uno puede sostener que los gobiernos se fundan en el consentimiento de sus gobernados, quienes derivan sus poderes de ese consentimiento y son responsables ante sus ciudadanos, y que los gobiernos también deben ciertos deberes básicos hacia los extranjeros. Ambas premisas no son necesariamente incompatibles.

Si bien la idea del pacto social inspiró la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos en la aplicación de derechos

³⁰ La cuarta enmienda, por su parte, habla del “pueblo”. *Constit. de EE.UU.*, IV enmienda.

³¹ Si ese fuera el caso, entonces esos grupos de personas a los que se les negó históricamente el derecho al voto (por ejemplo, las mujeres, los afroamericanos o los pobres) tampoco tendrían derecho a la protección constitucional. Por otro lado, a través de la historia de Estados Unidos el derecho al voto no estaba inextricablemente ligado a la ciudadanía y la mayoría de los estados de Estados Unidos han experimentado el voto de extranjeros. Véase en general Jamin B. Raskin, *Legal Aliens, Local Citizens: The Historical, Constitutional and Theoretical Meanings of Alien Suffrage*, 141 *U. Pa. L. Rev.* 1391 (1993).

constitucionales a los extranjeros y en el extranjero, como en el caso Verdugo, sería exagerado argumentar que la jurisprudencia de la Corte se basa en una gran teoría coherente. Más bien, la falta de guías textuales específicas en la Constitución le permite a la Corte realizar su propio enfoque sobre la marcha, y esto es lo que sigue haciendo hasta hoy.³² La jurisprudencia de la Corte nunca ha sido consistente –ha oscilado entre impulsos universalistas de proteger los derechos fundamentales de todas las personas y el miedo de que esta protección se torne incontrolable en la práctica, lo cual ha llevado a que recurra a la ciudadanía como un principio limitante–.

Así, por ejemplo, la mayoría de la Corte en el caso Eisentrager³³ sostuvo que los nacionales no estadounidenses encarcelados por las Fuerzas Armadas estadounidenses en la Alemania ocupada no tenían, constitucionalmente, un derecho a un habeas corpus. El juez Jackson, justificando la falta de protección a los extranjeros, escribió que “la ciudadanía como fuente de competencia y como motivo de protección ya era vieja cuando Pablo la invocó en su apelación al César. Los años no han destruido ni disminuido la importancia de la ciudadanía, ni han minado la vitalidad de los reclamos de protección de un ciudadano a su gobierno”.³⁴ Por otro lado, el juez Black sostuvo a favor de la minoría que:

“Pablo fue lo suficientemente afortunado de ser un ciudadano romano cuando fue víctima de cargos perjudiciales; ese estatus privilegiado le permitió apelar a Roma, con el derecho de conocer a sus “acusadores cara a cara”. Actas: 25:16. Pero otros discípulos martirizados no fueron tan afortunados. Nuestra Constitución ha llevado a personas en todas partes a creer que, donde sea que el control de nuestras leyes alcance, todas las personas, ciudadanos o no, tendrían la misma oportunidad frente a la justicia penal... Nuestra nación cree en la dignidad de los seres humanos como tales sin importar de qué nacionalidad sean o donde sea que vivan”.³⁵

³² Cf. *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723 (2008) (sentencia 5-4) (sostiene que los ciudadanos no estadounidenses presos en Guantánamo tienen el derecho constitucional a un habeas corpus).

³³ *Johnson v. Eisentrager*, 339 U.S. 763 (1950).

³⁴ *Id.*, pág. 769.

³⁵ *Id.*, pág. 798.

Podemos observar claramente como la mayoría en Eisentrager hizo énfasis en la ciudadanía aun cuando su inquietud principal era práctica; esto es, cómo podría aplicarse un habeas corpus a miles de prisioneros de guerra extranjeros. Por su parte, la minoría utilizó el lenguaje de la universalidad invocando “la dignidad humana como tal, sin importar la nacionalidad”, y el caso Eisentrager no fue el único caso que demostró el profundo desacuerdo entre jueces en la justificación normativa de los derechos fundamentales. Como demuestran claramente los trabajos de Kal Raustiala³⁶ y Gerald Neuman³⁷, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha ido y venido entre unas cuantas ideologías y consideraciones de políticas públicas. Sus decisiones sobre la aplicabilidad de la Constitución a los extranjeros y nacionales tanto dentro, como fuera del territorio estadounidense no están escritas en piedra, sino que necesitan ser reevaluadas críticamente de forma continua.

En este sentido, basar derechos fundamentales en la ciudadanía está abierto a críticas por ser moralmente arbitrario.³⁸ En la gran mayoría de los casos adquirimos la ciudadanía simplemente por el azar del nacimiento y no por merecimiento (por ejemplo, porque hemos prestado servicio en las fuerzas armadas, o hecho alguna otra contribución a la sociedad). Considere, por ejemplo, el derecho a la vida –en el contexto constitucional estadounidense el derecho a no quitarle la vida a alguien sin el debido proceso de la ley– y el debate en torno al uso de drones para asesinatos selectivos de presuntos terroristas. Compare ahora los casos de Anwar al-Awlaki, el pastor islámico militante asesinado por un ataque de drones estadounidenses en Yemen el 30 de septiembre de 2011³⁹, y el del asesinato de un, innegablemente inocente, niño de 10 años por un drone estadounidense en Yemen el 9

³⁶ Kal Raustiala, *Does the Constitution Follow the Flag? The Evolution of Territoriality in American Law* (2009).

³⁷ Gerald L. Neuman, *Whose Constitution?* 100 *Yale L.J.* 909 (1991); Gerald L. Neuman, *The Extraterritorial Constitution after Boumediene v. Bush*, 82 *S. Cal. L. Rev.* 259 (2009). Véase también Gerald L. Neuman, *Strangers to the Constitution: Immigrants, Borders, and Fundamental Law* (1996).

³⁸ Véase, por ejemplo, David Cole, *Enemy Aliens: Double Standards and Constitutional Freedoms in the War on Terrorism* (2003).

³⁹ Martin Chulov, *Al-Qaeda Cleric Anwar al-Awlaki is Dead, says Yemen*, *The Guardian* (30 de septiembre de 2011), <http://www.theguardian.com/world/2011/sep/30/anwar-al-awlaki-dead>.

de junio de 2013.⁴⁰ Necesitamos repensar seriamente cualquier teoría que argumente que al-Awlaki, un enemigo declarado de los Estados Unidos que deseaba nada menos que destruir su pacto social –pero que le tocó nacer en suelo estadounidense– tenía el derecho constitucional a que no le arrebatasen su vida sin ser sometido antes a un debido proceso, mientras que el niño extranjero que era perfectamente inocente no tenía ese derecho. Y es precisamente sobre la base de esa idea que el ataque contra al-Awlaki fue llevado a cabo.⁴¹

La plausibilidad de la consideración contractualista basada en la ciudadanía es deteriorada por esta inconsistencia manifiesta. Nótese cómo aun entre los contractualistas más fervientes no es habitualmente aceptado que los extranjeros tienen derechos constitucionales una vez que se encuentran en territorio estadounidense. Esto es simplemente obvio. Sin embargo, la obviedad raramente se explicó de otra forma que no sea con el argumento de la tradición –siempre ha sido así– lo cual, por supuesto, no sirve de mucho normativamente.⁴² En otras palabras, si uno es titular de derechos fundamentales porque es un ciudadano y, por lo tanto, es miembro del contrato social, no es claro cómo alguien se convertiría en un miembro que merezca la protección tan solo por tocar un átomo de suelo estadounidense, como un Anteo moderno.

⁴⁰ Sarah Knuckey, Anonymous U.S. Officials Admit CIA Accidentally Killed a Yemeni Child in a Drone Strike, Just Security (18 de noviembre 2013), <http://justsecurity.org/2013/11/18/anonymous-officials-admit-cia-accidentally-killed-yemeni-child-drone-strike/>.

⁴¹ Véase Eric Holder, Att’y Gen., U.S. Dept. of Justice, Attorney General Eric Holder Speaks at Northwestern University School of Law (5 de marzo de 2012), disponible en <http://www.justice.gov/iso/opa/ag/speeches/2012/ag-speech-1203051.html>. El fiscal general Holder declaró entre otras cosas que “el gobierno debe tener en cuenta todas las consideraciones constitucionales pertinentes con respecto a los ciudadanos de Estados Unidos –incluso aquellas que justifican esfuerzos para matar a estadounidenses inocentes–. De estas, la más relevante es la cláusula de debido proceso de la quinta enmienda, que dice que el gobierno no puede privar a un ciudadano de su vida sin el debido proceso de ley”. Tenga en cuenta que la cláusula del debido proceso actualmente dice que “ninguna persona... será privada de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso de ley”. No hace ninguna mención de la ciudadanía, pero el fiscal general articuló luego lo que el debido proceso requeriría bajo determinadas circunstancias (por ejemplo, la inminencia de la amenaza y la imposibilidad de captura), límites en el uso de la fuerza letal que en su opinión no aplicarían a los no ciudadanos”.

⁴² Para una defensa de las diversas distinciones establecidas en el contexto de Estados Unidos, véase Andrew Kent, Citizenship and Protection, 82 Fordham L. Rev. 101 (2014); A Textual and Historical Case Against a Global Constitution, 95 Geo. L.J. 463 (2007).

En *Eisentrager*, el juez Jackson intentó explicar la inconsistencia al decir que “la sola presencia legal de un extranjero en el país crea una garantía implícita de condiciones de seguridad y le otorga ciertos derechos”.⁴³ Parece no menos dudoso que los derechos fundamentales dependan de un sello en el pasaporte que del pasaporte en sí. Para refutar esta teoría se necesita tan solo señalar a los extranjeros que se encuentran en el país ilegalmente, que en Estados Unidos son millones, cuyos derechos básicos merecen incuestionablemente de protección, pero que no tienen esa “garantía implícita de condiciones de seguridad”. Desde una perspectiva puramente contractualista, la soberanía territorial no puede tener una calidad de protección mágica para el extranjero –un contractualista consistente tendría que aceptar, al menos, que los extranjeros ilegales no tienen, de ninguna manera, derechos constitucionales–.⁴⁴

En otras palabras, es normativamente incoherente decir que antes de ser asesinado por el gobierno estadounidense (1) un estadounidense en territorio estadounidense tiene derecho al debido proceso; (2) un extranjero legal en territorio estadounidense (por ejemplo, un turista) tiene derecho al debido proceso; (3) un extranjero ilegal en territorio estadounidense tiene derecho al debido proceso; (4) un estadounidense fuera del territorio estadounidense también tiene derecho al debido proceso; pero únicamente (5) un extranjero fuera del territorio estadounidense no tiene derecho al debido proceso. Es imposible identificar un principio según el cual (5) pueda ser verdaderamente distinguido de (1)-(4), y jamás he visto que se haya explicado

⁴³ *Eisentrager*, 339 U.S., pág. 770.

⁴⁴ No hace falta aclarar que esta no es la posición de la legislación estadounidense. Véase, por ejemplo, *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678, 693 (2001). (“[L]a cláusula del debido proceso se aplica a todas las ‘personas’ dentro de Estados Unidos incluidos los extranjeros, si su presencia aquí es legal, ilegal, temporal, o permanente”); *Plyler v. Doe*, 457 EE.UU. 202, 210 (1982) (sostiene que “[c]ualquiera sea su condición en virtud de las leyes de inmigración, un extranjero es sin duda una ‘persona’ en el sentido ordinario del término. Los extranjeros, incluso los extranjeros cuya presencia en este país es ilegal, siempre han sido reconocidos como garantiza el debido proceso legal por la quinta y decimocuarta enmienda”); *Wong Ala v. Estados Unidos*, 163 EE.UU. 228, 238 (1896) (sostiene que “hay que concluir que todas las persona que se encuentre en el territorio de los Estados Unidos tiene derecho a la protección garantizada por la [quinta y sexta] enmienda”); *Yick Wo v. Hopkins*, 118 U.S. 356, 369 (1886) (sostiene que la “decimocuarta enmienda de la Constitución no se limita a la protección de los ciudadanos... Estas disposiciones son universales en su aplicación, a todas las personas dentro del territorio de jurisdicción, sin tener en cuenta las diferencias de raza, color o nacionalidad, y la igual protección de las leyes es una promesa de la protección de las leyes de igualitarias”).

convincentemente por qué este debería ser el caso –esta distinción es, con demasiada frecuencia, asumida, en lugar de ser discutida, y aun cuando es discutida generalmente lo es de una forma superficial⁴⁵–.

Las distinciones basadas en la ciudadanía establecidas en la legislación de Estados Unidos, así como también en las legislaciones de otros Estados involucrados en la vigilancia masiva (o, más generalmente, en posibles violaciones extraterritoriales de derechos individuales), no pueden ser justificadas simplemente recurriendo al “contrato social”. Su razón fundamental es mucho más prosaica: no se basa en una teoría moral, en un principio o en una filosofía, sino en la conveniencia política.⁴⁶ Es una característica básica de la naturaleza humana que es más fácil para nosotros descartar los intereses, emociones y derechos de aquellos que están lejos, que son diferentes a nosotros y están despersonalizados. Mientras que nuestra aprensión y nuestras intuiciones morales no nos dejarán despreciar fácilmente los derechos de un vecino con el cual vamos a sentir empatía (aun cuando sea un inmigrante ilegal), los drones en Pakistán son una historia diferente. Este también es el caso con la vigilancia –naturalmente nos preocuparemos más si nos sucede a nosotros, o a personas como nosotros, que si les sucede a extranjeros desconocidos–.

Mi punto al hacer esta digresión sustancial sobre el derecho constitucional en los Estados Unidos es que la cuestión de la aplicación extraterritorial tanto a ciudadanos como a extranjeros no estuvo

⁴⁵ Véase Informe del Grupo de Revisión, nota supra 3, pág. 152 (demuestra un argumento similar aplicable al contexto de la vigilancia).

⁴⁶ Cf. Samuel Issacharoff & Richard H. Pildes, *Drones and the Dilemma of Modern Warfare*, in *Drone Wars: The Transformation of Armed Conflict and the Promise of Law* (Peter Bergen & Daniel Rothenberg, eds., forthcoming 2014) (borrador en 18–19), disponible en <http://papers.ssrn.com/abstract=2268596> (“Diferenciar el tratamiento de las amenazas procedentes de los ciudadanos en contraposición a los no ciudadanos es una cuestión profundamente controvertida, tanto en la teoría como en el derecho internacional. En particular, cuando la fuerza se puede utilizar únicamente una vez que el ‘objetivo’ enemigo fue individualizado con seguridad, en función de sus acciones específicas, no está del todo claro por qué, en principio, un ciudadano estadounidense en la misma situación en el extranjero que presenta una amenaza idéntica a la de un no americano debería tener mayor protección legal. Como cuestión de política interna, tal vez, uno puede entender por qué los líderes políticos querrían asegurarse de que sus propios ciudadanos reciban protección especial contra la circunstancia excepcional del uso de la fuerza letal en contra de ellos por parte de su propio gobierno. Pero como cuestión de derecho, ¿por qué tendrían los gobiernos el poder de matar a los no ciudadanos que de otra manera podrían ser capturados, pero no de matar a sus ciudadanos en esa circunstancia?”).

predeterminada por los redactores de la Constitución. Más bien, es y siempre ha sido, una elección moral. En definitiva, es una elección que deberán hacer los abogados, los funcionarios públicos, los tribunales y el público general de Estados Unidos. Ellos podrán hacerlo de forma consistente, o no.⁴⁷ Y los contornos de esa elección podrán evolucionar a través del tiempo, a medida que las circunstancias cambien.

B. El declive de la ciudadanía

En efecto, ese proceso de evolución podría estar ocurriendo en este momento. Por ejemplo, en el contexto de los asesinatos selectivos, si bien el Fiscal General⁴⁸ y el Departamento de Justicia⁴⁹ argumentaron que fuera del territorio de Estados Unidos sólo los ciudadanos tenían derecho constitucional a no ser asesinados sin haber sido sometidos a un debido proceso legal, en mayo de 2013 el discurso del Presidente Obama sobre la estrategia de contraterrorismo de Estados Unidos articuló una posición un tanto diferente:

“Por supuesto que los ataques dirigidos a cualquier estadounidense plantean cuestiones constitucionales que no están presentes en otros ataques –lo cual motivó que mi gobierno remitiera información al Departamento de Justicia sobre Awlaki meses antes de que Awlaki fuera asesinado, y lo informara también al Congreso antes del ataque–. Sin embargo, el alto umbral que nos colocamos a la hora de llevar a cabo acciones letales es aplicable a todos los potenciales objetivos terroristas, sin tener en cuenta si son o no ciudadanos estadounidenses. Este umbral respeta la dignidad inherente de toda vida humana”.⁵⁰

Los estándares a los que se refirió el presidente incluyen, aparentemente, algo parecido a la certeza de que ningún civil será asesinado o herido, y la inviabilidad de la captura de un individuo específico. Si bien resulta claro que el presidente estaba articulando

⁴⁷ Véase también Marko Milanovic, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy* 67–83 (2011).

⁴⁸ Véase Holder, nota supra 40.

⁴⁹ Departamento de Justicia de EE.UU., *Lawfulness of a Lethal Operation Directed Against a U.S. Citizen Who Is a Senior Operational Leader of al-Qa’ida or An Associated Force*, disponible en http://msnbcmedia.msn.com/i/msnbc/sections/news/020413_DOJ_White_Paper.pdf.

⁵⁰ Barack Obama, presidente de los Estados Unidos, *Remarks by the President at the National Defense University* (23 de mayo de 2013) (transcripción disponible en <http://www.whitehouse.gov/photos-and-video/video/2013/05/23/president-obama-speaks-us-counterterrorism-strategy#transcript>).

estándares de políticas públicas en lugar de abogar por un cambio en la posición constitucional, también estaba diciendo que su gestión tratará a los ciudadanos y no ciudadanos de la misma manera en contextos de asesinatos selectivos.⁵¹ El estándar substantivo se convertiría entonces en el mismo –si es lo suficientemente alto, o si realmente se aplica es otra cuestión–. Y la única razón que dio el presidente para aplicar el mismo estándar fue una razón basada en una concepción universalista de los derechos individuales –la necesidad de respetar “la dignidad inherente a toda vida humana”–.

En el contexto de la vigilancia podemos observar un desarrollo similar. Al discutir el artículo 702 de la FISA, que está dirigido a extranjeros fuera del territorio estadounidense, el Grupo de Revisión del presidente advirtió en su informe la necesidad de salvaguardar los intereses legítimos de privacidad de los extranjeros y justificó las distinciones establecidas por la FISA en los siguientes términos:

“Las estrictas limitaciones que la FISA impone a la vigilancia del gobierno sobre personas estadounidenses reflejan no sólo el respeto por la privacidad individual, sino también –y fundamentalmente– una profunda preocupación sobre los potenciales abusos del gobierno dentro de nuestro propio sistema político. Las protecciones especiales a los estadounidenses deben ser, por lo tanto, entendidas como una salvaguarda crucial para la responsabilidad democrática y el autogobierno eficaz dentro del sistema político estadounidense. En vista de esa historia y esas preocupaciones, existe una buena razón para que todas las naciones promulguen restricciones especiales en la vigilancia que el gobierno puede ejercer sobre aquellas personas que participan directamente en su propio sistema de autogobierno”.⁵²

⁵¹ En simultáneo con el discurso, el gobierno lanzó una guía. Véase Press Release, The White House, Office of the Press Sec’y, Fact Sheet: U.S. Policy Standards and Procedures for the Use of Force in Counterterrorism Operations outside the United States and Areas of Active Hostilities (23 de mayo de 2013) disponible en <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2013/05/23/fact-sheet-us-policy-standards-and-procedures-use-force-counterterrorism>. Las normas sustantivas no distinguen entre ciudadanos y no ciudadanos, pero dicen que “[s]i Estados Unidos considera una operación contra un terrorista identificado como ciudadano estadounidense, el Departamento de Justicia llevará a cabo un análisis jurídico adicional para asegurarse de que tal acción puede ser llevada a cabo en contra de esa persona de conformidad con la Constitución y las leyes de los Estados Unidos”. Id.

⁵² Informe del Grupo de Revisión, *supra* nota 3, pág. 154. De forma algo cínica el informe añade que ofrecer mayor protección a las personas de Estados Unidos en comparación con las personas

Este razonamiento no es convincente. Ciertamente es verdad que la vigilancia de personas comunes en una escala masiva será perjudicial para cualquier sociedad democrática libre, y este ha sido el sello distintivo de muchos regímenes represivos, pero esto no justifica ipso facto establecer distinciones categóricas entre ciudadanos (o residentes permanentes) y extranjeros, cuyos intereses en su privacidad no son menos dignos de protección.

De hecho, la propia FISA no establece, en realidad, distinciones en la protección sobre la base de la participación directa en el sistema estadounidense de autogobierno. El artículo 702(b)(1) de la FISA establece que las medidas de vigilancia autorizadas “pueden no estar dirigidas intencionalmente a cualquier persona que se encuentre en los Estados Unidos al momento de la autorización”.⁵³ En otras palabras, un turista común o alguien que esté visitando Estados Unidos estarán igualmente protegidos por la FISA, al igual que si fueran un ciudadano estadounidense o un residente permanente, y lo mismo ocurrirá con arreglo a la Cuarta Enmienda. Y esas personas, ciertamente no participan directamente en el sistema estadounidense de autogobierno. Tampoco lo hacen los residentes permanentes en Estados Unidos, que sólo tienen el potencial derecho a participar una vez que adquieren la ciudadanía, aunque están protegidos (a diferencia de los extranjeros o residentes) por el artículo 7(b)(3) de la FISA aun cuando están en el extranjero. Es difícil determinar cómo otorgar mayores protecciones a, por ejemplo, un ciudadano estadounidense que ha estado viviendo en Francia por 30 años y no vota en las elecciones estadounidenses, en comparación con un ciudadano francés común que también vive en Francia, puede estar justificado sobre la base de una necesidad de proteger el autogobierno democrático estadounidense.

Sea como fuere, el Grupo de Revisión pasó a señalar que “hay, de hecho, razones de peso para tratar a los ciudadanos de otras naciones con dignidad y respeto” y que no hacerlo puede acarrear numerosas

no estadounidenses tiene el potencial de promover la rendición de cuentas y los ideales democráticos en el extranjero, fundamentalmente debido a que se le mostraría a otros estados cómo promulgar mayores protecciones para sus propios nacionales o residentes y así imitar a los Estados Unidos. Id.

⁵³ Foreign Intelligence Surveillance Act, 50 U.S.C. ch. 36 (énfasis agregado).

consecuencias adversas para los intereses estadounidenses.⁵⁴ Sin embargo, probablemente la razón de mayor peso para proteger la privacidad de los extranjeros, en opinión del Grupo de Revisión, sea la siguiente:

“La cuestión simple y fundamental del respeto por la privacidad personal y la dignidad humana –donde sea que la persona resida–. El derecho a la privacidad ha sido reconocido como un derecho humano básico que todas las naciones deben respetar. Tanto el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos como el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos proclaman que “[n]adie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada...” Si bien la Declaración proporciona poca información acerca de qué significa “injerencias arbitrarias”, la idea es clara. Los Estados Unidos deben ser líderes en la defensa de la protección de los derechos humanos fundamentales por todas las naciones, incluidos el derecho a la privacidad, que es central para la dignidad humana”⁵⁵

El Grupo de Revisión no sólo está usando el lenguaje de los derechos humanos y la dignidad humana, sino que está invocando directamente la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en un contexto de vigilancia extranjera. El presidente Obama también tocó el tema de la dignidad/universalidad en su respuesta al informe del Grupo de Revisión. Si bien su discurso sobre el tema se orientó principalmente hacia el público interno, el presidente, no obstante, señaló que el “resultado final es que la gente de todo el mundo, sin importar su nacionalidad, debe saber que Estados Unidos no está espionando a la gente común que no representa una amenaza a nuestra seguridad nacional, y que tomamos en cuenta sus inquietudes en torno a su privacidad en nuestras políticas públicas y nuestros

⁵⁴ Informe del Grupo de Revisión, supra nota 3, pág. 155.

⁵⁵ Id., pág. 155–56.

procedimientos. Esto aplica también a líderes extranjeros”.⁵⁶ En su directiva de política, sin embargo, el presidente fue aún más explícito:

“Todas las personas deben ser tratadas con dignidad y respeto, sin importar su nacionalidad o donde sea que residan, y todas las personas tienen intereses legítimos de privacidad en el manejo de su información personal. Las actividades de inteligencia de señales de Estados Unidos deben, por lo tanto, incluir salvaguardas apropiadas para la información personal de todos los individuos, sin importar la nacionalidad del individuo a quien pertenece la información o donde sea que resida”.⁵⁷

Las salvaguardas apropiadas con arreglo a la directiva incluyen el tratamiento de estadounidenses y extranjeros de igual manera con respecto a los procedimientos para minimizar la difusión y retención de información personal, protección de datos, acceso y calidad: “en la mayor medida posible de acuerdo con la seguridad nacional, estas políticas públicas y estos procedimientos deberán ser aplicados igualmente a la información personal de todas las personas, sin importar su nacionalidad”.⁵⁸

Uno podría señalar que la reforma del Presidente Obama es en gran medida superficial y retórica. La salvedad de “seguridad nacional” permite un espacio de maniobra amplio, y las distinciones sobre vigilancia en la legislación estadounidense (por ejemplo, en la FISA)

⁵⁶ Barack Obama, presidente de los Estados Unidos, Remarks by the President on Review of Signals Intelligence (17 de enero de 2014) (transcripción disponible en <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2014/01/17/remarks-president-review-signals-intelligence>). El presidente señaló luego que :

Dada la comprensible atención que este tema ha recibido, he dejado en claro a la comunidad de inteligencia que a menos que haya un propósito de seguridad nacional no monitoreamos las comunicaciones de los jefes de Estado y de los gobiernos de nuestros amigos y aliados. He dado instrucciones a mi equipo de seguridad nacional, así como a la comunidad de inteligencia, para trabajar con contrapartes extranjeras para profundizar nuestra coordinación y cooperación de manera de reconstruir la confianza en el futuro.

Ahora permítanme ser claro: nuestras agencias de inteligencia continuarán recopilando información sobre las intenciones de los gobiernos –por contraposición a ciudadanos ordinarios– en todo el mundo, de la misma manera que lo hacen los servicios de inteligencia de todas las demás naciones. No pediremos disculpas simplemente porque nuestros servicios puedan ser más eficaces. Pero los jefes de Estado y los gobiernos con los que trabajamos de cerca, y de cuya cooperación dependemos, deben estar seguros de que los estamos tratando como verdaderos socios. Y los cambios que he ordenado hacen precisamente eso.

⁵⁷ Office of the White House Secretary, Presidential Policy Directive — Signals Intelligence Activities/PPD-28, White House (17 de enero de 2014), <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2014/01/17/presidential-policy-directive-signals-intelligence-activities>.

⁵⁸ *Id.*

siguen estando basadas en la nacionalidad o el estatus migratorio. Aun así, la retórica en sí sigue siendo importante. El reconocimiento explícito de que los extranjeros tienen intereses de dignidad y privacidad que merecen ser respetados es de gran importancia, y socava el pensamiento contractualista excluyente que impregna gran parte del área. También es consistente con una disminución general de la importancia de la ciudadanía en un mundo globalizado.⁵⁹

Sin embargo, esto no quiere decir que Estados Unidos haya adoptado completamente una visión universalista de los derechos individuales. La situación es más bien una de constante cambio, en un proceso que es tanto político como cultural, y en definitiva podría no unirse en torno a los derechos de los extranjeros o podría cumplir sólo de palabra. Quién sabe, por ejemplo, qué traerán las próximas elecciones, o si lo que ya se ha avanzado podría llegar a ser una víctima más de un posible ataque terrorista.

C. Ciudadanía y Derechos humanos

La política de Estados Unidos está en proceso de decidir si los derechos fundamentales deben estar basados en la ciudadanía. Sin embargo, cualquiera sea la elección que se tome en última instancia en Estados Unidos, está ya ha sido tomada en el sistema internacional de derechos humanos. Por definición, los derechos humanos no pueden depender sólo de la nacionalidad. Los tratados de derechos humanos no son pactos sociales y su aplicabilidad tampoco puede depender de un criterio moralmente arbitrario, como el azar del lugar de nacimiento; al contrario, están basados en la idea de que todos los seres humanos poseen una dignidad inherente que merece de protección.⁶⁰ Como bien ha dicho Ronald Dworkin, “en el ámbito de los derechos humanos no hay lugar para los pasaportes”.⁶¹

⁵⁹ Véase, por ejemplo, Peter J. Spiro, “Sovereignism’s Twilight”, 31 Berkeley J. Int’l L. 307 (2013).

⁶⁰ Nótese, en este sentido, el fuerte respaldo que la DUDH presenta en su preámbulo a la idea de que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana” y la idea en su artículo primero de que “[t]odos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

⁶¹ Ronald Dworkin, *Is Democracy Possible Here?* 48 (2006).

La idea de la universalidad de los derechos humanos nació de una experiencia un tanto amarga. La historia nos ha enseñado que predicar que los derechos fundamentales vienen dados por la ciudadanía permite que esos derechos sean negados si la ciudadanía es revocada o reducida. Basta tan sólo con mencionar la emancipación de los judíos alemanes bajo las Leyes de Nuremberg de 1935⁶² o la privación de la ciudadanía a los sudafricanos mediante la creación de los bantustanes y la aprobación de la Ley de Ciudadanía de los Estados Negros (*Black States Citizenship Act*).⁶³ Si bien no existe una relación causal inevitable entre, por un lado, el apartheid y el genocidio y, por otro lado, asignar derechos en función de la ciudadanía, sabemos a dónde puede llevarnos *in extremis* ese camino. Es por esto que la jurisprudencia de los derechos humanos, fuera de las áreas relativamente estrechas de la inmigración y los derechos políticos, ha tratado a la nacionalidad como una base potencialmente prohibida de discriminación, y ha permitido distinciones basadas en la ciudadanía sólo cuando éstas tengan justificaciones objetivas y razonables.⁶⁴

⁶² Véase en general Henry Friedlander, *The Origins of Nazi Genocide: From Euthanasia to the Final Solution* 24–25 (1995).

⁶³ Véase en general John Dugard, *Human Rights and the South African Legal Order* (1978); James Crawford, *The Creation of States in International Law* 338–348 (2nd ed. 2007).

⁶⁴ Véase, por ejemplo, *Gaygusuz v. Austria* (sentencia), App. No. 17371/90, 1996-IV TEDH párr. 42, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58060> (se sostuvo que “tendrían que presentarse razones de mucho peso para que el Tribunal considere un trato diferente basado exclusivamente en la nacionalidad como compatible con el Convenio”). El holding en *Gaygusuz* se afirmó, por ejemplo, en *Andrejeva v. Latvia* (sentencia), App. No. 55707/00, TEDH (2009), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-91388>; Comité de Derechos Humanos de la ONU, Observación General No. 15: La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto (1986), párr. 2, disponible en <http://www.refworld.org/docid/45139acfc.html> (“[L]a norma general es que se garanticen todos y cada uno de los derechos reconocidos en el Pacto, sin discriminación entre nacionales y extranjeros. Los extranjeros se benefician del requisito general de no discriminación respecto de los derechos garantizados, conforme al artículo 2 del Pacto. Esta garantía debe aplicarse por igual a extranjeros y nacionales. Excepcionalmente, algunos de los derechos reconocidos en el Pacto son expresamente aplicables sólo a los ciudadanos (art. 25), en tanto que el artículo 13 es aplicable sólo a los extranjeros”) y párr. 7 (“En consecuencia, los extranjeros tienen el derecho inherente a la vida, protegido por la ley, y no pueden ser privados de la vida arbitrariamente. el respeto a la dignidad inherente de su persona. Un extranjero no puede ser encarcelado por no cumplir una obligación contractual... Los extranjeros no pueden ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio ni su correspondencia... Los extranjeros tienen derecho a la protección de la ley en pie de igualdad. No debe haber discriminación entre extranjeros y nacionales en la aplicación de estos derechos. Estos derechos de los extranjeros quedarán restringidos sólo por las limitaciones que puedan imponerse legalmente con arreglo al Pacto”); Comité de Derechos Humanos de la ONU, Observación general No. 31. La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados

En este sentido, de la discusión precedente podemos extraer dos lecciones básicas sobre la aplicabilidad de los tratados de derechos humanos a los programas de vigilancia extranjera:

En primer lugar, la cuestión preliminar sobre si las personas poseen en general derechos humanos, y específicamente el derecho a la privacidad, vis-à-vis a un Estado particular no debería, en principio, depender de si tienen la nacionalidad de ese Estado. Cuando nos referimos a la interpretación de cláusulas de jurisdicción en tratados de derechos humanos, que trataré más adelante, un individuo no puede estar dentro de la jurisdicción de un Estado simplemente porque es nacional de ese Estado.⁶⁵ En otras palabras, si el Reino Unido interceptara simultáneamente comunicaciones electrónicas de un nacional suyo y un extranjero que viven fuera del país, o bien ambos o bien ninguno tiene derechos humanos vis-à-vis el Reino Unido. El ciudadano no debe recibir un trato preferencial.

En segundo lugar, si los tratados de derechos humanos aplican a una interceptación particular (o a cualquier otra actividad de vigilancia), y el Estado que intercepta distingue sobre la base de la nacionalidad (como hacen muchos), esto podría tener consecuencias no sólo en relación con las garantías de privacidad en los tratados, sino también con sus disposiciones sobre igualdad y no discriminación. Una distinción basada en la igualdad sólo estaría justificada si persigue un fin legítimo (como

Partes en el Pacto, Doc. de la ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004) {de ahora en más Observación General No. 31} (“Como se indica en la Observación General N° 15 aprobada en el 27º período de sesiones (1986), el disfrute de los derechos del Pacto no se restringe a los ciudadanos de los Estados Parte, sino que debe también extenderse a todos los individuos, independientemente de su nacionalidad o de su situación apátrida, como las personas en búsqueda de asilo, los refugiados, los trabajadores migrantes y otras personas, que pueden encontrarse en el territorio o estar sometidos a la jurisdicción del Estado Parte”). Comité de las Naciones Unidas por la eliminación de discriminación racial, Recomendación General No. 30: sobre la discriminación contra los no ciudadanos, Doc. de la ONU CERD/C/64/Misc.11/rev.3 (2004).

⁶⁵ Como cuestión formal, esto es así porque el concepto de jurisdicción estatal en los tratados de derechos humanos no es el mismo que el de la jurisdicción de un estado para establecer su derecho interno, según el cual la nacionalidad es una base reconocida de jurisdicción. El hecho de que, por ejemplo, los Estados Unidos tenga leyes penales que tipifiquen el delito de homicidio cometido por uno de sus propios ciudadanos en el extranjero, o legislación tributaria que requiera que sus ciudadanos residentes en el exterior paguen impuestos al gobierno de Estados Unidos (ambos son ejercicios de la jurisdicción prescriptiva), no quiere decir que un americano que comete un asesinato en París o no paga sus impuestos en Estados Unidos esté sujeto ipso facto a la jurisdicción de Estados Unidos en el sentido del art. 2(1) del PIDCP. Véase en general Milanovic, *supra* nota 46, págs. 19–41.

la protección de la seguridad nacional) y las medidas adoptadas sirven para ese fin y son proporcionadas.⁶⁶ Si el fundamento para proteger los intereses de privacidad es el valor de la autonomía y la independencia de las personas –de permitirles llevar adelante su vida sin interferencia del Estado–, entonces las distinciones basadas únicamente en la nacionalidad serían difíciles de justificar.⁶⁷ Esto es así simplemente porque no se puede argumentar razonablemente que los extranjeros como clase son inherentemente más peligrosos para la seguridad de un Estado que sus propios ciudadanos o residentes permanentes (por ejemplo, los atentados terroristas del 7 de julio de 2005 en el metro de Londres fueron llevados a cabo por nacionales del Reino Unido, los tiroteos masivos del 5 de noviembre de 2009 en Fort Hood, Texas, por Nidal Hasan, un ciudadano estadounidense y quien era en ese entonces un comandante de las fuerzas armadas de Estados Unidos, y el atentado del 15 de abril de 2013 en la maratón de Boston fue cometido por los hermanos Tsarnaev, uno de los cuales era un ciudadano estadounidense y el otro, un residente permanente).⁶⁸

Esto no quiere decir, por otro lado, que no deben trazarse distinciones sobre la base de la ubicación o el tipo de vigilancia u otra característica individual del objetivo. No obstante, para el Reino Unido sería difícil justificar, por ejemplo, tener un régimen de vigilancia para sus nacionales que viven en el país, y otro para los extranjeros que están también en el país, o tratar a ciudadanos y extranjeros de una forma radicalmente diferente en un contexto extraterritorial.⁶⁹ Es por esto que, por ejemplo, en el caso Belmarsh la Cámara de los Lores derogó la orden del gobierno del Reino Unido post 9/11 que planteaba una excepción al

⁶⁶ Véase texto supra acompañando nota 63.

⁶⁷ Cf. la discusión en el Informe del Grupo de Revisión, supra nota 3, pág. 156-57, sobre cómo algunas distinciones serían “garantizadas por la obligación especial que el gobierno de Estados Unidos tiene con respecto al ‘pueblo’ de los Estados Unidos”.

⁶⁸ Véase también Sandra Laville, MI5 Chief Says 34 UK Terror Plots Disrupted Since 7/7 Attacks, *The Guardian* (7 de noviembre de 2013), <http://www.theguardian.com/uk-news/2013/nov/07/mi5-chief-34-uk-terror-plots-disrupted> (informe sobre el testimonio del jefe del Servicio de Seguridad del Reino Unido (MI5) ante el Comité de Inteligencia y Seguridad del Parlamento, afirmando que “hay miles de personas en este país que apoyan la violencia extrema o participan en ella, los planes terroristas con los que hemos tratado lidiado casi todos de esas personas”).

⁶⁹ El Reino Unido, a diferencia de los Estados Unidos, no discrimina sobre la base de la nacionalidad, RIPA distingue únicamente entre comunicaciones internas y externas, véase nota supra 25.

artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que permitía la detención de extranjeros en forma preventiva, sobre la base de que distinguir entre nacionales y extranjeros en contextos de contraterrorismo era desproporcionado, discriminatorio e irracional.⁷⁰ Esta fue también la conclusión por unanimidad de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a pesar de que estaba dispuesta a otorgarle una importante deferencia al Reino Unido en la determinación de si una emergencia que amenazara la vida de la nación en el sentido del artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos existió y qué medidas eran apropiadas para tratar con esa emergencia:

“La decisión del gobierno y del parlamento de adoptar una medida de inmigración para hacer frente a lo que era esencialmente un problema de seguridad no abordó adecuadamente el problema, y le impuso una carga desproporcionada y discriminatoria a la detención indefinida de un grupo de sospechosos de terrorismo. Tal como señaló la Cámara de los Lores, no existía una diferencia importante en el potencial impacto adverso de la detención sin cargos de un nacional o de un extranjero que en la práctica no podía dejar el país por miedo a ser torturado en el extranjero... El Tribunal señala que las cortes nacionales, incluida la Comisión Especial de Apelaciones sobre Inmigración (SIAC, por sus siglas en inglés), que vieron el material tanto abierto como cerrado, no estaban convencidas de que la amenaza de los extranjeros era más seria que la de los nacionales. En conclusión, el Tribunal, como la Cámara de los Lores, y contrariamente a lo que afirmaba el gobierno, concluyó que las medidas de excepción fueron desproporcionadas al discriminar injustificadamente entre nacionales y extranjeros”.⁷¹

En suma, uno no puede escapar a la conclusión de que conforme con la lógica moral de las normas de derechos humanos, los ciudadanos y los extranjeros merecen igual protección de sus derechos en general, y particularmente de su privacidad. En el contexto del contraterrorismo y la vigilancia, los extranjeros no representan inherentemente una

⁷⁰ A. v. Sec'y of State for the Home Dep't, [2004] UKHL 56, [2005] 2 A.C. 68 (H.L.) [43] (apelación tomada de Ingl).

⁷¹ A. c. Reino Unido (sentencia), App. No. 3455/05, TEDH. párr. 186–90 (2009), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-91403>.

amenaza mayor para la seguridad del estado que los propios ciudadanos, ni tiene inherentemente mayor valor o interés para el Estado su información privada.⁷² Si la ciudadanía es normativamente irrelevante para la cuestión preliminar de si un tratado de derechos humanos es aplicable a un acto particular de vigilancia, y puede ser relevante sólo para la cuestión sustantiva de fondo sobre si el derecho a la privacidad o la prohibición de la discriminación han sido violados, entonces la cuestión verdaderamente crítica es el alcance territorial de los tratados de derechos humanos sobre la base de la ubicación del individuo y/o la interferencia con sus derechos, sin importar la nacionalidad de esa persona. Con esto en mente, analizaremos si el texto del PIDCP puede ser aplicado extraterritorialmente.

III. INTERPRETANDO EL PIDCP

A. Comparación entre el PICDP y el CEDH

El alcance de muchos de los tratados de derechos humanos es, al menos parcialmente, determinado por cómo interpretamos sus cláusulas de jurisdicción y, en este punto, podemos observar algunas diferencias importantes. Limitaré mi análisis únicamente al PIDCP y el CEDH –el primero porque la mayoría de los Estados involucrados en vigilancia en el extranjero son parte de este (como los Estados Unidos) y el último por la relativa fuerza e influencia de su mecanismo de cumplimiento y la extensiva jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en temas relativos a la aplicación territorial–.⁷³ Esta sección abordará específicamente el PIDCP, el tratado de derechos humanos con más ratificaciones (con 168 Estados Parte hasta el momento)⁷⁴ que protege el derecho a la privacidad y cuyo texto presenta problemas de interpretación únicos que no encontraremos en otros tratados de derechos humanos. En esta sección trataré también la posición categórica contra la aplicación extraterritorial del PIDCP que

⁷² En todo caso, el valor de la información de las personas que viven en el estado, la mayoría de los cuales serían sus ciudadanos, sería mayor debido a que cuando estos individuos están presentes en su propio territorio tienen un mayor potencial de dañar el territorio, como fue con el caso de los secuestradores del 9/11.

⁷³ Véase en general Milanovic, *supra* nota 46.

⁷⁴ Estado de ratificaciones del PIDCP, *supra* nota 5.

ha adoptado Estados Unidos, el Estado con la capacidad de vigilancia electrónica más sofisticada.

El artículo 2(1) del PIDCP establece que “[c]ada uno de los Estados Parte en el presente Pacto se comprometen a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto” y el artículo 1 del CEDH estipula que “Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio”. La diferencia principal entre las dos disposiciones es la mención que el PIDCP hace del territorio. El PIDCP también distingue explícitamente entre obligaciones de respetar y de garantizar los derechos humanos, mientras que el CEDH menciona la obligación de respetar en el título del artículo 1, pero sólo la obligación de garantizar en el texto del artículo.⁷⁵

La palabra mágica en ambos textos es “jurisdicción” (estatal), pero la pregunta que surge es si la referencia aparentemente conjuntiva al territorio que hace el PIDCP admite cualquier aplicación extraterritorial; por ejemplo, si un individuo que está sujeto a la jurisdicción, pero que no se encuentra dentro del territorio del Estado puede ser protegido por el PIDCP. Si el PIDCP puede, en principio, ser aplicado extraterritorialmente, la pregunta que sigue es si las interpretaciones del PIDCP y el CEDH en este sentido deben alinearse o no, teniendo en cuenta las diferencias entre los dos textos.

B. La posición de Estados Unidos sobre el PIDCP

Estados Unidos ha argumentado que el texto del Pacto excluye cualquier tipo de aplicación extraterritorial, es decir, que un individuo que no se encuentra en el territorio sobre el cual un Estado tiene soberanía nunca tendrá derechos con arreglo a un tratado vis-à-vis con ese Estado. Sin embargo, las posturas de Estados Unidos acerca de la aplicación extraterritorial del PIDCP no han sido tan claras, de larga data

⁷⁵ Sobre obligaciones positivas de la CEDH y el PIDCP, véase en general Pieter van Dijk et al., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* 13 (4ta ed. 2006); Manfred Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary* 37-41 (2da ed. 2005). Volveré más adelante sobre la distinción entre obligaciones positivas y negativas.

o basadas en principios como algunos afirman.⁷⁶ Es cierto que, durante la redacción del Pacto, Estados Unidos propuso modificar el lenguaje original del que luego sería el artículo 2(1) –la fórmula “*bajo su jurisdicción*”, que fue adoptada por los redactores del CEDH⁷⁷– de modo que se convirtió en “*que se encuentren dentro de su territorio y estén sujetos a su jurisdicción*”.⁷⁸ El gobierno de George W. Bush hizo uso de este cambio en el contexto de la “guerra contra el terrorismo” así como del artículo de Michael Dennis en el *American Journal of International Law*.⁷⁹ Sin embargo, no sólo los *travaux* más ambiguos que lo que el gobierno de Estados Unidos ha afirmado, sino que es simplemente incorrecto afirmar que la posición de Estados Unidos ha sido consistente a lo largo de medio siglo. De hecho, la historia de la redacción y adopción del PIDCP está plagada de interrupciones y retrasos.⁸⁰ La redacción principal del texto fue realizada en su mayoría entre 1947 y 1954, y Estados Unidos participó activamente. No obstante, las divisiones ideológicas que vinieron de la mano de la Guerra Fría hicieron imposible que los Estados se pusieran de acuerdo sobre lo que era en ese entonces un único pacto de derechos humanos. Luego de mucha discusión, se tomó la decisión política de dividir el pacto en dos, lo cual derivó en más deliberaciones y en la adopción y apertura a firmas del PIDCP y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) en 1966. Ambos pactos entraron en

⁷⁶ Véase, por ejemplo, Cable from the Permanent Mission of the United States to the United Nations in Geneva, Comité de Derechos Humanos de la ONU – USG July 17018 Public Hearing, <http://www.state.gov/documents/organization/131739.pdf>, párr. 12 (señala la oposición de los miembros del Comité de Derechos Humanos a la posición “de larga data y principista” de Estados Unidos de que el PIDCP no es aplicable a las actividades de los Estados Parte fuera de su territorio); Ashley Deeks, Does the ICCPR Establish an Extraterritorial Right to Privacy?, *Lawfare* (14 de noviembre de 2013) <http://www.lawfareblog.com/2013/11/does-the-iccpr-establish-an-extraterritorial-right-to-privacy/> (señala la posición de Estados Unidos de que el ámbito de aplicación del PIDCP limita su aplicación a la actividad del Gobierno de Estados Unidos tan sólo en el territorio de Estados Unidos).

⁷⁷ Véase 3 Collected Edition of the “Travaux Préparatoires” of the European Convention on Human Rights 260 (1976).

⁷⁸ Véase Marc Bossuyt, Guide to the “Travaux Préparatoires” of the International Covenant on Civil and Political Rights 49 (1987).

⁷⁹ Véase Michael J. Dennis, Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation, 99 *Am. J. Int'l L.* 119 (2005).

⁸⁰ Sobre el proceso de redacción del PIDCP véase, por ejemplo, Bossuyt, *supra* nota 77; Karen da Costa, The Extraterritorial Application of Selected Human Rights Treaties 17–40 (2012); Michal Gondek, The Reach of Human Rights in a Globalizing World: Extraterritorial Application of Human Rights Treaties 75–120 (2009).

vigencia diez días después, en 1976. Estados Unidos no firmó ninguno de los dos pactos hasta el 5 de octubre de 1977, durante el gobierno de Carter.⁸¹ Finalmente, ratificó el PIDCP en 1992, durante el gobierno de George H. W. Bush y nunca ratificó el . Finalmente, ratificó el PIDCP en 1992, durante el gobierno de George H. W. Bush y nunca ratificó el PIDESC.⁸²

Lejos de tener una posición consistente contra la aplicación extraterritorial del PIDCP, durante gran parte de este extenso período ni Estados Unidos ni otros Estados expresaron algún tipo de visión clara, y mucho menos un acuerdo sobre el alcance territorial del Pacto. Una lectura profunda de los *travaux* en las etapas principales de la redacción muestra una completa falta de coherencia conceptual entre los redactores. El alcance territorial fue uno de los tantos temas que consideraron, y a pesar de que algunos Estados estaban preocupados por la aplicación del Pacto a problemas específicos (especialmente que el Pacto no debería exigirles que protejan a sus nacionales en el extranjero contra otros Estados o que legislaran sobre el pueblo de la Alemania ocupada), los trabajos preparatorios son notablemente poco útiles en lo que respecta a cualquier principio sobre la interpretación del artículo 2(1).⁸³ Ciertamente, los *travaux* no expresan una posición clara de los redactores de que el Pacto nunca debería ser aplicado extraterritorialmente. De hecho, esta fue la conclusión a la que llegó la Corte Internacional de Justicia (CIJ) al observar los *travaux* en el caso de las Consecuencias Jurídicas de la Construcción de un Muro en el

⁸¹ Véase estado de ratificaciones del PIDCP, supra nota 5 (detalla el estado de firma y ratificación del PIDCP por los estados miembros de la ONU); véase también Id., https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?mtdsg_no=iv-3&chapter=4&lang=en. (detalla el estado de firma y ratificación del PIDESC por los estados miembros de la ONU).

⁸² Id.

⁸³ Véase Milanovic, supra nota 45, pág. 222–27.

Territorio Palestino Ocupado⁸⁴, y es también la conclusión de otros exámenes detallados.⁸⁵

Luego de la adopción del texto del PIDCP vinieron varias décadas de silencio durante las cuales el tema de la aplicación extraterritorial del PIDCP no estaba en la agenda de nadie. Cuando el primer gobierno de Bush inició el proceso de ratificación en el Senado estadounidense, no se mencionó la cuestión de la aplicación extraterritorial del PIDCP.⁸⁶ Ni siquiera surgió el tema en el informe inicial de Estados Unidos frente al Comité de Derechos Humanos⁸⁷, aun cuando los primeros casos del Comité en los que se decidió que el Pacto podía ser aplicado extraterritorialmente eran anteriores tanto al informe como a la ratificación estadounidense.⁸⁸

La primera ocasión en la cual el gobierno estadounidense enunció claramente la posición de que el Pacto no podría ser aplicado extraterritorialmente en ningún caso fue cuando se discutió su informe

⁸⁴ Véase Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, Opinión Consultiva, 2004 C.I.J. 136, 179 (9 de julio), disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/131/1671.pdf> (afirma que “los trabajos preparatorios del Pacto confirman la interpretación del Comité [de Derechos Humanos] del artículo 2 de dicho instrumento. Estos muestran que, al adoptar el texto elegido, los redactores del Pacto no tenían la intención de permitir a los Estados eludir sus obligaciones en el ejercicio de la jurisdicción fuera de su territorio nacional. Sólo tenían por objeto evitar que las personas residentes en el extranjero hagan valer los derechos, vis-à-vis su Estado de origen, derechos que no recaen dentro de la competencia de ese Estado, sino de la del Estado de residencia”).

⁸⁵ Véase Da Costa, *supra* nota 78, en 40; Gondek, *supra* nota 78, en 118-119; Noam Lubell, *Extraterritorial Use of Force against Non-State Actors* 195 (2010); Peter Margulies, *The NSA in Global Perspective: Surveillance, Human Rights, and International Counterterrorism*, 82 *Ford. L. Rev.* 2137 (2014); Nigel Rodley, *The Extraterritorial Reach and Applicability in Armed Conflict of the International Covenant on Civil and Political Rights*, 5 *Eur. Hum. Rts. L. Rev.* 628 (2009); Margaret Satterthwaite, *Rendered Meaningless: Extraordinary Rendition and the Rule of Law*, 75 *Geo. Wash. L. Rev.* 1333, 1361 (2007); Beth Van Schaack, *The United States' Position on the Extraterritorial Application of Human Rights Obligations*, 90 *Int'l L. Stud.* 20 (2014).

⁸⁶ El Senado ciertamente no hizo declaraciones en ese sentido, véase S. Exec. Rep. No. 102-23 (1992), disponible en http://sitemaker.umich.edu/drwcasebook/files/senate_committee_on_foreign_relations_report_on_the_ccpr.pdf.

⁸⁷ Comité de Derechos Humanos de la ONU, Examen de los informes presentados por los Estados Parte en virtud del artículo 40 del Pacto, Doc. de la ONU CCPR/C/81/Add.4 (24 de agosto de 1994).

⁸⁸ Véase, por ejemplo Comité de Derechos Humanos de la ONU, López c. Uruguay, *Comm. No. R.12/52*, párr. 12.1-12.3, Doc. de la ONU Supp. No. 40 (A/36/40), pág. 176 (1981); Comité de Derechos Humanos de la ONU, Montero c. Uruguay, *Comm. No. 106/1981*, párr. 5, Doc. de la ONU CCPR/C/OP/2.

inicial frente al Comité en marzo de 1995, y lo hizo en respuesta a la pregunta de un miembro del Comité:

“Mr. Klein había preguntado si Estados Unidos tomaba la postura de que el Pacto no era aplicable a las acciones del gobierno fuera de Estados Unidos. No se consideraba que el Pacto tuviera aplicación extraterritorial. En general, cuando el alcance de la aplicación de un tratado no estaba especificado, se presumía que se aplicaba sólo dentro del territorio de cada parte. El artículo 2 del Pacto establecía expresamente que cada Estado Parte se obligaba a respetar y asegurar los derechos reconocidos “*a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción*”. Este requisito doble restringió el alcance del Pacto a personas bajo la jurisdicción de Estados Unidos y dentro del territorio estadounidense. Durante la historia de la negociación, las palabras “*que se encuentren en su territorio*” fueron debatidas e incluidas por voto, con el entendimiento claro de que esa redacción limitaría las obligaciones a aquellas que se encuentren dentro del territorio del Estado Parte”.⁸⁹

Nótese cómo el representante estadounidense presentó tres argumentos contra la aplicación extraterritorial del PIDCP: 1) la existencia de una presunción por defecto contra la aplicación extraterritorial; 2) el significado ordinario de “*que se encuentren en su territorio*” junto con el conjuntivo “y”; 3) el “entendimiento claro” en tal sentido, de los trabajos preparatorios. De estos tres argumentos, sólo el 2) verdaderamente tiene valor, el cual será desarrollado más adelante. Como ya se ha señalado con respecto al argumento 3), ciertamente no había un entendimiento claro entre los redactores sobre la aplicación extraterritorial del PIDCP –de hecho, había un acuerdo escaso–. El argumento 1) es, al menos, manifiestamente erróneo. Las presunciones contra la aplicación extraterritorial de leyes son criaturas del derecho interno. En el derecho de los tratados, la regla por defecto del artículo 29 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) es que un tratado aplica a todo el territorio del Estado, y no

⁸⁹ Comité de Derechos Humanos de la ONU, Acta resumida de la reunión No. 1405, párr. 20, Doc. de la ONU CCPR/C/SR (31 de marzo de 1995).

simplemente a partes de este. Sin embargo, la regla por defecto no tiene nada para decir respecto de la aplicación extraterritorial.⁹⁰

En suma, la declaración de Estados Unidos de 1995 frente al Comité de Derechos Humanos no fue una reiteración de una posición sostenida de larga data, sino que fue realizada dentro de su contexto político contemporáneo, particularmente la intervención en Haití de 1994-1995. De hecho, fue precisamente respecto a Haití que Theodor Meron escribió un influyente artículo en el *American Journal of International Law* de 1995 sobre la extraterritorialidad de los tratados de derechos humanos. Fue uno de los primeros tratamientos académicos del tema.⁹¹ La posición del gobierno de Clinton se vio inevitablemente influida por las dificultades prácticas que el PIDCP podría plantear en sus intervenciones extranjeras presentes y futuras. Lo mismo ocurrió con su posición similar contra la aplicación extraterritorial de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados en el caso *Sale* de 1993 frente a la Suprema Corte de Estados Unidos⁹², de nuevo sobre la crisis en Haití.⁹³

Frente a la “guerra contra el terrorismo”, el gobierno de George W. Bush estuvo feliz de seguir el camino del gobierno de Clinton. Su segundo y tercer informe periódico consolidado frente al Comité de Derechos Humanos contuvo un argumento más extenso contra la aplicación extraterritorial del Pacto.⁹⁴ Al dejar de lado el argumento 1) mencionado anteriormente respecto a una supuesta presunción por defecto contra la extraterritorialidad, el informe argumentó de nuevo que el lenguaje conjuntivo del artículo 2(1) era claro y que la imposibilidad de aplicar extraterritorialmente el PIDCP encontraba apoyo en la historia de la redacción.

⁹⁰ Para una discusión extensa al respecto véase Marko Milanovic, *The Spatial Dimension: Treaties and Territory*, in *Research Handbook on the Law of Treaties* (Christian Tams et al. eds., forthcoming 2014), disponible en <http://ssrn.com/abstract=2180597>. Véase también Milanovic, *supra* nota 46, págs. 9-11.

⁹¹ Theodor Meron, *Extraterritoriality of Human Rights Treaties*, 89 *Am. J. Int'l L.* 78 (1995).

⁹² *Sale v. Haitian Ctrs. Council*, 509 U.S. 155 (1993).

⁹³ Véase también UNHCR, *Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967* (26 de enero de 2007), disponible en <http://www.refworld.org/docid/45f17a1a4.html>.

⁹⁴ Comité de Derechos Humanos de la ONU., *Examen de los informes presentados por los Estados Parte en virtud del artículo 40 del Pacto*, Tercer Informe Periódico, Anexo I, Doc. de la ONU CCPR/C/USA/3 (28 de noviembre de 2005).

Esta posición rígida fue rechazada por el Comité de Derechos Humanos en su jurisprudencia⁹⁵ y en su Comentario General N° 31⁹⁶, así como por la Corte Internacional de Justicia⁹⁷ y gran parte de la doctrina.⁹⁸ Sin embargo, el gobierno de Bush no cedió. El gobierno de Obama, por otro lado, pareció ser de alguna manera más flexible. En su cuarto informe periódico al Comité, Estados Unidos no reafirmó su posición previa, sino que simplemente señaló esa posición y su rechazo por parte del Comité y la CIJ.

“Estados Unidos en sus apariciones anteriores frente al Comité ha articulado su posición de que el artículo 2(1) aplica únicamente a individuos que se encuentren tanto dentro del territorio del Estado Parte como dentro de la jurisdicción del Estado Parte. Estados Unidos es consciente de que en el Comentario General 31 (2004) el Comité presentó su visión de que “los Estados Parte deben, en virtud del artículo 2(1), respetar y asegurar los derechos del Pacto a todas las personas que pudieran encontrarse dentro de su territorio y a todas las personas que se encuentren bajo su jurisdicción. Es decir, que el Estado Parte debe respetar y asegurar los derechos estipulados en el Pacto a cualquier persona que se encuentre bajo el poder o el control efectivo del Estado Parte, aun si no se encuentra situado dentro del territorio del Estado Parte”. Estados Unidos también está al tanto de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia (“CIJ”), que ha señalado que el PIDCP “es aplicable a actos realizados por el Estado en ejercicio de su jurisdicción fuera de su propio territorio”, así como las posiciones adoptadas por otros Estados Parte”.⁹⁹

Por lo tanto, el gobierno dejó abierta la posibilidad de modificar su categórica posición previa. Ansioso por acelerar este proceso, el Comité trató de presionar un poco más al gobierno en su lista de cuestiones,

⁹⁵ Véase, por ejemplo, trabajo citado en supra nota 87.

⁹⁶ Supra nota 64, párr. 10.

⁹⁷ Sobre la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia sobre la aplicación extraterritorial de los tratados de derechos humanos, véase en general Ralph Wilde, *Human Rights Beyond Borders at the World Court: The Significance of the International Court of Justice's Jurisprudence on the Extraterritorial Application of International Human Rights Law Treaties*, 12 *Chinese J. Int'l L.* 639 (2013).

⁹⁸ Véase, por ejemplo, los trabajos citados en supra nota 85.

⁹⁹ Comité de Derechos Humanos de la ONU, Examen de los informes presentados por los Estados Parte en virtud del artículo 40 del Pacto, Cuarto Informe Periódico, párr. 505, Doc. de la ONU CCPR/C/USA/4 (22 de mayo de 2012).

pero Estados Unidos permaneció tímido en su respuesta, y simplemente remitió al Comité al cuarto informe estadounidense.¹⁰⁰

Sabemos ahora que la timidez del gobierno se debía a disputas internas sobre la conveniencia de abandonar la posición categórica. Una semana antes de que la delegación de Estados Unidos debiera presentar su cuarto informe al Comité en marzo de 2014, dos memorándums internos escritos por Harold Koh, el entonces asesor legal del Departamento de Estado, fueron filtrados y publicados por el *New York Times*¹⁰¹ El primer memo, que data de 2010, es sobre la aplicación extraterritorial del PIDCP¹⁰² Tortura¹⁰³.

La primera opinión, que es la que más nos interesa a nosotros aquí, argumenta con firmeza que la oposición categórica de Estados Unidos a la aplicación extraterritorial del PIDCP es fundamentalmente deficiente y debe ser abandonada. En particular, Koh está de acuerdo con los críticos de la posición estadounidense de que el lenguaje del PIDCP no es claro y está abierto a una gran cantidad de interpretaciones posibles¹⁰⁴ y que interpretar ese lenguaje como si rechazara categóricamente la aplicación extraterritorial sería contrario al objeto y fin del tratado.¹⁰⁵ Del mismo modo, después de realizar una revisión minuciosa y extensiva de los materiales gubernamentales de Estados Unidos, Koh confirma que Estados Unidos adoptó una posición categórica sólo en 1995 en las audiencias frente al Comité, donde esa posición fue “*afirmada por primera vez de modo concluyente*”.¹⁰⁶

¹⁰⁰ Comité de Derechos Humanos de la ONU, Lista de cuestiones relativa al Cuarto Informe Periódico de los Estados Unidos de América aprobada por el Comité en su 107º periodo de sesiones, párr. 2, Doc. de la ONU CCPR/C/ USA/Q/4/Add.1 (13 de septiembre de 2013)

¹⁰¹ Véase Charlie Savage, *U.S. Seems Unlikely to Accept That Rights Treaty Applies to Its Actions Abroad*, *N.Y. Times*, 7 de marzo de 2014, pág. A6, disponible en <http://www.nytimes.com/2014/03/07/world/us-seems-unlikely-to-accept-that-rights-treaty-applies-to-its-actions-abroad.html>.

¹⁰² Oficina del Asesor Jurídico del Departamento de Estado de los Estados Unidos, Memorándum de Opinión sobre el Alcance Geográfico del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (19 de octubre de 2010), disponible en <http://justsecurity.org/wp-content/uploads/2014/03/state-department-iccpr-memo.pdf> [en adelante, Opinión Koh PIDCP].

¹⁰³ Oficina del Asesor Jurídico del Departamento de Estado de los Estados Unidos, Memorándum de Opinión sobre el Alcance Geográfico de aplicación de la Convención contra la Tortura y la Aplicación en Situaciones de Conflicto Armado (21 de enero de 2013), disponible en <http://justsecurity.org/wp-content/uploads/2014/03/state-department-cat-memo.pdf>.

¹⁰⁴ Véase Opinión Koh PIDCP, supra nota 102, página 7-8.

¹⁰⁵ Id, pág. 12-13.

¹⁰⁶ Id, pág. 14; véase también Id. página 25-32.

Sin embargo, pese a los diversos puntos fuertes de su opinión, Koh no logró persuadir a los otros actores relevantes dentro del gobierno de que cambiaran su opinión, ya que había preocupaciones de que hacer eso exigiría alteraciones significativas a las políticas ya existentes de Estados Unidos; por ejemplo, con respecto a la selección o detención extraterritorial de sospechosos de terrorismo.¹⁰⁷ Quien sea que haya filtrado los dos memos al New York Times lo hizo precisamente para debilitar la credibilidad de la posición estadounidense que estaba a punto de ser reafirmada en las audiencias frente al Comité.¹⁰⁸ Y cuando la posición fue reafirmada, se encontró con un escepticismo considerable por parte de los miembros del Comité.¹⁰⁹ En sus observaciones finales, el Comité expresó su rechazo al mantenimiento por parte de Estados Unidos de su posición previa, y recomendó que esta sea reconsiderada.¹¹⁰

Para concluir, la supuesta consistencia de la posición de Estados Unidos acerca de la aplicación extraterritorial del PIDCP no debe ser exagerada. Tampoco deberíamos retratar la posición estadounidense, que hoy en día es definitivamente minoritaria internacionalmente, como una posición tradicional que actualmente es injustificable debido a la amenaza de los activistas de derechos humanos, quienes están - otra vez- tratando de imponer obligaciones a los Estados sin su consentimiento. La posición estadounidense fue rechazada desde el momento en el cual fue articulada en 1995. Lo que es cierto, tanto para el CEDH como para el PIDCP, es que hasta los 90s muy pocas personas prestaban atención de forma seria a la posibilidad de la aplicación extraterritorial de derechos humanos. Esto no es, considero, porque los Estados Parte compartían un acuerdo de que los tratados no eran

¹⁰⁷ Véase Savage, *supra* nota 101.

¹⁰⁸ Véase Marko Milanovic, Harold Koh's Legal Opinions on the US Position on the Extraterritorial Application of Human Rights Treaties, Just Security (7 de marzo de 2014, 5:09 PM), <http://justsecurity.org/2014/03/07/harold-kohs-legal-opinions-position-extraterritorial-application-human-rights-treaties/>.

¹⁰⁹ Véase Comité de Derechos Humanos de la ONU, Human Rights Committee Considers Report of the United States (14 de marzo de 2014), <http://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=14383&LangID=E>.

¹¹⁰ Véase Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Observaciones Finales sobre el Cuarto Informe de los Estados Unidos de América, versión preliminar sin editar, párr. 4 (26 de marzo de 2014), disponible en <http://justsecurity.org/wp-content/uploads/2014/03/UN-ICCPR-Concluding-Observations-USA.pdf>.

aplicables fuera de sus territorios¹¹¹, sino porque culturalmente los derechos de otros estaban en gran medida lejos de contemplación, especialmente durante la Guerra Fría. El proceso de aculturación de los derechos humanos, a través del cual la dignidad y los intereses de los demás comenzaron a ser vistos como merecedores de protección, llevó tiempo. Sin embargo, aun sí la aplicación extraterritorial de los tratados de derechos humanos, especialmente durante un conflicto armado, podía resultar impensada para la mayor parte de la vida de los tratados, este ya no es el caso hoy en día.¹¹²

C. El texto del PIDCP: Aplicando la Regla Auschwitz

La posición de Estados Unidos podría cambiar en el futuro y unirse a la mayoría actual. Que esto efectivamente suceda dependerá de desarrollos prácticos que son difíciles de predecir. , Entonces, ¿qué hacer con el texto del artículo 2 (1) del PIDCP y ese inoportuno “y” en la frase “a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción”? No debe argumentarse que la lectura del texto que hace Estados Unidos es inverosímil –lejos de eso, probablemente sea la más gramaticalmente correcta –. Sin embargo, hay al menos dos lecturas posibles del texto que podrían abrir la puerta a la aplicación extraterritorial: leer el “y” intercambiabilmente con un “o”, y leer la limitación del “que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción” como aplicable únicamente a la obligación de garantizar derechos humanos, pero no a la obligación de respetarlos.

La segunda lectura no ha recibido mucha atención.¹¹³ La primera, no obstante, fue ilustremente argumentada por Thomas Buergenthal en un artículo clásico de 1981¹¹⁴, y fue adoptada subsecuentemente por el

¹¹¹ Específicamente, un acuerdo en el ámbito del significado del artículo 31(3) (a) CVDT, el cual será necesario tener en cuenta para interpretar el tratado.

¹¹² Véase también Milanovic, *supra* nota 47, pág.5.

¹¹³ Pero véase John Cerone, *Jurisdiction and Power: The Intersection of Human Rights Law & the Law of Non International Armed Conflict in an Extraterritorial Context*, 40 *Isr. L. Rev.* 72, 124 (2007); Sarah H. Cleveland, *Embedded International Law and the Constitution Abroad*, 110 *Colum. L. Rev.* 225, 251-253 (2010); Rolf Künnermann, *Extraterritorial Application of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, en *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties* (Fons Coomans & Menno T. Kamminga, eds. 2004) 201, 227-29.

¹¹⁴ Thomas Buergenthal, *To Respect and to Ensure: State Obligations and Permissible Derogations*, en *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights* (Louis Henkin ed. 1981).

Comité de Derechos Humanos en su Comentario General N° 31, en el cual opinó que los Estados tienen la obligación de “*respetar y garantizar los derechos del Pacto a toda persona que pudiera encontrarse dentro de su territorio y a toda persona sujeta a su jurisdicción*”.¹¹⁵ La CIJ en el caso sobre El Muro consideró que el artículo 2(1) puede ser interpretado tanto conjuntivamente como disyuntivamente, y prefirió la última opción.¹¹⁶

Uno podría objetar esta interpretación como puramente instrumental, pero ese reparo no puede estar basado únicamente en la supuesta claridad del texto. Incluso en el uso diario “y” puede ser utilizado intercambiamente con “o”, o puede indicar tanto una conjunción como una disyunción. Si pregunto si quieren leche y azúcar con su café, estoy ofreciendo ambos o ninguno. Ustedes sabrían que mi “y” era, en realidad, un “y/o” no por el contexto gramatical o el significado semántico de mi pronunciación, sino por el contexto social en el cual se lleva a cabo, a saber, por el hecho de que gran cantidad de personas toman café sólo con leche o sólo con azúcar, y no únicamente ambos o ninguno, y del hecho de que es cortés ofrecer todas esas opciones a nuestros invitados. Esas ambigüedades no son solucionables únicamente sobre la base de una interpretación gramática.¹¹⁷ Del mismo modo, en el uso legal, los tribunales (y, generalmente, los abogados) leen frecuentemente la “y” o la “o” intercambiamente, dependiendo del contexto y de su evaluación, la intención y el propósito del legislador, quien puede operar a distintos niveles variables de especificidad o generalidad.¹¹⁸

Es precisamente este tipo de ejercicios interpretativos en los que debemos involucrarnos para poder determinar el efecto de la “y” en el

¹¹⁵ Observación General Número 31, supra nota 6, párr. 10.

¹¹⁶ Wall, supra nota 84, párr. 108, 111 (“Esta disposición puede ser interpretada como abarcando únicamente a individuos que están presentes en el territorio de un Estado y sujetos a la jurisdicción de ese Estado. También podría ser interpretado como abarcando a individuos presentes en el territorio de un Estado y a los que están afuera del territorio, pero sujetos a la jurisdicción de ese Estado... la Corte considera que el Pacto Internacional en Derechos Civiles y Políticos es aplicable con respecto a actos hechos por un Estado en ejercicio de la jurisdicción por fuera de su propio territorio”).

¹¹⁷ Véase Milanovic, supra nota 46, pág. 223.

¹¹⁸ Véase, por ejemplo, Estados Unidos c. Fisk, 70 U.S. 445, 447 (1865) (“[e]n la redacción de los estatutos, el deber de la corte es determinar la clara intención de la legislatura. Para lograrlo, las cortes están inclinadas a interpretar ‘o’ como ‘y’, y nuevamente ‘y’ como significando ‘o’”); N.J. Singer, 1st Statutes and Statutory Construction (6ta ed., 2002), párr. 21:14.

artículo 2(1) del PIDCP. En efecto, el artículo 31(1) de la CVDT exige que un tratado sea interpretado “*de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin*”. Esto quiere decir, como mínimo, que cuando tenemos varias lecturas plausibles de un texto, debemos preferir aquélla que sea más acorde al objeto y fin del tratado. Y en este punto se vuelve relevante el fundamento universalista de los derechos humanos: una interpretación que valora a todos los seres humanos por igual y que es respetuosa con su dignidad individual es inherentemente mejor que una que no lo hace.¹¹⁹

En lugar de observar el objeto y fin del PIDCP a un nivel general, uno podría preguntarse por las intenciones de las partes en relación con el problema específico de la aplicación extraterritorial. Dejemos de lado por un momento el hecho de que, en efecto, no podemos determinar con certeza cuál fue la intención de las partes sobre la base de los *travaux*, o la duda metodológica de asumir qué hubieran querido los redactores del texto si hubieran tenido que decidir un problema hipotético particular. Reconozco que, si hoy pudiéramos resucitar a los redactores del PIDCP y el CEDH, los educáramos sobre los emails, Internet y los smartphones, y les preguntáramos si los tratados deben ser aplicables al espionaje en el extranjero y a los programas de vigilancia masiva como aquellos llevados a cabo por la NSA y la GCHQ, su respuesta sería probablemente que no.

Sin embargo, el atractivo del argumento de que los representantes de los Estados Parte del PIDCP posiblemente no hubieran acordado excluir la vigilancia extranjera mediante la aplicación extraterritorial del derecho a la privacidad, es sólo superficial. Como cualquier argumento presuntamente intencionalista, puede ser fácilmente derrotado. Seguramente estos mismos redactores que elaboraron el Pacto en gran medida como una respuesta a los horrores de la Segunda Guerra Mundial y el Holocausto, no tuvieron la intención de crear un tratado de

¹¹⁹ Véase también Opinión Consultiva sobre el Muro, supra nota 83, párr. 109 (“La Corte observa que, mientras la jurisdicción del Estado es principalmente territorial, alguna vez podría ser ejercitada por fuera del territorio nacional. Considerando el fin y propósito del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sería natural que, incluso cuando ese fuera el caso, los Estados Parte del Pacto estuvieran obligados a cumplir con estas normas”).

derechos humanos que no fuera violado por el exterminio deliberado de un millón de judíos en Auschwitz.¹²⁰ Esta sería, de hecho, la consecuencia de la posición absolutista –de que el PIDCP no puede ser aplicado extraterritorialmente nunca, ni siquiera en los campos de la muerte en la Polonia ocupada por los Nazis–.

En pocas palabras, si uno sostiene que los tratados de derechos humanos deben ser interpretados estableciendo (o especulando) cuál era la intención de los redactores o cómo ellos hubieran esperado que se aplique el tratado a problemas específicos, entonces uno no puede escapar de lo que voy a llamar “la regla Auschwitz de interpretación”: que en caso de que hayan dos interpretaciones posibles del texto de un tratado de derechos humanos, uno deberá elegir la interpretación conforme la cual Auschwitz sería considerada una violación de derechos humanos.

Sea cual fuera la forma en que lo presentemos, la posición de que el Pacto no debe aplicarse extraterritorialmente parece insostenible. Además, esta postura no encuentra fundamentos en ninguna teoría normativa que permita explicar por qué, los derechos humanos deben ser categóricamente dejados de lado en la frontera (o aún he de encontrar una).¹²¹ Esta es precisamente la razón por la cual el gobierno de Estados Unidos encuentra que su posición es cada vez más difícil de sostener: tan sólo puede ofrecer una apelación formalista del texto mismo, sin importar su objeto y fin, y pretender que el texto no dé lugar a la ambigüedad.

En suma, el PIDCP debe ser aplicado extraterritorialmente al menos en algunas situaciones –la pregunta es cuándo y cómo–. Ahora, observaré los diversos modelos posibles de aplicación extraterritorial. Al hacerlo, argumento que las reglas y principios que gobiernan la aplicación del PIDCP y el CEDH deben ser en general las mismas, a pesar de las diferencias textuales en las dos cláusulas de jurisdicción.

¹²⁰ Véase Milanovic, *supra* nota 46, pág. 226.

¹²¹ Esto no pretende negar que los Estados puedan tener preocupaciones sobre las dificultades prácticas que puedan encarar aplicando tratados de derechos humanos más allá de sus fronteras. Por más legítimas que puedan ser estas preocupaciones, no pueden asegurar una regla categórica que no permita la aplicación extraterritorial. Más bien, deberían ser tenidas en cuenta al mirar a los méritos de cualquier caso.

IV. MODELOS DE APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL

A. Introducción

Esta parte del artículo proporcionará una breve reseña de la (comúnmente conflictiva y confusa) jurisprudencia sobre el significado del concepto de jurisdicción estatal en los tratados de derechos humanos. En primer lugar, examinaré el modelo espacial de jurisdicción, que se conceptualiza como un control general sobre un área, luego analizaré el modelo personal de jurisdicción, en el sentido de autoridad y control sobre individuos, y finalmente analizaré un tercer modelo que distingue entre obligaciones positivas y negativas de los Estados con arreglo a los tratados de derechos humanos. La parte IV aplicará esos modelos a varios escenarios fácticos posibles de vigilancia en el extranjero.

El Tribunal Europeo ha producido, por mucho, la mayor cantidad de jurisprudencia sobre aplicación extraterritorial, tanto en cantidad como en variedad. No obstante, ningún caso que yo conozca del Tribunal Europeo o de algún otro organismo, trata directamente la cuestión de la aplicación extraterritorial de los tratados de derechos humanos a búsquedas, interceptaciones, o vigilancia extranjera.¹²² La cuestión es, por lo tanto, una primera aproximación. La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la aplicación extraterritorial del PIDCP, por otro lado, no es tan conflictiva o contradictoria, aun teniendo en cuenta que es menos variada. El Comité ha tendido a ser más generoso hacia los demandantes que el Tribunal Europeo. A menos que esté equivocado, no hay ni un caso en el cual el Comité rechazó la comunicación de una persona que argumentó que sus derechos fueron violados extraterritorialmente, sobre la base de que esa persona no estaba sujeta a la jurisdicción del Estado relevante.¹²³

B. El modelo espacial

¹²² Pero véase infra notas 189 y 192.

¹²³ La generosidad del Comité puede ser explicada, en mi opinión, por el hecho de que no tiene que padecer las consecuencias de un enfoque amplio, a diferencia de la Corte de Estrasburgo, para la cual lo que está en juego es mayor debido a la robustez del régimen y la naturaleza vinculante de sus decisiones.

El modelo espacial de jurisdicción basado en el control efectivo de facto sobre áreas es el menos controversial. El Tribunal Europeo lo articuló en el caso *Loizidou* relativo a Chipre del Norte.¹²⁴ El Comité de Derechos Humanos, del mismo modo, lo aplicó a la ocupación de territorios palestinos por parte de Israel¹²⁵, y la CIJ, de igual manera, señaló que el PIDCP aplicaba durante la ocupación en los casos *El Muro*¹²⁶ y *Congo v. Uganda*.¹²⁷ Con arreglo a este modelo, un individuo que se encuentra en el territorio bajo control del Estado (pero no necesariamente bajo su soberanía) tiene derechos humanos vis-à-vis ese Estado. Este enfoque es intuitivo: si un Estado ejerce control sobre el territorio de otro Estado que de diversas formas replica la extensión del control que tiene sobre su propio territorio, entonces es apropiado que ese Estado tenga obligaciones de derechos humanos con respecto a los habitantes de su territorio. Tal como sostuvo la Corte Europea en *Loizidou*, lo que importa es el hecho de ese control,

¹²⁴ *Loizidou c. Turquía* (sentencia), App. No. 15318/89, 310 Eur. Ct. H.R (ser. A), párr. 62 (1995), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57920> (“Teniendo en cuenta el fin y el propósito de la Convención, la responsabilidad de un Estado Contratante puede también surgir cuando una acción militar –legal o no– ejerce un control efectivo sobre un área que está fuera de su territorio nacional. La obligación de asegurar en esa área los derechos y libertades que estipula la Convención deriva del propio ejercicio de control, sea que este sea ejercitado directamente, a través de sus fuerzas armadas, o por administradores locales subordinados”).

¹²⁵ Comité de Derechos Humanos de la ONU, 63 período de sesiones. Examen de los informes presentados por los Estados Parte en virtud del artículo 40 del Pacto: Observaciones Finales: Israel, 15-28 de julio de 1998, párr. 10, Doc. de la ONU CCPR/C/79/Add.93 (18 de agosto de 1998) (“[e]l Pacto debe, en este caso, considerarse aplicable a los territorios ocupados y las regiones... donde Israel ejerce un control efectivo”); ver también Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 19 período de sesiones, Consideraciones sobre los Reportes Aportados por los Estados bajo el Artículo 16 y 17 de la Convención: Observaciones Finales: Israel, párr. 8, Doc. de la ONU E/C.12/1/Add.27 (4 de diciembre de 1998) (“El Comité opina que las obligaciones del Estado en virtud del Pacto se aplican a todos los territorios y poblaciones que controla efectivamente”); Comité de los Derechos del Niño, 31 período de sesiones, Consideraciones sobre los Reportes Presentados por los Estados Parte bajo el Artículo 44 de la Convención: Observaciones Finales: Israel, párr. 2, 5, 57-58, U.N Doc. CRC/15/Add.195 (4 de octubre de 2002); Comité contra la Tortura, 33 período de sesiones, Consideraciones sobre los Reportes Aportados por los Estados Parte bajo el Artículo 19 del Convenio: Conclusiones y Recomendaciones: Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Dependencias de la Corona y Territorios de Ultramar, 15-26 de noviembre de 2004, párr. 4(b), Doc. de la ONU CAT/C/CR/33/3 (10 de diciembre de 2004).

¹²⁶ Opinión Consultiva sobre el Muro, supra nota 83.

¹²⁷ *Actividades armadas en el territorio del Congo* (Rep. Dem. del Congo c. Uganda), sentencia, 2005 C.I.J. 168 (19 de diciembre).

no si fue obtenido legal o ilegalmente (por ejemplo; en violación de la soberanía del Estado territorial).¹²⁸

El beneficio de esta concepción de la jurisdicción es su claridad. Siempre habrá casos difíciles o dudosos¹²⁹, pero el análisis en sí es factible y proporciona algunos límites a las obligaciones de los Estados. Sin embargo, el beneficio de este análisis es también su desventaja, ya que el modelo espacial puede ser demasiado limitante. Hay muchas situaciones en las cuales un Estado es, de hecho, perfectamente capaz de violar derechos de los individuos sin control sobre ese área. Por ejemplo, el punto de usar drones para asesinatos selectivos es que ese Estado no necesita tener tropas en el terreno. Del mismo modo, el “interrogatorio mejorado” a detenidos importantes de Al-Qaeda luego del 9/11 fue llevado a cabo en cárceles clandestinas de la CIA en terceros Estados, como Lituania y Polonia, donde los agentes estadounidenses utilizaron las instalaciones que les fueron proporcionadas por el Estado territorial.¹³⁰ En la medida en que sigan ocurriendo casos de este tipo (y han ocurrido varios), resultará más moralmente arbitrario condicionar las obligaciones estatales al control territorial cuando ese control es totalmente irrelevante a la violación, y se volverá más insatisfactorio y poco atractivo el modelo espacial.

Una manera de lidiar con este problema es reducir el tamaño del área que es objeto del test de control efectivo. Chipre del Norte es ciertamente un área de este tipo. Sin embargo, ¿por qué no lo es también la bahía de Guantánamo, aun cuando es más pequeña? Ha habido gran cantidad de casos que aplicaron el modelo espacial a áreas

¹²⁸ Para una discusión extensa del modelo espacial, véase, por ejemplo, Ralph Wilde, *Triggering State Obligations Extraterritorially: The Spatial Test in Certain Human Rights Treaties*, 40 *Isr. L. Rev.* 503 (2007).

¹²⁹ Cf. *Catan c. Moldova* (sentencia), App. No. 43370/04, 2012 TEDH, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-114082>; *Ilascu v. Moldova* (sentencia), App. No. 48787/99, 2004-VII TEDH párr. 392, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61886> (refiriéndose a la “influencia decisiva” de Rusia sobre una parte separatista de Moldavia como suficiente para que exista jurisdicción).

¹³⁰ Hay un caso en discusión contra Polonia ante el Tribunal Europeo por permitir o no impedir los abusos contra los derechos humanos en cárceles clandestinas. Véase, por ejemplo, *Al Nashiri c. Polonia* (sentencia), App. No. 2876/11, TEDH (2014), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-146044>; *Husayn (Abu Zubaydah) c. Polonia* (sentencia), App. No. 7511/13, TEDH (2014), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-146047>.

menores o lugares tales como una prisión militar británica en Iraq¹³¹, o a objetos artificiales, como buques y aeronaves.¹³²

No obstante, cuanto más reducimos el tamaño del área, más artificial y arbitrario pareciera ser este test. Por ejemplo, ¿aplicar tratados de derechos humanos debería realmente depender de si los agentes estatales controlan la casa donde el individuo fue asesinado? -una posibilidad debatida durante el juicio frente a las cortes inglesas en Al-Skeini¹³³ En la medida en que reducimos el área, es más probable que el modelo espacial se transforme en una concepción de la jurisdicción como control sobre las personas, y no sobre espacios.

C. El modelo personal

La idea de que la palabra “jurisdicción” en los tratados de derechos humanos denota la autoridad y el control ejercido por los Estados sobre las personas, en lugar de la autoridad y el control ejercido sobre territorios o áreas, también tiene amplios antecedentes. Esta jurisdicción fue establecida por primera vez por la Comisión Europea en uno de sus primeros casos interestatales entre Chipre y Turquía¹³⁴, pero su mayor exponente ha sido el Comité de Derechos Humanos.

¹³¹ Al-Saadoon c. Reino Unido (sentencia), App. No. 61498/08, 2010 TEDH, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-97575>.

¹³² Jamaa c. Italia (sentencia), App. No. 27765/09, 2012 TEDH, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-109231>; Medvedyev c. Francia (sentencia), App. No. 3394/03, 2010 TEDH, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-97979>; O calan c. Turquía (sentencia), App. No. 46221/99, 2005-IV TEDH, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-69022>; Rigopoulos c. España (sentencia), App. No. 37388/97, 1999-II TEDH, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-5625>; Freda c. Italia (sentencia), App. No. 8916/80, 21 Eur. Comm'n H.R. 254 (1980), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-74311>; véase también J.H.A. c. España, Comité contra la Tortura, 41 período de sesiones, 3-21 de noviembre de 2008, Doc. de la ONU CAT/C/41/D/323/2007 (21 de noviembre de 2008), disponible en <http://www.refworld.org/docid/4a939d542.html>; Comité contra la Tortura, Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes; Observación General No 2: Aplicación del artículo 2 por los Estados Parte, Doc. de la ONU CAT/C/GC/2 (24 de enero de 2008), disponible en <http://www.refworld.org/docid/47ac78ce2.html>.

¹³³ Al-Skeini v. Sec'y of State for Def., párr. 110, [2005] EWCA (Civ) 1609, [2007] QB 140 (Eng.), disponible en <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2005/1609.html> (refiriéndose a este argumento como “sofisticado” –pero no en el buen sentido–).

¹³⁴ Chipre c. Turquía, App. Nos. 6780/74 & 6950/75, 2 Eur. Comm'n H.R. Dec. & Rep. 125, párr. 8 (1975), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/webservices/content/pdf/001-74811>.

En López-Burgos, un caso sobre secuestro de un individuo en territorio argentino por agentes uruguayos, el Comité sostuvo que:

“La referencia en el artículo 1 del Protocolo Opcional a *“personas que se encuentren bajo su jurisdicción”* no afecta la conclusión precedente porque la referencia en ese artículo no se refiere al lugar donde ocurrió la violación, sino a la relación entre la persona y el Estado en relación a la violación de cualquiera de los derechos estipulados en el Pacto, cuando sea que ocurra... El artículo 2(1) del Pacto le impone una obligación al Estado Parte de respetar y garantizar derechos *“a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción”*, pero no implica que el Estado Parte no pueda ser responsable por violaciones de derechos conforme al Pacto que sean cometidas por sus agentes en el territorio de otro Estado, ya sea con la aquiescencia del gobierno de ese Estado o en oposición a esta... En consonancia con esto, sería inadmisibles interpretar la responsabilidad conforme al artículo 2 del Pacto de manera de permitir al Estado Parte cometer violaciones al Pacto en el territorio de otro Estado, cuando sean violaciones que no podría cometer en su propio territorio”.¹³⁵

Nótese que el Comité está apelando esencialmente a la universalidad de los derechos humanos para justificar el modelo personal. El Comité reiteró este enfoque en su Comentario General Nº 31, al sostener que *“un Estado Parte debe respetar y garantizar los derechos enunciados en el Pacto de toda persona que esté bajo la autoridad o el control efectivo del Estado Parte aunque no se encuentre dentro del territorio del Estado Parte... independientemente de las circunstancias en que se haya adquirido ese poder o control efectivo”*.¹³⁶

Entonces, articulado de esta forma, el principio es lo suficientemente amplio como para hacer que los abogados de derechos humanos estén felices. Sin embargo, este beneficio también es una desventaja, ya que

¹³⁵ López-Burgos, supra nota 87, párrs. 12.2–12.3 (énfasis agregado).

¹³⁶ Observación General No. 31, supra nota 63, párr. 10. Para decisiones similares del Sistema Interamericano, véase Decisión sobre el pedido de medidas cautelares: detenidos en la Bahía de Guantánamo, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Cuba, 41 I.L.M. 532 (2002); Coard c. Estados Unidos, Caso 10.951, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 109/99, párr. 37 (1999); Alejandro c. Cuba, Caso 11.589, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 86/99, párr. 23 (1999); Saldaño c. Argentina, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 38/99, párr. 15–23 (1999).

parece imposible limitar este principio de una forma no arbitraria. Si quitarle la libertad a un individuo constituiría “autoridad y control” o “poder y control efectivo” sobre esa persona, ¿por qué quitarle la vida a esa persona no calificaría también como autoridad, poder, y control?¹³⁷ ¿Hay una diferencia relevante entre detener a una persona y luego asesinarla, y simplemente asesinarla, ya sea por un misil disparado por un dron, por tropas en un operativo comando –como sucedió con el asesinato de Osama Bin Laden por fuerzas estadounidenses en Pakistán– o simplemente envenenando su sopa?¹³⁸ Y si el asesinato de una persona es un ejercicio de poder sobre ella, y seguramente lo es, ¿por qué no lo sería destruir su propiedad, o leer sus emails?

En otras palabras, aplicar el modelo personal de esta forma llevaría a que los tratados de derechos humanos resulten aplicables a cualquier acción estatal. Si bien puede ser que esto no le preocupe demasiado (por ahora) al Comité de Derechos Humanos, fue precisamente este miedo –de posibles extralimitaciones, falta de

¹³⁷ Uno de los argumentos posibles para decir que la custodia física califica como autoridad y control sobre un individuo, pero matarlo no lo hace es que la custodia permite un amplio espectro de posibles violaciones de los derechos de un individuo, es decir, que el control que se ejerce sobre el individuo es más abarcativo. Sin embargo, si bien es innegable que la custodia permite al Estado hacer diferentes cosas con la persona (además de matarlo), ¿por qué debería ser necesario dicho control pleno para que el individuo tenga derechos humanos vis-à-vis ese Estado? Considere un escenario en el que el Estado X tiene una persona en custodia, pero permite a los agentes del Estado Y interrogar y torturar a ese individuo. Al Estado Y sólo se le permite hacer con esa persona lo que el Estado X establezca, pero ¿es verdad que, por torturar a ese individuo, el Estado Y sigue ejerciendo autoridad/poder/control sobre ese individuo en la medida suficiente para tener la obligación de no torturarlo? No parece haber ninguna razón sólida para sostener que sólo el Estado X debe tener obligaciones de respetar los derechos humanos en ese escenario. Por supuesto, podemos sustituir a la tortura en este escenario por cualquier otra violación de los derechos humanos posible (por ejemplo, el asesinato) para demostrar que limitar el principio de autoridad y control a la custodia física sería arbitrario. Compare, en ese sentido, las consideraciones de la Corte Suprema de Estados Unidos sobre el significado de la palabra “allanamiento” de la Cuarta Enmienda, que no se limita únicamente a establecer la custodia de esa persona, sino que se extiende también al uso de la fuerza letal. Véase *Tennessee v. Garner*, 471 US 1, 7 (1985) (“Si bien no siempre es claro cuando la interferencia policial se convierte en allanamiento... No puede haber duda de que la aprehensión por el uso de la fuerza letal es un allanamiento sujeto al requisito de razonabilidad de la Cuarta Enmienda”). La Corte fue unánime en este punto, véase *Id.*, pág. 25 (O’Connor, J., disintiendo) (“A los efectos de un análisis de la Cuarta Enmienda, estoy de acuerdo con el Tribunal que el oficial Hyman llevó a cabo un allanamiento”).

¹³⁸ Compare el caso de Alexander Litvinenko, un exespía ruso asesinado en Londres en noviembre de 2006 por envenenamiento radiactivo, aparentemente en manos de agentes rusos. Su viuda interpuso una demanda, que todavía no ha sido resuelta, contra Rusia ante el Tribunal Europeo. Véase *Strasbourg Court Sets Deadline for Russia on Litvinenko Case*, *Ria Novosti* (15 de diciembre de 2010), <http://en.ria.ru/world/20101215/161786652.html>.

competencia institucional, y una serie de dificultades prácticas y políticas- lo que inmediatamente después del 9/11 llevó a que el Tribunal Europeo dictara su decisión de inadmisibilidad en *Bankovic*. El caso trataba sobre la destrucción de una estación de TV en el centro de Belgrado en un ataque aéreo de la OTAN durante la intervención a Kosovo de 1999.¹³⁹ El tribunal de *Bankovic* no sólo sostuvo que las víctimas del bombardeo aéreo no se encontraban dentro de la jurisdicción de los Estados de la OTAN -dado que sin tropas en tierra carecían de control efectivo sobre esa área puntual, a pesar de controlar el espacio aéreo-, sino que lo hizo con motivos metodológicamente dudosos e ignoró cuidadosamente el modelo personal de jurisdicción. Aún más, sostuvo explícitamente que la aplicación extraterritorial del CEDH sólo puede ser excepcional y que es una proposición binaria, ya que los derechos del Convenio no pueden ser divididos o adaptados para amoldarse a las circunstancias del acto extraterritorial particular en cuestión.¹⁴⁰ La referencia a la naturaleza excepcional de la aplicación extraterritorial estaba basada simple e indiscutiblemente en que los Estados generalmente actúan más frecuentemente en su territorio que fuera de este. Al contrario, el Tribunal intentó enviar un mensaje de que raramente estará dispuesta a aceptar reclamos originados en un contexto extraterritorial.¹⁴¹

A medida que la crítica a *Bankovic* aumentó¹⁴², su arbitrariedad quedó más y más expuesta por una seguidilla de casos menores¹⁴³, y a medida que se fue modificando la composición del tribunal, el Tribunal

¹³⁹ *Bankovic c. Bélgica* (sentencia), App. No. 52207/99, 2001-XII TEDH, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-22099>.

¹⁴⁰ *Id.*, párr. 75.

¹⁴¹ Véase Wilde, *supra* nota 96, pág. 670.

¹⁴² Véase, por ejemplo, Olivier De Schutter, *Globalization and Jurisdiction: Lessons from the European Convention on Human Rights*, 6 *Baltic Y.B. Int'l L.* 183 (2006); Alexander Orakhelashvili, *Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, 14 *Eur. J. Int'l L.* 529 (2003); Erik Roxstrom, Mark Gibney & Terje Einarsen, *The NATO Bombing Case (Bankovic et al. c. Bélgica et al.) and the Limits of Western Human Rights Protection*, 23 *B.U. Int'l L.J.* 55 (2005).

¹⁴³ Véase, por ejemplo, *Pad c. Turquía* (sentencia), App. No. 60167/00, TEDH (2007), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=002-2605>; *Isaak c. Turquía* (sentencia), App. No. 44587/98, TEDH (2006), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-77533>; *Issa c. Turquía* (sentencia), App. No. 31821/96, TEDH (2004), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-67460>.

decidió revisar sistemáticamente la cuestión de la aplicación extraterritorial en el caso Al-Skeini.¹⁴⁴ Al-Skeini fue un litigio complejo con seis demandantes, que comenzó en los tribunales británicos y discutió la aplicación del CEDH a fuerzas británicas en el Irak ocupado. Cinco de los demandantes fueron asesinados por tropas británicas que se encontraban patrullando, en diversas circunstancias. El sexto, Baha Mousa, fue detenido por tropas británicas y golpeado hasta la muerte en las instalaciones de una prisión militar británica. Los demandantes se quejaron de la falta de una investigación efectiva acerca de las muertes, lo cual sería incompatible con el artículo 2 del CEDH.

La Cámara de los Lores sostuvo que los cinco demandantes asesinados por la patrulla no se encontraban dentro de la jurisdicción del Reino Unido sobre la base de que el modelo espacial de jurisdicción no podría aplicarse fuera del *espace juridique* del CEDH, el territorio combinado sobre el cual los Estados Parte del CEDH tienen soberanía, o alternativamente, porque el Reino Unido en efecto no tenía control efectivo sobre Basra conforme al modelo espacial en virtud de la fuerza e intensidad de la insurgencia. Por otro lado, se sostuvo que Baha Mousa se encontraba dentro de la jurisdicción del Reino Unido en virtud del supuesto estatus especial que tiene una prisión militar en derecho internacional, similar al de una embajada.¹⁴⁵

La decisión fue criticada no sólo por su razonamiento dudoso acerca de una supuesta analogía entre prisiones y embajadas, pero también por su rigidez excesiva, su dependencia en el concepto de *espace juridique* y su amplio rechazo al modelo personal de jurisdicción de forma inconsistente con Bankovic.¹⁴⁶ He argumentado similarmente que la

¹⁴⁴ Al-Skeini c. Reino Unido (sentencia), App. No. 55721/07, 2011 TEDH, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-105606>. Cabe destacar que de los 17 jueces que formaban la Gran Cámara en el caso Al-Skeini sólo tres formaban la Gran Cámara en Bankovic —Costa, Rozakis y Casadevall, mientras que el juez Costa, que presidió la Gran Cámara de Al-Skeini, también había presido la Cámara en el caso Issa de 2004, que contradujo abiertamente Bankovic al invocar directamente el lenguaje del Comité de Derechos Humanos en López-Burgos—. Véase también Issa, App. No. 31821/96, TEDH.

¹⁴⁵ Al-Skeini v. Sec'y of State for Def., [2007] UKHL 26, [2008] A.C. (H.L.) 153 (apelación tomada de Ingl.).

¹⁴⁶ Véase también Tobias Thienel, The ECHR in Iraq: The Judgment of the House of Lords in R (Al-Skeini) v. Secretary of State for Defence, 6 J. Int'l Crim. Just. 115, 115 (2008); Ralph Wilde, The "Legal Space" or "Espace Juridique" of the European Convention on Human Rights: Is It Relevant to Extraterritorial State Action?, 10 Eur. Hum. Rts. L. Rev. 115 (2005); Lubell, supra nota 84, at 214–15.

decisión se explica mejor no sólo observando lo que sostuvo la Cámara de los Lores, sino entendiendo que el imperativo universalista que sirvió para proteger a Baha Mousa, un prisionero indefenso golpeado hasta la muerte por sus captores, no logró sopesar los problemas prácticos que hubieran surgido por las investigaciones de los asesinatos de la patrulla durante las operaciones militares.¹⁴⁷

Los demandantes apelaron ante el Tribunal Europeo, el cual tomó la oportunidad para reparar parte del daño ocasionado por las -a veces-arbitrarias distinciones realizadas en su jurisprudencia conflictiva, así como por los tribunales británicos que han tratado de aplicarla fielmente. El Tribunal reafirmó la validez del modelo espacial¹⁴⁸ y del modelo personal basado en la idea de un “*agente de autoridad estatal*”¹⁴⁹, y concluyó en lo que respecta a este último que:

“Es claro que, cuando el Estado a través de sus agentes ejerce control y autoridad sobre un individuo y, por lo tanto, jurisdicción, el Estado tiene, en virtud del artículo 1, la obligación de garantizar a ese individuo los derechos y libertades contenidas en el artículo 1 del Convenio, que son relevantes para la situación de ese individuo. En este sentido, por lo tanto, los derechos del Convenio pueden ser “*divididos y adaptados*” (comparar Bankovic, citado anteriormente, § 75).¹⁵⁰

Por lo tanto, el Tribunal no sólo definió “jurisdicción” como “*control y autoridad del Estado sobre un individuo*”, sino que también revocó parcialmente (o, en sus palabras, “*comparó*”) Bankovic, al permitir la división y adaptación de los derechos del Convenio, en oposición al enfoque de todo o nada establecido en Bankovic. Sin embargo, el Tribunal aún estaba preocupado acerca de que, si definía jurisdicción en esos términos, entonces el Convenio aplicaría en todas partes, ya que, como se ha dicho, no hay una forma normativamente no arbitraria de concluir; por ejemplo, que la custodia física califica como “control y autoridad”, pero que matar (o la habilidad de matar) no. En efecto, el Tribunal sostuvo que los cinco demandantes asesinados por las tropas británicas en Basra se encontraban dentro de la jurisdicción del Reino

¹⁴⁷ Véase Milanovic, supra nota 46, pág. 116–17.

¹⁴⁸ Al-Skeini, App. No. 55721/07, TEDH párrs. 138–40.

¹⁴⁹ Id., párr. 133–37.

¹⁵⁰ Id., párr. 137.

Unido precisamente porque el asesinato fue realizado con autoridad y control.¹⁵¹ El Tribunal, por lo tanto, se vio obligado a encontrar un principio limitante, y encontró uno en el concepto de “poderes públicos”, que importó del análisis del modelo espacial de jurisdicción realizado en *Bankovic* –el asesinato de los demandantes fue entonces un ejercicio de la jurisdicción del Reino Unido, pero sólo porque, debido a la ocupación de Irak y a las resoluciones relevantes del Consejo de Seguridad, el Reino Unido “asumió autoridad y responsabilidad por el mantenimiento de la seguridad en el sudeste de Irak” –.¹⁵²

En suma, *Al-Skeini* fue el mayor intento del Tribunal por arreglar *Bankovic*, y el Tribunal fue sólo parcialmente exitoso. Sin embargo, no llevó a cabo un arreglo prolijo. De hecho, preservó el resultado de *Bankovic*, y usando el nebuloso concepto de “poderes públicos” se las arregló para evitar simplificar la aplicación del CEDH a las intervenciones militares extranjeras, como ocurrió recientemente en Libia. El uso de drones en áreas que no se encuentran bajo el control estatal estaría igualmente fuera del alcance del Convenio en función de *Al-Skeini* y *Bankovic*. Similarmente, las incertidumbres de *Al-Skeini* dejaron la puerta abierta para que el Reino Unido argumente que se limita a los hechos específicos en Irak, y que el Convenio en su totalidad no aplica a las actividades del Reino Unido en Afganistán.¹⁵³ Los lineamientos fijados por la sentencia son mejores que aquellos en *Bankovic*, pero continúan siendo arbitrarios e inciertos –*Al-Skeini* no será, ciertamente, la última palabra al respecto –.¹⁵⁴

D. Un tercer modelo: obligaciones positivas y negativas

¹⁵¹ *Id.*, párr. 149.

¹⁵² *Id.*, párr. 135, 149–50.

¹⁵³ Véase *Communication from the United Kingdom concerning the case of Al-Skeini and others against United Kingdom to the Committee of Ministers*, (Council of Europe, DH-DD(2012)438 (2 de mayo de 2012), disponible en <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=2082643&SecMode=1&DocId=1885434&Usage=2> (“El Reino Unido considera que el juicio de *Al Skeini* está basado en los supuestos de hecho de las operaciones pasadas del Reino Unido en Irak y que no tiene consecuencias para sus actuales operaciones en otros lugares, incluso en Afganistán”).

¹⁵⁴ Véase *Marko Milanovic, Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg*, 23 *Eur. J. Int'l L.* 121 (2012) (incluye un análisis detallado de *Al-Skeini*).

Así como el modelo espacial *in extremis* puede convertirse en el personal, cuanto más se contrae el tamaño del área sujeta a jurisdicción, el modelo personal puede en última instancia colapsar, y la aplicación extraterritorial de tratados de derechos humanos se torna ilimitada. Los intentos del Tribunal Europeo por mantenerla a través del concepto de “poderes públicos” pueden funcionar por un tiempo, pero cada vez quedará más claro que este concepto es inestable.

He argumentado, por lo tanto, a favor de un tercer modelo que estaría basado en la distinción entre la obligación positiva global de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos, que se extiende incluso hasta la prevención de violaciones de derechos humanos por terceros, y la obligación negativa de los Estados de respetar los derechos humanos, la cual requiere únicamente que los Estados se abstengan de interferir en los derechos de los individuos sin justificación suficiente.¹⁵⁵ Con arreglo a este modelo, “jurisdicción” significaría principalmente un control general efectivo sobre áreas, y la obligación positiva se manifestaría en el control del Estado sobre ese área, porque en la inmensa mayoría de las situaciones, el Estado realmente necesita ese control para poder cumplir con dicha obligación.

Por otro lado, la obligación negativa de respetar los derechos humanos sería territorialmente ilimitada y no estaría sujeta a ningún tipo de umbral jurisdiccional, porque cualquier umbral no arbitrario colapsaría de todos modos.¹⁵⁶ Textualmente, esto se derivaría del artículo 1 del CEDH que se refiere únicamente a la obligación de respetar, y puede leerse razonablemente que el artículo 2(1) del PIDCP contiene un umbral jurisdiccional únicamente para la obligación de garantizar, pero no para la obligación de respetar.¹⁵⁷ Alternativamente, las obligaciones negativas pueden estar todavía sujetas al umbral jurisdiccional bajo el modelo personal, pero como hemos visto, este umbral colapsa, y el resultado final sería el mismo. El fundamento para no limitar las obligaciones negativas es que los

¹⁵⁵ Véase en general Milanovic, *supra* nota 46, pág. 209–22.

¹⁵⁶ Cf. Departamento de Estado de EE.UU., *supra* nota 101, págs. 4–5 (de forma similar, distingue entre la obligación negativa de respetar y la obligación positiva de garantizar los derechos humanos, pero argumenta que la obligación de respetar debería limitarse a los individuos sujetos a la autoridad y control de un Estado).

¹⁵⁷ Véase también *supra* nota 112.

Estados son siempre perfectamente capaces de cumplir con ellas, ya que poseen el control total de sus propios órganos y agentes.¹⁵⁸

La lógica moral de la universalidad es, por lo tanto, llevada a su última conclusión, mientras que la jurisdicción sirve todavía como un factor limitante para obligaciones positivas, que son normalmente más onerosas. No estoy argumentando que este modelo sea perfecto¹⁵⁹, pero sostengo que es claro y predecible, impide la gran mayoría de resultados arbitrarios, y proporciona un balance relativamente estable entre consideraciones de universalidad y efectividad. De forma similar, si bien argumento que así es cómo los tratados de derechos humanos deben ser interpretados, no sostengo que esta sea la posición actual de los tribunales u organismos de derechos humanos. Más bien, estoy diciendo que este modelo presenta un equilibrio hacia el cual las concepciones espaciales y personales de la jurisdicción tenderán a gravitar naturalmente.

Luego de haber esbozado estos tres modelos de jurisdicción, ahora procederé a aplicarlos a varios escenarios posibles de vigilancia extranjera.

V. ¿APLICAN LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS A INTERFERENCIAS EXTRATERRITORIALES EN LA VIDA PRIVADA?

A. Introducción

El tercer modelo es el único que proporciona respuestas fáciles y claras acerca de si los tratados de derechos humanos aplican a la vigilancia masiva. Si la obligación negativa de respetar el derecho a la privacidad es territorialmente ilimitada, entonces cualquier interferencia con este derecho en cualquier lugar del mundo sería relevante para el PIDCP y el CEDH. Esto no es lo mismo que decir que esas interferencias, ya sea por medio de programas de vigilancia masiva o una vigilancia selectiva, serían necesariamente ilegales. Más bien, cualquier interferencia de ese tipo

¹⁵⁸ Véase Van Schaack, *supra* nota 84, págs. 49–52.

¹⁵⁹ Véase Marko Milanovic, Reply to Shany, Lowe and Papanicolopulu, EJIL: Talk! (5 de diciembre 2011), [http:// www.ejiltalk.org/reply-to-shany-low-and-papanicolopulu/](http://www.ejiltalk.org/reply-to-shany-low-and-papanicolopulu/). Véase también, Yuval Shany, Taking Universality Seriously: A Functional Approach to Extraterritoriality in International Human Rights Law, 7 Law & Ethics Hum. Rts. 47 (2014).

debería ser justificada sustantivamente dentro del marco analítico de los tratados de derechos humanos (por ejemplo, ¿está la interferencia establecida por ley?; ¿sirve a un fin legítimo?; ¿es proporcional con ese fin?). No habría ninguna cuestión previa sobre jurisdicción, y al igual que con la vigilancia puramente interna, el análisis necesitaría ser sobre el fondo de la cuestión. No obstante, otra vez, esto no quiere decir que en la cuestión de fondo la vigilancia interna y externa necesariamente deban ser tratadas de igual forma en todos los aspectos.¹⁶⁰

El tercer modelo puede proporcionar una respuesta clara a la cuestión previa de la aplicabilidad, pero es también una respuesta que es muy amplia y lleva inmediatamente al análisis de la cuestión de fondo, lo cual arrastra sus propias incertidumbres. Este es precisamente el motivo por el cual el tercer modelo puede no ser atractivo para aquellos actores, ya sean gobiernos, servicios secretos, tribunales, etc., que podrían querer evitar las dificultades del análisis de fondo o las restricciones de los tratados de derechos humanos en conjunto.

Por lo tanto, intentaré situar la siguiente discusión dentro de los límites de los modelos espacial y personal, que están más afianzados. Sin embargo, tan pronto como haga eso, veremos que estos modelos nos llevan hacia la incertidumbre, la complejidad, y potencialmente hacia la arbitrariedad. Esto se debe, al menos parcialmente, al hecho de que los avances tecnológicos en la obtención de la información han tornado innecesario o, aunque sea, menos necesario el ejercicio del poder físico y manual sobre los individuos. Mientras que el derecho de la privacidad en la era de la información se desarrolló frecuentemente por analogía con la antigua escuela de búsquedas o interferencias materiales, ya sea en sistemas domésticos (por ejemplo, conforme a la Cuarta Enmienda de la Constitución estadounidense)¹⁶¹ o en el derecho internacional de los derechos humanos, llega un punto en el cual esas analogías dejan de ser factibles o son absolutamente engañosas.

¹⁶⁰Véase infra Parte V.

¹⁶¹ Cf. *United States v. Jones*, 132 S. Ct. 949 (2012) (se sostuvo que la instalación de un localizador GPS a un vehículo que permitió que los movimientos del vehículo fueran rastreados constituyó un allanamiento con arreglo a la cuarta enmienda y por lo tanto requería una orden judicial); *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27 (2001) (se sostuvo que el uso de un dispositivo de imagen térmica infrarroja fuera de una casa con el fin de detectar las lámparas para el cultivo de marihuana dentro de la casa era un allanamiento a los fines de la cuarta enmienda).

No obstante, estas analogías pueden ser un punto de partida útil.¹⁶² A continuación, esbozaré algunos escenarios de posibles interferencias a la privacidad a través de búsquedas, interceptaciones, o vigilancia, comenzando por el ejemplo más físico y terminando con el más virtual. Con arreglo a la jurisprudencia existente todas estas acciones llevadas a cabo por agentes estatales contra individuos pueden, en principio, ser consideradas interferencias con su derecho a la privacidad tanto con arreglo al CEDH como el PIDCP si estas acciones se produjeran dentro del propio territorio de ese Estado. El problema que quiero analizar es el de la jurisdicción: si, ya sea conforme al modelo espacial o al modelo personal, los tratados de derechos humanos aplicarían si el Estado lleva a cabo tal conducta extraterritorialmente, y si deben hacerse distinciones en términos de jurisdicción entre los métodos materiales y físicos de recolección de información.

Estos escenarios incluyen:

Cacheo de una persona.

Allanamiento físico de la propiedad, o residencia de una persona.

Acceso físico al sistema informático, teléfono celular, o dispositivos de telecomunicación electrónica o de almacenamiento de datos de una persona.¹⁶³

¹⁶² Véase Orin S. Kerr, *Searches and Seizures in a Digital World*, 119 Harv. L. Rev. 531 (2005).

¹⁶³ Acceder físicamente a una computadora a primera vista puede resultar extraño. Nótese, sin embargo, que la información más sensible en poder de los gobiernos y las empresas privadas se almacena en computadoras no conectadas a Internet, o a cualquier red interna, precisamente por el temor de que estos equipos sean hackeados y accedidos de forma remota. Considere, en este sentido, los informes en los que consta que la NSA ha desarrollado métodos para acceder a esas computadoras: "La tecnología, que la agencia ha utilizado por lo menos desde 2008, se basa en un canal secreto de ondas radiales que pueden transmitirse mediante circuitos pequeños y tarjetas USB insertadas subrepticamente en las computadoras. En algunos casos se envían a una estación del tamaño de un maletín que las agencias de inteligencia pueden establecer lejos del objetivo... En la mayoría de los casos, el hardware de radiofrecuencia se debe insertar físicamente por un espía, un fabricante o un usuario involuntario". Véase David E. Sanger & Thom Shanker, *N.S.A. Devises Radio Pathway Into Computers*, N.Y. Times (14 de enero de 2014), <http://www.nytimes.com/2014/01/15/us/nsa-effort-pries-open-computers-not-connected-to-internet.html?hp&r=0>. La Unidad de TAO (Tailored Access Operations) de la NSA se despliega con frecuencia en el campo, a diferencia de la mayoría de las operaciones de la NSA, ya que sus "negocios a menudo requieren acceso físico a sus objetivos". *Inside TAO: Documents Reveal Top NSA Hacking Unit*, Spiegel Online (29 de diciembre de 2013, 9:18 AM), <http://www.spiegel.de/international/world/the-nsa-uses-powerful-toolbox-in-effort-to-spy-on-global-networks-a-940969.html>; véase también Jacob Appelbaum, Judith Horchert & Christian Stöcker, *Shopping for Spy Gear: Catalog Advertises NSA Toolbox*, Spiegel Online (29 de diciembre de 2013, 9:19 AM), <http://www.spiegel.de/international/world/catalog-reveals-nsa-has-back-doors-for-numerous-devices-a-940994.html> (presentación de informes sobre una variedad de hardware de la NSA utilizados para recopilar datos de computadoras comprometidas,

Interferencia material de la correspondencia que una persona mantiene con otro individuo sin ejercer coerción física contra ninguno de los individuos (por ejemplo, abrir y copiar el correo de una persona en la oficina de correo).¹⁶⁴

Vigilancia audiovisual de una persona.

Vigilancia audiovisual de la propiedad o residencia de una persona.

Acceso remoto al sistema informático de una persona, a su teléfono celular, o a dispositivos electrónicos de telecomunicación o de almacenamiento de datos.¹⁶⁵

Interceptación de medios de comunicación electrónica, sin acceder directamente al sistema informático, celular, u otros dispositivos de telecomunicación tanto del remitente como del receptor.¹⁶⁶

Recopilación de metadata sobre la comunicación, y no del contenido de la comunicación.

incluyendo teclados alterados que registran todas las pulsaciones, incluso sin una conexión a Internet, y los cables del monitor que transmiten las imágenes que se muestran en el monitor).

¹⁶⁴ Del mismo modo, en una combinación de los escenarios (3) y (4), la unidad TAO de la NSA participa de un programa llamado "interdicción", que intercepta y desvía parcelas de personas específicas, por ejemplo, pedidos de nuevos equipos o accesorios, con el fin de cargar software malicioso en ellas o instalar componentes de hardware que permitan la vigilancia. Véase Inside TAO, supra nota 162.

¹⁶⁵ Véase, por ejemplo, NSA Can Spy on Offline Computers Wirelessly, Says Security Expert, CBS News (30 de diciembre de 2013), <http://www.cbsnews.com/news/nsa-can-spy-on-offline-computers-wirelessly-expert-jacob-apple-baum-says/> (informe, entre otras cosas, sobre cómo un software malicioso cargado en un iPhone puede permitir el acceso remoto y convertirlo en un dispositivo de vigilancia); Quantum Spying: GCHQ Used Fake LinkedIn Pages to Target Engineers, Spiegel Online (11 de noviembre de 2013),

<http://www.spiegel.de/international/world/ghcq-targets-engineers-with-fake-linkedin-pages-a-932821.html> (informe sobre cómo la NSA y la GCHQ pueden utilizar usuarios de LinkedIn falsos para cargar software maliciosos en un equipo).

¹⁶⁶ Véase, por ejemplo, NSA Collects Millions of Text Messages Daily in "Untargeted" Global Sweep, The Guardian (16 de enero de 2014), <http://www.theguardian.com/world/2014/jan/16/nsa-collects-millions-text-messages-daily-untargeted-global-sweep> (informe sobre cómo el programa Dishfire de la NSA recoge casi 200 millones de mensajes de texto todos los días de todo el mundo, y además de su contenido extrae contactos, locación e información financiera); Barton Gellman & Ashkan Soltani, NSA Infiltrates Links to Yahoo, Google Data Centers Worldwide, Snowden Documents Say, Wash. Post (30 de octubre de 2013), http://www.washingtonpost.com/world/national-security/nsa-infiltrates-links-to-yahoo-google-data-centers-world-wide-snowden-documents-say/2013/10/30/e51d661e-4166-11e3-b74-d89d714ca4dd_story.html (informe sobre cómo el programa MUSCULAR realizado en conjunto entre la NSA y GCHQ les permite recoger a su voluntad contenido y datos de cientos de millones de cuentas de Google y Yahoo).

Recopilación, almacenamiento, procesamiento, transferencia, y uso de cualquier otro tipo de información personal.¹⁶⁷

Intentemos ahora aplicar el modelo espacial y el modelo personal de jurisdicción a algunos de estos escenarios.

B. El modelo espacial: el individuo en un área bajo control del Estado

La aplicación del modelo espacial sería simple en principio. Si un individuo se encuentra en un área bajo control estatal y la privacidad del individuo es interferida por agentes del Estado, el PIDCP y el CEDH aplicarían claramente. Por lo tanto, si Angela Merkel estuviera en la ciudad de Nueva York visitando las Naciones Unidas, y un agente de la CIA registrara la habitación de su hotel¹⁶⁸, manipulara su teléfono o computadora, o interceptara sus comunicaciones remotamente¹⁶⁹, ella estaría sujeta a la jurisdicción de Estados Unidos conforme al modelo espacial y su privacidad quedaría protegida por el PIDCP (otra vez, esto no significa que la vigilancia sería necesariamente ilegal, pero debería estar justificada para ser legal). Nótese también que, para el modelo espacial, es el control sobre el territorio y no el título lo que importa –el resultado sería el mismo si Merkel estuviera visitando Irak mientras

¹⁶⁷ Los métodos para obtener dicha data son muchos y variados. Véase, por ejemplo, James Ball, *Angry Birds and “Leaky” Phone Apps Targeted by NSA and GCHQ for User Data*, *The Guardian* (28 de enero de 2014, 2:51 PM), <http://www.theguardian.com/world/2014/jan/27/nsa-gchq-smartphone-app-angry-birds-personal-data> (informe sobre cómo las aplicaciones vulnerables pueden ser utilizadas para adquirir datos personales como la edad, el género, el origen étnico, la ubicación y la orientación sexual, y cita un documento oficial filtrado que señala que “cualquier persona que utilice Google Maps en un smartphone está apoyando a la GCHQ”).

¹⁶⁸ Se ha informado que el programa “conserje real” de la GCHQ es capaz de identificar de forma automática posibles reservas de hoteles para los diplomáticos, a fin de tener tiempo suficiente para hacer los preparativos técnicos necesarios si la persona en cuestión es un objetivo valioso de la vigilancia para que el cuarto de hotel, sus líneas telefónicas y la red pueden ser intervenidos. Véase Laura Poitras, Marcel Rosenbach & Holger Stark, “Royal Concierge”: GCHQ Monitors Hotel Reservations to Track Diplomats, *Spiegel Online* (17 de noviembre de 2013), <http://www.spiegel.de/international/europe/gchq-monitors-hotel-reservations-to-track-diplomats-a-933914.html>.

¹⁶⁹ Véase, por ejemplo, Ewen MacAskill et al., *GCHQ Intercepted Foreign Politicians’ Communications at G20 Summits*, *The Guardian* (17 de junio de 2013), <http://www.theguardian.com/uk/2013/jun/16/gchq-intercepted-communications-g20-summits> (“Políticos extranjeros y funcionarios que participaron en dos reuniones en la cumbre del G20 en Londres en 2009 tenían sus computadoras controladas y sus llamadas telefónicas interceptadas a partir de instrucciones de sus anfitriones del Gobierno británico, según documentos vistos por *The Guardian*. Algunos delegados fueron engañados para utilizar cibercafés que habían sido creados por las agencias de inteligencia británicas para leer su correo electrónico”).

estaba bajo la ocupación de Estados Unidos y la CIA realizara sus actividades allí –.¹⁷⁰

Cuando tienen control de un territorio, los Estados también tienen la obligación positiva de garantizar los derechos humanos y proteger a los individuos dentro de su jurisdicción de violaciones de derechos humanos por parte de terceros.¹⁷¹ En el contexto de la vigilancia, esta obligación tendría dos componentes principales. En primer lugar, los Estados deberían regular las compañías privadas que operan bajo su control que recopilan, almacenan, procesan o tengan acceso a información personal¹⁷². Esto incluiría, aunque no se limitaría a eso, estándares básicos de protección de información. En segundo lugar, los Estados necesitarían ejercer debida diligencia y tomar todas las medidas efectivas razonablemente disponibles para prevenir interferencias con la privacidad por parte de terceros. Si, por ejemplo, Francia sabía que un tercer Estado estaba interceptando a escala masiva comunicaciones de personas que viven en Francia, y si esas interferencias estaban objetivamente injustificadas conforme al marco de derecho de los derechos humanos, Francia debería implementar todas las medidas, ya sean tecnológicas u otras, que se encuentren a su disposición para obstruir esas interferencias –por ejemplo, exigir el uso de cifrado cuando se transmite información personal–.¹⁷³

Un problema más difícil surge si el Estado se involucra en la vigilancia de su propia población, y entonces proporciona la información recopilada a un tercero. Los Estados del Club de los Cinco Ojos comparten inteligencia de señales y la información que recopilan

¹⁷⁰ Véase en general *Loizidou c. Turquía* (sentencia), App. No. 15318/89, 310 TEDH (ser. A) (1995); *Milanovic*, supra nota 46, en 58–61.

¹⁷¹ Cf. Res. de la A.G. 68/167, supra nota 16, párr. 4; supra nota 19 y texto acompañante.

¹⁷² Esto es nuevamente una aplicación relativamente sencilla del modelo espacial —lo que la regulación supondría en la práctica es, por supuesto, una pregunta específica fáctica para el fondo del asunto—. Un problema más difícil en términos jurisdiccionales es si los estados tendrían dichas obligaciones positivas hacia personas que no se encuentran bajo control del Estado, pero cuyos datos sean almacenados o tratados en una instalación ubicada en un territorio bajo el control del Estado. Ese escenario no parece estar cubierto por el modelo espacial, que requiere que los individuos estén dentro de las áreas bajo la jurisdicción del Estado.

¹⁷³ Véase Anne Peters, *Surveillance without Borders: The Unlawfulness of the NSA Panopticon*, Part II, EJIL: Talk! (4 de noviembre de 2013), <http://www.ejiltalk.org/surveillance-without-borders-the-unlawfulness-of-the-nsa-panopticon-p-art-ii/>.

unos con otros, aunque los detalles sean, por supuesto, poco claros.¹⁷⁴ Los individuos involucrados podrían estar dentro de la jurisdicción del Estado que recopila/envía información, pero no necesariamente bajo la jurisdicción del Estado que la recibe, al menos no bajo el modelo espacial. Otros escenarios complejos son posibles¹⁷⁵, pero introducen dificultades legales y fácticas adicionales que no soy capaz de explorar en este artículo. Sólo quisiera decir que a esos escenarios se pueden aplicar reglas secundarias de responsabilidad del estado conforme al derecho internacional general¹⁷⁶ y reglas primarias específicas de derecho internacional de los derechos humanos que pueden imponer límites al intercambio de información.¹⁷⁷

¹⁷⁴ Véase, por ejemplo, Scott Shane, *No Morsel Too Minuscule for All-Consuming N.S.A.*, N.Y. Times (2 de noviembre de 2013), <http://www.nytimes.com/2013/11/03/world/no-morsel-too-minuscule-for-all-consuming-nsa.html?pagewanted=4&r=0> (“Durante décadas, la NSA ha compartido escuchas con el resto de la Alianza de los Cinco Ojos, las agencias Sigint de Gran Bretaña, Canadá, Australia y Nueva Zelanda. Una cooperación más limitada ocurre con muchos más países, incluidos los acuerdos formales llamados ‘Nine Eyes’, ‘14 Eyes’ y NACSI, una alianza de las agencias de 26 países de la OTAN”); Arne Halvorsen et al., *Norway’s Secret Surveillance of Russian Politics for the NSA*, *Dagbladet* (17 de diciembre de 2013), <http://www.dagbladet.no/2013/12/17/nyheter/samfunn/politikk/utenriks/overvaking/30877258/>.

¹⁷⁵ Véase, por ejemplo, James Ball, *US and UK Struck Secret Deal to Allow NSA to “Unmask” Britons’ Personal Data*, *The Guardian* (20 de noviembre de 2013), <http://www.theguardian.com/world/2013/nov/20/us-uk-secret-deal-surveillance-personal-data> (informe sobre que el Reino Unido permite a los EEUU “desenmascarar” los datos personales de los residentes del Reino Unido que recoge la NSA, antes sujetas a procedimientos de minimización); Ewen MacAskill, James Ball & Katharine Murphy, *Revealed: Australian Spy Agency Offered to Share Data About Ordinary Citizens*, *The Guardian* (2 de diciembre de 2013), <http://www.theguardian.com/world/2013/dec/02/revealed-australian-spy-agency-offered-to-share-data-about-ordinary-citizens> (Informe de Australia en el intercambio de datos personales de australianos ordinarios con la NSA); Greg Weston, Glenn Green-wald & Ryan Gallagher, *New Snowden Docs Show U.S. Spied During G20 in Toronto*, *CBC News* (Nov. 27, 2013), <http://www.cbc.ca/news/politics/new-snowden-docs-show-u-s-spied-during-g20-in-toronto-1.2442448> (informe acerca de que Canadá permitió a los Estados Unidos llevar a cabo operaciones de vigilancia en su territorio durante una cumbre del G-20 en Toronto).

¹⁷⁶ Véase Comisión de Derecho Internacional, sesión 53, Responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, artículo 16, Doc. de la ONU A/56/49; GAOR, 56th Sess. (2001).

¹⁷⁷ Por ejemplo, al sostener que los Estados tienen una obligación negativa territorialmente ilimitada de abstenerse de conductas que pudieran ayudar a terceros en la violación del derecho a la intimidad, por ejemplo, por analogía con la regla de ‘non refolement’ en casos como *Soering c. Reino Unido* (sentencia), App. No. 14038/88, 161 TEDH (ser. A) (1989), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57619>, o *Judge v. Canada*, Comité de Derechos Humanos de N.U., Comm’n No. 829/1998, Doc. de la ONU CCRP/C/78/D/829/1998 (2003).

C. El modelo espacial: interferencia en un área bajo el control del Estado

Hoy en día, las nuevas tecnologías pueden llevar frecuentemente a una discordancia entre la ubicación del individuo y la ubicación de la interferencia a la privacidad del individuo.¹⁷⁸ Por ejemplo, mientras está sentada en su oficina en Berlín, Angela Merkel puede enviar un correo electrónico a cualquier persona en Australia, pero la comunicación en sí puede ser enviada a través de un servidor en el Reino Unido y ser interceptada ahí por autoridades británicas. Merkel, por lo tanto, se encuentra en Alemania, pero la interferencia real a su privacidad se lleva a cabo en el Reino Unido.

La pregunta es cómo determinar la jurisdicción estatal en situaciones en las cuales la interferencia fue realizada en un área bajo control del Estado, pero el individuo no se encontraba en esa área. ¿Deberíamos analizar esos casos bajo el modelo espacial, sobre la base de la ubicación de la interferencia, o bajo el modelo personal observando si la interceptación califica como un ejercicio de autoridad o control sobre un individuo?

A un nivel textual y conceptual, soy escéptico acerca de que el modelo espacial pueda ser aplicado únicamente sobre la base de la ubicación de la interferencia. Si la pregunta es si el individuo se encuentra dentro de, o sujeto a, la jurisdicción del Estado, y si “jurisdicción” significa un área bajo el control efectivo del Estado, es difícil ver por qué la ubicación de la interferencia debiera importar.¹⁷⁹ Sin embargo, nuestras intuiciones, por otro lado, parecerían estar a favor de la aplicación de tratados de derechos humanos en esas circunstancias. Por ejemplo, yo normalmente vivo y trabajo en el Reino Unido, pero viajo con relativa frecuencia. Si la policía británica registrara mi departamento en Nottingham o si hackearan la computadora de mi oficina mientras estoy fuera del país, seguramente el PIDCP o el CEDH serían aplicables y mi derecho a la privacidad se vería comprometido. Si embargaran mi cuenta bancaria en el Reino Unido mientras me encuentro fuera del país, seguramente mis derechos de propiedad

¹⁷⁸Véase Carly Nast, *Interference-Based Jurisdiction over Violations of the Right to Privacy*, EJIL: Talk! (21 de noviembre de 2013), <http://www.ejiltalk.org/interference-based-jurisdiction-over-violations-of-the-right-to-privacy/>.

¹⁷⁹ Véase Milanovic, *supra* nota 46, pág. 7–8.

conforme al Protocolo N° 1 del CEDH se verían comprometidos. Y así sucesivamente.

Ha habido una gran cantidad de casos frente al Tribunal Europeo o el Comité de Derechos Humanos con este elemento extraterritorial en los cuales todos, incluyendo el Estado demandado, simplemente dieron por sentado que el tratado era aplicable.¹⁸⁰ Nadie dudó jamás, por ejemplo, que el artículo 6 del CEDH acerca de los derechos a un juicio justo aplicaba a una persona que fue juzgado *in absentia*, pero que se fugó al territorio de otro Estado mientras el juicio estaba en marcha.¹⁸¹ De forma similar, el Tribunal sostuvo que el artículo 6 aplicaba a procesos civiles iniciados en Italia por demandantes que vivían en Serbia por daños derivados de la destrucción de la misma estación televisiva de Belgrado que estaba en cuestión en *Bankovic*.¹⁸² De hecho, parecería manifiestamente arbitrario que el Convenio no fuera aplicable. Si tal fuera el caso, ¿por qué los derechos de privacidad deberían ser diferentes? La pregunta, entonces, es qué teoría cubre este tipo de situaciones.

La primera opción es tratar esas situaciones conforme al modelo espacial, pero, tal como fue explicado anteriormente, eso es problemático porque el foco de ese modelo está en la ubicación del individuo, y no en la ubicación de la interferencia. La segunda opción consiste en examinarlas bajo el modelo personal. Sin embargo, si

¹⁸⁰ Véase, por ejemplo, *Gueye c. Francia*, Comité de Derechos Humanos de la ONU, Commc'n No. 196/1985, Doc. de la ONU CCPR/C/35/D/196/1985 (6 de abril de 1989) (Aplica el art. 26 del PIDCP a ex soldados del ejército francés y de nacionalidad senegalesa que residen en Senegal, cuyas pensiones francesas fueron reducidas únicamente en razón de la nacionalidad); *Bosphorus c. Irlanda* (sentencia), App. No. 45036/98, 2005-VI TEDH., disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-69564> (se aplica la Convención a la confiscación de una aeronave en Irlanda que fue alquilada por una empresa registrada en Turquía); *Mullai c. Albania* (sentencia), App. No. 9074/07, TEDH (2012), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-107030> (se aplican los derechos de propiedad conforme a la Convención en relación con una disputa sobre un permiso de construcción en Albania a pesar de que algunos de los demandantes no se encontraban físicamente en Albania); *Vrbica c. Croacia* (sentencia), App. No. 32540/05, TEDH (2010), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-98057> (estaba en juego el derecho al debido proceso del demandante en relación con el reconocimiento y a la ejecución en Croacia de una sentencia de un tribunal de Montenegro, a pesar de que el demandante nunca vivió en Croacia).

¹⁸¹ Véase *Sejdovic c. Italia* (sentencia), App. No. 56581/00, 2006-II TEDH, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-72629>.

¹⁸² Véase *Markovic c. Italia* (sentencia), App. No. 1398/03, 2006-XIV TEDH., disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-78623>.

aceptamos que, por ejemplo, yo soy un individuo que se encuentra bajo la “autoridad y control” del Reino Unido cuando agentes británicos registran mi departamento en Nottingham aun cuando me encuentre fuera del país, no veo motivo por el cual podríamos negar que estaría también bajo la autoridad y control del Reino Unido si agentes británicos secretamente registran mi departamento en Belgrado, Serbia. Del mismo modo, si el CEDH fuera aplicable a un acceso a mi computadora de escritorio en el Reino Unido incluso mientras me encuentro en Serbia, porque al llevar a cabo el registro el gobierno del Reino Unido está ejerciendo autoridad y control sobre mí, entonces no veo motivo por el cual el CEDH no sería aplicable a un registro similar a mi laptop por parte de agentes británicos que operan en Serbia, ya sea legal o ilegalmente. En otras palabras, la ubicación tanto del individuo como de la interferencia parece ser irrelevante a la luz de la lógica del modelo personal.

Una tercera opción consistiría en decir que lo que tenemos aquí son actos territoriales que producen efectos extraterritoriales, una línea de pensamiento que se remonta al caso de *Estrasburgo Drozd and Janousek*.¹⁸³ No obstante, esta no es, en mi opinión, una buena manera de conceptualizar la aplicación de los tratados de derechos humanos ya que en cada caso uno puede trazar algún vínculo causal entre un acto territorial (por ejemplo, la decisión de bombardear Serbia en 1999 tomada por los gobiernos de la OTAN en sus propios territorios) y sus consecuencias extraterritoriales (por ejemplo, el bombardeo en sí mismo). El Tribunal Europeo por su parte analiza el caso *Drozd*.¹⁸⁴ Aún más, en casos de vigilancia la posible violación de la privacidad se consuma completamente por el acto de la vigilancia en sí misma, ya sea que ocurra en un área bajo la soberanía o el control del Estado o lejos de su control. La solución que prefiero para esos casos es, por lo tanto, el tercer modelo de jurisdicción, que distingue entre obligaciones positivas y negativas. La razón por la cual el Convenio sería aplicable es porque

¹⁸³ Véase *Drozd c. Francia* (sentencia), App. No. 12747/87, 240 TEDH (ser. A), párr. 91 (1992), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57774> (sostiene que “[e]l término ‘jurisdicción’ no se limita al territorio nacional de las Altas Partes Contratantes; su responsabilidad puede ser a causa de actos de sus autoridades que produzcan efectos fuera de su propio territorio”).

¹⁸⁴ Véase *Al-Skeini* (sentencia), App. No. 55721/07, 2011 TEDH párr. 133,135.

debería aplicarse a todas las potenciales violaciones de obligaciones negativas; por ejemplo, la de abstenerse de interferir con mi privacidad.

Cualquiera sea la teoría que uno elija, los programas de vigilancia en los cuales la interferencia a la privacidad ocurre dentro de un área bajo el control del Estado, incluso cuando el individuo no se encuentre en esa área, pueden ser más susceptibles de ser cuestionados que aquellos programas en los cuales tanto la interferencia como el individuo se encuentran fuera de las áreas controladas por el Estado. Por ejemplo, el programa masivo “Tempora” de la GCHQ accede a cables de fibras ópticas transatlánticas cuando pasan a través del Reino Unido o su mar territorial y obtiene enormes cantidades de información.¹⁸⁵ La interferencia, por lo tanto, se lleva a cabo dentro del territorio del Reino Unido aun cuando la persona cuya comunicación es interceptada se encuentre fuera de él. Incluso si la interceptación de la comunicación o la recolección de información personal no se llevaran a cabo en un área bajo el control del Estado, su posterior almacenamiento, procesamiento y uso –los cuales constituirían, por separado, nuevas interferencias con la privacidad– bien puede llevarse a cabo dentro de esa área.¹⁸⁶ Del mismo modo, se ha denunciado que Australia ha estado utilizando sus embajadas en una gran cantidad de países para interceptar llamadas e información, equipándolas con instalaciones de recolección de vigilancia, como parte del programa “STATEROOM” de utilizar misiones diplomáticas de los Estados del Club de los Cinco Ojos.¹⁸⁷ Estados Unidos también ha utilizado rutinariamente sus embajadas y bases militares en el extranjero para vigilancia electrónica.¹⁸⁸ Recuerde, con respecto a este punto, la posibilidad de reducir el modelo espacial de

¹⁸⁵ Véase Ewn MacAskill et al., GCHQ Taps Fibre-Optic Cables for Secret Access to World’s Communications, *The Guardian* (21 de junio de 2013), <http://www.theguardian.com/uk/2013/jun/21/gchq-cables-secret-world-communications-nsa>.

¹⁸⁶ Véase discusión infra Parte V sobre qué constituye una interferencia a la privacidad.

¹⁸⁷ Véase Australia Accused of Using Embassies to Spy on Neighbours, *The Guardian* (30 de octubre de 2013), <http://www.theguardian.com/world/2013/oct/31/australia-accused-embassies-spy-neighbours>.

¹⁸⁸ Véase, por ejemplo, Embassy Espionage: The NSA’s Secret Spy Hub in Berlin, *Spiegel Online* (27 de octubre de 2013), <http://www.spiegel.de/international/germany/cover-story-how-nsa-spied-on-merkel-cell-phone-from-berlin-embassy-a-930205.html> (informe sobre el uso por parte de los agentes del Servicio de Recolección Especial de la NSA de las embajadas estadounidenses y consulados en Berlín, París, Madrid, Roma, Praga y Ginebra); Inside TAO, supra nota 162 (informes sobre el uso de una base militar estadounidense en Darmstadt).

jurisdicción para cubrir áreas o lugares más pequeños, como en *Al-Saadoon*, incluyendo embajadas y bases militares.¹⁸⁹

Notablemente, al menos dos de estos casos de vigilancia/recopilación de información frente al Tribunal Europeo lidiaron con situaciones en las cuales la interferencia era territorial mientras que el individuo se encontraba fuera de cualquier área bajo el control del Estado. En el primero, *Weber and Saravia v. Germany*¹⁹⁰ HYPERLINK "http://www.revistaladi.com.ar/numero3-milanovic/" \l "_ftn191" ¹⁹¹, dos de los demandantes eran organizaciones irlandesas que se comunicaron con una organización británica, y sus comunicaciones fueron presuntamente interceptadas en el Reino Unido. Ni el gobierno del Reino Unido, ni el Tribunal *motu proprio* consideraron que había surgido una cuestión de jurisdicción en torno al artículo 1 con respecto a los demandantes irlandeses –esto es, ambos asumieron que el CEDH era aplicable, y el Tribunal continuó su razonamiento hasta encontrar una violación del artículo 8.

D. Modelo personal

La situación más problemática de vigilancia es aquella en la cual tanto el individuo como la interferencia con su privacidad ocurren en un área fuera del control del Estado. A menos que optemos por el tercer modelo, que distingue entre obligaciones positivas y negativas, deberemos analizar esos casos a través del modelo personal de jurisdicción. Hemos visto que la jurisprudencia del Tribunal Europeo y el Comité de Derechos Humanos definen esa jurisdicción en términos similares, como “autoridad y control” o “poder y control efectivo” sobre individuos. La cuestión es exactamente qué califica como autoridad, poder, o control, y cómo ese criterio podría aplicarse a la vigilancia en el extranjero. Como un ejercicio mental, consideren los siguientes escenarios, que por hipótesis ocurren todos en Berlín e involucran a una hipotética Angela Merkel:

¹⁸⁹ Véase *Al-Saadoon v. United Kingdom* (sentencia), App. No. 61498/08, 2010 TEDH.

¹⁹⁰ *Weber v. Germany* (sentencia), App. No. 54934/00, 2006-XI TEDH, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-76586>.

¹⁹¹

Un agente de la CIA toma a Angela Merkel, inhabilita a su escolta (asumamos que es algún tipo de maestro de judo), y luego la cachea físicamente en busca de objetos en su posesión.

Un agente de la CIA irrumpe e inspecciona el departamento de Angela y planta cámaras y dispositivos de escucha.

Un agente de la CIA se las ingenia para obtener el teléfono de Angela cuando ella no está mirando y sigilosamente planta un dispositivo de seguimiento en este.

Un agente de la CIA irrumpe en la oficina de Angela y hackea su computadora a través de un virus y descarga información sensible.

Un agente de la CIA observa y escucha a Angela mediante una cámara de alta resolución/ micrófono dirigido.

Un agente de la CIA observa y monitorea desde afuera la residencia de Angela usando una cámara de alta resolución/micrófono dirigido, sin observar necesariamente a Angela.

Un agente de la CIA hackea remotamente el teléfono o la computadora de Angela.

Un agente de la CIA intercepta las llamadas, mensajes o los emails de Angela.

Un agente de la CIA es capaz de recopilar información acerca de a quién llama Angela, cuándo y por cuánto tiempo (metadatos de la telefonía) o a quién y cuándo le envía emails (metadatos de internet).

La NSA obtiene información personal de Angela a través de sus colaboradores en la GCHQ y la almacena y procesa.

¿Cuál de estos escenarios califican como un ejercicio de autoridad, poder, o control sobre Angela? Como expliqué antes, el modelo personal de jurisdicción es propenso a colapsar (y eso puede ser o bien un error o una característica, dependiendo de cómo lo veamos). Resulta muy difícil trazar líneas que no sean arbitrarias. De hecho, algunas líneas claramente serían arbitrarias, por ejemplo, si dijéramos que en alguno de estos escenarios Angela estaría bajo la jurisdicción de Estados Unidos, pero sólo porque ella era una ciudadana estadounidense.¹⁹²

¹⁹² Véase supra Parte I; véase también *Coard c. Estados Unidos*, Caso 10.951, Comisión IDH, Informe No. 109/99, OEA/Ser.L/V/II.106, párr. 37 (1999) ("Dado que los derechos individuales son inherentes simplemente en virtud de la humanidad de una persona, todos los Estados americanos están obligados a respaldar los derechos protegidos de cualquier persona sujeta a su jurisdicción. Si bien ello se refiere comúnmente a las personas que se hallan dentro del territorio

De estos diez escenarios, únicamente (1) implica un ejercicio de poder físico contra Angela en el sentido de que una gente está sujetando su cuerpo. (2)-(4) implican todos un ejercicio de poder físico, pero contra la propiedad de Angela, en lugar de su cuerpo. (5) y (6) son físicos, pero no corporales, por así decirlo. (7)-(10) son enteramente virtuales o digitales.¹⁹³

No veo una forma legítima de trazar líneas aquí. El escenario (1) seguramente califique como un ejercicio de poder, autoridad o control sobre Angela, quien es capturada e inspeccionada contra su voluntad por un agente estatal. Sin embargo, si en (1) hay jurisdicción, entonces ¿por qué no en (2)-(4), etcétera? En particular, si los métodos virtuales pueden lograr, en principio, el mismo resultado que los físicos, entonces parecería ser que no hay razón válida para tratarlos de forma diferente e insistir en algún tipo de intervención corporal directa.¹⁹⁴ Por lo tanto, a menos que uno tenga la intención de trazar líneas a sabiendas de que son arbitrarias y por su propia naturaleza invitan a la evasión y abuso, por ejemplo, al requerir esa intervención física directa o usando criterios nebulosos y poco definidos como el concepto de “poderes públicos” en Bankovic/Al-Skeini, el modelo personal parecería colapsar nuevamente y todos los casos de vigilancia en el extranjero por parte de un Estado se encontrarían dentro de la jurisdicción de ese Estado. El resultado final no sería muy diferente si aplicáramos el tercer modelo desde el principio y prescindiéramos de cualquier investigación jurisdiccional con respecto a las posibles violaciones de obligaciones negativas de los Estados.

En suma, sostengo que los tratados de derechos humanos aplican a la mayoría, sino a todas, las actividades de vigilancia extranjera. Este

de un Estado, en determinadas circunstancias puede referirse a la conducta con un locus extraterritorial, en que la persona está presente en el territorio de un Estado, pero está sujeta al control de otro Estado, por lo general a través de los actos de los agentes en el exterior de este último. En principio, la investigación no se refiere a la nacionalidad de la presunta víctima o a su presencia en una determinada zona geográfica, sino a que si en esas circunstancias específicas, el Estado observó los derechos de una persona sometida a su autoridad y control”) (énfasis agregado).

¹⁹³ Tenga en cuenta que todos estos métodos son físicos en un sentido más amplio: la transmisión y la sensación de imágenes a través de fotones, de sonidos a través de vibraciones de partículas en el aire, o de información a través de los electrones son fenómenos no menos físicos que la interacción entre los átomos de las manos del agente de la CIA y los del cuerpo de Merkel.

¹⁹⁴ Véase Margulies, supra nota 84, pág. 11-13 (argumenta a favor de un concepto de control virtual).

ciertamente sería el caso conforme al tercer modelo de jurisdicción, y eso sería igualmente cierto para el modelo personal si fuera aplicado consistente y coherentemente. Sin embargo, el Tribunal Europeo bien podría decidir trazar una línea arbitraria en algún lugar, especialmente porque sea lo que sea que decida en el contexto de violaciones extraterritoriales de la privacidad, necesariamente tendrá ramificaciones para otros temas controversiales, tales como los asesinatos selectivos (por ejemplo, parece que no hay forma de decir que leer los emails de Angela es un ejercicio de poder, autoridad y control sobre ella, pero asesinarla no lo es). Aunque he argumentado qué debe hacer el Tribunal, es imposible predecir lo que, de hecho, hará, excepto decir que es más probable que concluya que están cubiertas por el CEDH las interferencias con la privacidad que ocurran dentro del territorio controlado por el Estado (por ejemplo, el programa Tempora de la GCHQ). El historial del Comité de Derechos Humanos, por otro lado, sugiere que será más generoso que el Tribunal Europeo, aun cuando sus visiones pueden llegar a tener un menor impacto. Desde el punto de vista de la incidencia, las declaraciones claras del Comité y los relatores especiales de las Naciones Unidas relevantes acerca de que los tratados de derechos humanos son aplicables a la vigilancia extraterritorial hará más probable que el Tribunal Europeo (o la Corte Suprema del Reino Unido o la Suprema Corte de alguna otra parte para la cual sean directamente aplicables los tratados de derechos humanos, o incluso la CIJ si se encontrara frente a un caso pertinente) concluya que este enfoque es aceptable.

A continuación, analizaré qué significa el derecho a la privacidad en el contexto de vigilancia extraterritorial, para lo cual asumiré que el PIDCP y el CEDH son aplicables.

VI. EL CONTENIDO DE UN DERECHO EXTRATERRITORIAL A LA PRIVACIDAD

A. Entre la utopía y la apología, la universalidad y la efectividad

Hasta ahora traté únicamente la cuestión previa sobre si los individuos sujetos a vigilancia en el extranjero deberían tener derecho a los derechos humanos en primer lugar. Esta parte del artículo tratará

sobre el contenido del derecho a la privacidad en este contexto, si determinamos que el derecho aplica. Si bien mi principal foco ha sido la cuestión previa de la aplicación extraterritorial, y si bien esa cuestión es conceptualmente distinta del contenido sustancial de cualquier derecho, hay una conexión directa como una cuestión de política entre las consultas relativas a la competencia y el fondo de la cuestión. Cuanto más difícil, complejo, o políticamente controversial sea la cuestión de fondo acerca de si el derecho sustantivo ha sido violado, mayor será la tentación de decir que el derecho simplemente no es aplicable. Los tribunales en particular apelan frecuentemente a rechazar los casos in limine mientras furtivamente echan un ojo en la cuestión de fondo, de manera tal de evitar tener que lidiar abiertamente con la cuestión de fondo. Uno no puede reducir realmente la arbitrariedad al resolver las cuestiones previas sin tener en cuenta las consecuencias que esto generará.

He explicado, en ese sentido, que la jurisprudencia sobre la aplicación extraterritorial de tratados de derechos humanos, particularmente la del Tribunal Europeo combina una división al estilo Koskenniemi entre universalidad y efectividad.¹⁹⁵ Por un lado, queremos seguir la lógica moral de la universalidad, proteger a los humanos sin importar dónde se encuentren sobre la base de su dignidad inherente, y simplemente hacer lo correcto. Por otro lado, observamos enormes dificultades prácticas y políticas de hacerlo, que hacer lo correcto muchas veces viene de la mano de un costo, y que cumplir con la universalidad puede requerir un distanciamiento radical del status quo. Un enfoque expansivo de la extraterritorialidad puede, por lo tanto, ser criticado como utópico, al presentar una visión normativa que nada tiene que ver con el mundo real, mientras que un enfoque restrictivo puede ser rechazado como una pura apología al ejercicio de un poder estatal desenfrenado, arbitrario y sin límites que nunca aceptaríamos localmente.

Un argumento persuasivo respecto al umbral de aplicación extraterritorial debería por lo tanto tener en cuenta también el contenido e intentar lograr un mejor balance entre universalidad y

¹⁹⁵ Véase Milanovic, *supra* nota 46, pág. 106–17 (apoyándose en Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument* (2005)).

efectividad. Debería proporcionar a los Estados y tribunales una flexibilidad suficiente en el contexto extraterritorial y no imponer cargas poco realistas o restricciones con las cuales ellos no puedan cumplir jamás. La resistencia a la aplicación extraterritorial estriba en mayor medida del hecho de que gran cantidad de jurisprudencia sobre derechos humanos fue construida en tiempos de normalidad, y el miedo de aplicar esta jurisprudencia a situaciones externas sería rígido e inflexible. Es este miedo lo que lleva a rechazos categóricos de la posibilidad de que tratados de derechos humanos puedan ser aplicados extraterritorialmente, o a trazar líneas arbitrarias en cuestiones previas jurisdiccionales. Sin embargo, si bien esto es cierto, el miedo es exagerado. La mayoría de los derechos humanos, incluyendo el derecho a la privacidad, emplean exámenes de ponderación que pueden ser usados menos estrictamente si son justificados objetivamente por las circunstancias –pero esa justificación debe ser realizada y evaluada en la discusión sobre el fondo de la cuestión.^{[Obj.]196–}

Comparen, en este sentido, la maleabilidad inherente de los estándares basados en exámenes de ponderación con el requisito de que exista una orden judicial frente a inspecciones e incautaciones de la Cuarta Enmienda norteamericana. Mientras que el Tribunal Europeo ha interpretado muy generosamente las nociones de “vida privada” y “correspondencia” protegidas por el Convenio, ampliando de este modo el alcance de actos que pueden constituir una interferencia con la privacidad^{[Obj.]197}, la Corte Suprema estadounidense ha interpretado algunas veces el concepto de inspecciones e incautaciones en sentido estricto, porque esta era la única forma de evitar lo que parecía ser un requisito inflexible y extremadamente rígido para una orden específica

¹⁹⁶ Véase Milanovic, *supra* nota 46, pág. 110–13.

¹⁹⁷ Véase, por ejemplo, *Shimovolos c. Rusia* (sentencia), App. No. 30194/09, TEDH párr. 64 (2011), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-105217> (“El Tribunal reitera que la vida privada es un término amplio no susceptible de definición exhaustiva. El artículo 8 no se limita a la protección de un ‘círculo íntimo’ en el que la persona puede vivir su propia vida personal como desee y excluir de ella por completo el mundo exterior no englobado dentro de ese círculo. También protege el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior. El derecho a la vida privada puede a su vez incluir actividades de carácter profesional o empresarial... Hay, por lo tanto, una zona de interacción de una persona con los demás, incluso en un contexto público, que puede entrar en el ámbito de la ‘vida privada’”) (Cita jurisprudencia pertinente).

de allanamiento en virtud de una causa probable.¹⁹⁸ En otras palabras, el alcance del derecho a la privacidad conforme al CEDH (y podría decirse que el PIDCP) es más amplio que el estado actual de la doctrina de “expectativas razonables de privacidad” adoptada por la Corte Suprema estadounidense.¹⁹⁹ Por ejemplo, mientras que la Corte Suprema sostuvo en *Smith v. Maryland* que los individuos no tienen una expectativa razonable de privacidad en temas de información telefónica,²⁰⁰ esa información puede estar dentro del espectro del derecho humano a la privacidad, incluso si recopilar esta información no requiere necesariamente una orden judicial.²⁰¹

El marco de derechos humanos es, por lo tanto, inherentemente flexible cuando se trata de justificar las interferencias a la privacidad, y simultáneamente es muy inclusivo acerca de qué constituye una interferencia.²⁰² Sin embargo, aun cuando el marco de derechos humanos puede y podría ser aplicado más flexiblemente en el contexto externo, no debe ser aplicado tan flexiblemente de forma tal que deje de

¹⁹⁸ Véase Elisabeth Fura & Mark Klamberg, *The Chilling Effect of Counter-Terrorism Measures: A Comparative Analysis of Electronic Surveillance Laws in Europe and the USA*, in *Freedom of Expression – Essays in Honour of Nicolas Bratza* 463 (Josep Casadevall et al., eds., 2012).

¹⁹⁹ El estándar sobre qué constituye un allanamiento en un contexto protegido por la Constitución, establecido en *Katz v. United States*, 389 U.S. 347, 361 (1967) (voto separado de Harlan, J.). Véase también Orin S. Kerr, *Four Models of Fourth Amendment Protection*, 60 *Stan. L. Rev.* 503 (2007) (discute la incapacidad de la Corte Suprema de proporcionar una única respuesta, basada en la naturaleza de “allanamiento” conforme a la Cuarta Enmienda).

²⁰⁰ *Smith v. Maryland*, 442 U.S. 735 (1979).

²⁰¹ Véase *Malone c. Reino Unido* (sentencia), App. No. 8691/79, 82 TEDH (ser. A), párr. 84 (1984), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-5753> (“Como sugirió el gobierno de forma acertada, un contador de pasos registra la información que un proveedor de servicio telefónico puede, en principio, legítimamente obtener, en particular con el fin de garantizar que el servidor se cargue correctamente o para investigar las denuncias o posibles abusos del servicio. Por su propia naturaleza el contador de pasos ha de distinguirse de la interceptación de las comunicaciones, que es indeseable e ilegítima en una sociedad democrática. El Tribunal no acepta, sin embargo, que el uso de los datos obtenidos del contador, cualesquiera que sean las circunstancias y propósitos, no pueda dar lugar a una cuestión en virtud del artículo 8 (art. 8). Los registros de pasos contienen información, en particular la digitalización de números que es un elemento integral en las comunicaciones realizadas por teléfono. En consecuencia, la liberación de dicha información a la policía sin el consentimiento del abonado también asciende, a juicio del Tribunal, a una interferencia del derecho garantizado por el artículo 8 (art. 8)”). El Tribunal llegó a sostener que la interferencia constituía una violación del artículo 8 porque no había sido “prevista en la ley” conforme al artículo 8(2). *Id.*, párr. 86–88.

²⁰² Tenga en cuenta que dos tribunales federales de apelación han tratado de evitar la rigidez del requisito de obtener una orden de la cuarta enmienda al considerar que en un contexto extraterritorial incluso un ciudadano tendría derecho a una reducción de la protección razonable bajo la Cuarta Enmienda, la cual (como el derecho de los derechos humanos) no requeriría necesariamente una orden judicial. Véase *United States v. Stokes*, 726 F.3d 880 (7th Cir. 2013); *In re Terrorist Bombings of U.S. Embassies in E. Afr.*, 552 F.3d 157, 171 (2d Cir. 2008).

tener un impacto o comprometa la integridad de todo el régimen.²⁰³ Por “impacto” quiero decir que no tendría sentido aplicar los derechos humanos extraterritorialmente si eso no trae nada nuevo a la mesa, si no hace alguna diferencia y si no desafía de alguna forma el status quo. Por el contrario, diluir demasiado los requisitos substantivos de derechos humanos en el contexto externo, como opuesto al contexto interno, serviría únicamente para legitimar el status quo y, de esa forma, realzar la crítica de la apología. En este sentido, mientras que los gobiernos corren el riesgo de que sus acuerdos actuales sobre llevar a cabo vigilancia extranjera sean considerados como injustificados con arreglo al marco de derechos humanos, los activistas de la privacidad corren el riesgo de que estos acuerdos –tal vez con algunos cambios menores aquí o allá– sean considerados aceptables dentro del mismo marco, especialmente si los tribunales u órganos de un tratado llevan a cabo su revisión de forma muy deferente.²⁰⁴

Finalmente, debemos crear reglas que sean razonablemente claras y predecibles, con respecto a la cuestión previa de aplicabilidad y sobre el fondo del asunto. Esto es precisamente lo que he tratado de hacer con mi tercer modelo de jurisdicción en lo que concierne a la aplicabilidad, mientras que la investigación sobre el fondo del asunto es necesariamente más específica sobre los hechos y puede ser descripta en resumen únicamente a grandes rasgos. Eso es lo que haré (muy brevemente) ahora.

B. Privacidad y vigilancia dentro del marco de derechos humanos

En este punto, deberíamos recordar algunas de las diferencias textuales entre el PIDCP y el CEDH con respecto al derecho a la privacidad. El artículo 17 del PIDCP prohíbe interferencias “arbitrarias o ilegales” a la privacidad o correspondencia y conforme al artículo 8 del CEDH esas interferencias con la privacidad o correspondencia sólo pueden ser justificadas si están “previstas por la ley” y “constituy[en]

²⁰³ Véase Milanovic, *supra* nota 46, pág. 113–15.

²⁰⁴ Véase también Daniel J. Solove, *Data Mining and the Security-Liberty Debate*, 75 U. Chi. L. Rev. 434 (2008) (argumenta que en el contexto de Estados Unidos existen problemas sistémicos en la aplicación de pruebas de ponderación por lo que la importancia de los intereses de seguridad aumenta mientras que el valor de los intereses de libertad se ve disminuido, y que la falta de transparencia sobre los programas de “information mining” compromete cualquier ponderación en cuanto a su justificación).

una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria” para el logro de los fines legítimos especificados allí, tales como la seguridad nacional. Ambas disposiciones son vagas, amplias en su alcance y requieren ser interpretadas. Las palabras “ilegales” y “previstas por la ley” refieren a la legalidad de la interferencia; por ejemplo, las medidas de vigilancia, conforme a la ley interna relevante del propio Estado. El estándar de “arbitrariedad” del PIDCP, por otro lado, al menos prima facie parece más indulgente que el estándar de “una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria” del CEDH.

No obstante, el Comité de Derechos Humanos nunca ha interpretado “arbitrarias” en el artículo 17 o en otras disposiciones del Convenio que usen el término puramente por su significado discrecional²⁰⁵, como refiriéndose a decisiones desenfundadas hechas puramente por discreción o por capricho, sin un fundamento racional –un estándar tan bajo que podría ser satisfecho por casi cualquier regla que permita la interferencia²⁰⁶–. Tampoco ha interpretado el Tribunal Europeo que “una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria” exija una necesidad absoluta en el sentido de demandar siempre el agotamiento de todos los medios menos intrusivos posibles que sean capaces de alcanzar el mismo fin, ya que hacer ello implicaría imponer una carga irrazonable a los Estados que se encuentran en la mayoría de las situaciones frente a varias alternativas y trade-offs, y la elección entre ellas está sujeta a procesos políticos.²⁰⁷ En cambio, ambos órganos han adoptado un enfoque analítico virtualmente idéntico al evaluar si ha

²⁰⁵ Véase PIDCP, art. 6.1, 9.1, 12.4.

²⁰⁶ Véase Comité de Derechos Humanos de la ONU, Observación General No. 16: Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales adoptadas por Órganos creados en virtud de los Tratados de Derechos Humanos, Doc. de la ONU HRI/GEN/1/Rev.1 pág. 21 (1994) [de ahora en más Observación General No. 16]; véase también *Donoso c. Panamá* (sentencia), Corte IDH, párr. 56 (27 de enero de 2009), disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_193_ing.pdf (“El derecho a la vida privada no es un derecho absoluto y, por lo tanto, puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, las mismas deben estar previstas en ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, es decir, deben ser necesarias en una sociedad democrática”).

²⁰⁷ Tal necesidad absoluta se utiliza sólo en el contexto del artículo 2 del CEDH y la privación de la vida. Este ha sido el enfoque del Comité de Derechos Humanos, a pesar de que el artículo 6(1) del PIDCP también prohíbe sólo la privación arbitraria del derecho a la vida —la intensidad del análisis de proporcionalidad, inevitablemente, será mayor en el contexto del derecho a la vida que en el derecho a la privacidad—.

habido una violación al derecho a la privacidad, en un test de cuatro partes:

¿Ha habido una interferencia con la privacidad o la correspondencia?

Si es así, ¿fue esta interferencia legal/ prevista por la ley?

Si es así, ¿perseguía esta interferencia un fin legítimo?

Si es así, ¿fue proporcional al fin?

Con respecto a (1), como fue explicado anteriormente los órganos de derechos humanos han tomado una visión expansiva acerca de qué constituye una interferencia con la privacidad. Esto no estaría limitado simplemente a la interceptación del contenido de una comunicación, sino también a la recopilación de información sobre la comunicación²⁰⁸, a la vigilancia audio-visual²⁰⁹, seguimiento por GPS²¹⁰, así como el almacenamiento y uso de la información personal.²¹¹ Comunicaciones por teléfono, fax y correo electrónico estarían cubiertas por las nociones de privacidad y correspondencia, como también otras formas similares de telecomunicación, por ejemplo, video llamadas o chats online.²¹² Aún más, “la transmisión de información y el uso por otras autoridades, que componen el grupo de personas con conocimiento de la información personal interceptada y pueden dar lugar a investigaciones que se lleven a cabo contra las personas en cuestión, constituye una injerencia adicional”.²¹³ Una violación es concebible incluso en la ausencia de algún perjuicio al individuo afectado.²¹⁴ Finalmente,

²⁰⁸ Malone c. Reino Unido (sentencia), App. No. 8691/79, 82 TEDH. (ser. A), párr. 84 (1984).

²⁰⁹ El Haski c. Bélgica (sentencia), App. No. 649/08, TEH párr. 102 (2012) (en francés), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-113336>.

²¹⁰ Uzun c. Alemania (sentencia), App. No. 35623/05, 2010 TEDH párr. 12–13, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-100293>; véase también supra nota 160.

²¹¹ Véase S. c. Reino Unido (sentencia), App. Nos. 30562/04 & 30566/04, 2008 TEDH párr. 20, 33, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-90051>; Amann c. Suiza (sentencia), App. No. 27798/95, 2000-II TEDH párr. 69, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58497>; Leander c. Suecia (sentencia), App. No. 9248/81, 116 TEDH (ser. A), párr. 48 (1987), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57519>.

²¹² Véase Kennedy c. Reino Unido (sentencia), App. No. 26839/05, TEDH (2010), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-98473>; Liberty c. Reino Unido (sentencia), App. No. 58243/00, TEDH (2008).

²¹³ Weber c. Alemania (sentencia), App. No. 54934/00, 2006-XI TEDH.

²¹⁴ Véase Huvig c. Francia (sentencia), App. No. 11105/84, 176-B TEDH (ser. A), párr. 35 (1990), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57627>.

“La mera existencia de legislación que permita un sistema para el monitoreo secreto de las comunicaciones implica una amenaza a la vigilancia para todos aquellos a los cuales la legislación pueda serles aplicada. Esta amenaza necesariamente afecta la libertad de comunicación entre los usuarios de los servicios de telecomunicaciones y, de esa manera, supone en sí mismo una interferencia con el ejercicio de los derechos de los demandantes con arreglo al artículo 8, independientemente de las medidas que se hayan tomado”.²¹⁵

La pregunta (2) ha tenido una importancia particular en el contexto de la vigilancia. Esto es así porque los organismos de derechos humanos no requieren simplemente medidas de vigilancia que estén basadas en una ley y sean legales conforme a la ley interna del Estado involucrado, sino también que esa ley posea ciertas cualidades interrelacionadas y satisfagan el significado autónomo de legalidad bajo los tratados de derechos humanos: accesibilidad, previsibilidad y compatibilidad con el principio de legalidad.²¹⁶ Un incumplimiento de las exigencias legales internas, o la ausencia de regulación legal suficiente sobre vigilancia, llevaría automáticamente a una violación a nivel internacional.²¹⁷

La accesibilidad es satisfecha principalmente a través de la publicación de la legislación primaria y secundaria que regula la vigilancia, lo cual logra transparencia y permite que el público se familiarice con las reglas relevantes. La accesibilidad no requiere la divulgación completa de todas las regulaciones internas en relación a los métodos de inteligencia de señales, si su publicación permite evadir la vigilancia. No obstante, debe existir cierto nivel de accesibilidad.²¹⁸

El criterio de previsibilidad obviamente no requiere que se les avise anticipadamente a los individuos que serán vigilados, ya que ello derrotaría todo el objeto de su ejercicio. En cambio, el público tiene que ser capaz de comprobar en qué circunstancias las autoridades tienen el

²¹⁵ Weber, App. No. 54934/00, TEDH párr. 78; véase también supra nota 10...

²¹⁶ Véase Liberty, App. No. 58243/00, TEDH; Malone c. Reino Unido (sentencia), App. No. 8691/79, 82 TEDH (ser. A), párr. 84 (1984); Observación General No. 16, párr. 3 (“La injerencia autorizada por los Estados sólo puede tener lugar en virtud de la ley, que a su vez debe conformarse a las disposiciones, propósitos y objetivos del Pacto”).

²¹⁷ Véase, por ejemplo, Malone, App. No. 8691/79, TEDH, párr. 87 (respecto a la recopilación de información de telefonía que simplemente se recoge en ausencia de cualquier prohibición legal, y no en virtud de una autoridad legal afirmativa); Weber, App. No. 54934/00, TEDH párr. 90.

²¹⁸ Véase Shimovolovs c. Rusia (sentencia), App. No. 30194/09, TEDH, párr. 67–71 (2011); Liberty, App. No. 58243/00, TEDH, párr. 60–61.

poder de someter a los individuos a medidas de vigilancia.²¹⁹ En particular, el Tribunal Europeo “no considera que haya fundamento alguno para aplicar diferentes principios en lo que respecta a la accesibilidad y claridad de las reglas que gobiernan la interceptación de comunicaciones de los individuos, por un lado, y los programas de vigilancia más generales, por el otro”.²²⁰ El Comité de Derechos Humanos también advirtió a una serie de Estados que los acuerdos legales actuales sobre vigilancia no eran lo suficientemente claros y precisos, y carecían de salvaguardas apropiadas.²²¹

En relación con la compatibilidad con el principio de legalidad, la exigencia clave es que a las autoridades no les fue concedida una discrecionalidad absoluta al aplicar medidas de vigilancia.²²² Con respecto a las escuchas telefónicas en particular, el Tribunal Europeo exige que un mínimo de salvaguardas sean dispuestas en la legislación acerca de “la naturaleza de los delitos que pueden dar lugar a una orden de interceptación; una definición de las categorías de personas susceptibles de tener su teléfono intervenido; un límite a la duración de la escucha telefónica; el procedimiento que debe ser seguido para

²¹⁹ Malone, App. No. 8691/79, TEDH párr. 67 (“En particular, el requisito de previsibilidad no puede significar que una persona debe tener la posibilidad de prever cuándo las autoridades tienden a interceptar sus comunicaciones para que pueda adaptar su conducta en consecuencia. Sin embargo, la ley debe ser suficientemente clara en sus términos para dar a los ciudadanos una indicación adecuada sobre las circunstancias y condiciones en que las autoridades públicas están facultadas para recurrir a esta interferencia secreta y potencialmente peligrosas para el derecho al respeto de la vida privada y correspondencia”); véase también Observación General No. 16, párr. 8; Van Hulst c. Holanda, Comité de Derechos Humanos de la ONU, Ses. 82., Commc’n No. 903/1999, en párr. 7.7, Doc. de la ONU CCPR/C/82/D/903/1999 (15 de noviembre de 2004). (“[L]a legislación relevante que autoriza la interferencia con las comunicaciones de uno deben especificar con detalle las circunstancias precisas en que podrán autorizarse esas interferencias, y la decisión de autorizar dicha injerencia sólo puede ser tomada por la autoridad designada por la ley, caso por caso”).

²²⁰ Liberty, App. No. 58243/00, TEDH, párr. 63.

²²¹ Véase, por ejemplo, Comité de Derechos Humanos de la ONU., Observaciones Finales: Jamaica, párr. 20, UN Doc. CCPR/C/79/Add.83 (19 de noviembre de 1997); Comité de Derechos Humanos de la ONU, Observaciones Finales: Federación Rusa, párr. 19, Doc. de la ONU CCPR/C/79/Add.54, (26 de julio 1995).

²²² Malone, App. No. 8691/79, TEDH párr. 68 (“Como la implementación en la práctica de las medidas de vigilancia secreta de las comunicaciones no está abierta al escrutinio de las personas afectadas o al público en general, sería contrario a la norma de discrecionalidad jurídica concedida al ejecutivo que esta se expresara en términos de un poder sin límites. En consecuencia, la ley debe indicar el alcance de dicho poder discrecional conferido a las autoridades competentes y las modalidades de su ejercicio con una claridad suficiente, teniendo en cuenta el objetivo legítimo de la medida en cuestión para dar al individuo una protección adecuada contra las injerencias arbitrarias”).

examinar, usar y almacenar la información obtenida; las precauciones que deben ser tomadas al comunicar la información a las otras partes; y las circunstancias con arreglo a las cuales las grabaciones pueden o deben ser borradas o destruidas”.²²³ Por lo tanto, por ejemplo, en *Liberty*, el Tribunal estaba preocupado acerca de que la “discreción legal concedida al ejecutivo para la captura física de comunicaciones externas no tuviera... virtualmente impedimentos”.²²⁴ De forma similar, tanto el Comité de Derechos Humanos como el Tribunal Europeo han considerado que las medidas de supervisión independientes, especialmente las medidas judiciales de vigilancia específica son una salvaguarda crucial para prevenir abusos.²²⁵

En relación con la arbitrariedad/necesidad en una sociedad democrática, los Estados casi siempre serán capaces de satisfacer el criterio (3), esto es, que su régimen de vigilancia persiga un fin legítimo, tal como la seguridad nacional, la seguridad pública, o la prevención del delito.²²⁶ Mientras que el artículo 8(2) del CEDH dispone que proteger el “bienestar económico del país” también es un fin legítimo, deja abierta la pregunta de si el espionaje puramente económico o industrial sería considerado como legítimo si implicara una intromisión en la privacidad de las personas.

²²³ *Weber c. Alemania* (sentencia), App. No. 54934/00, 2006-XI TEDH, párr. 95; véase también *Iordachi v. Moldova* (sentencia), App. No. 25198/02, TEDH. (2009), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-91245>.

²²⁴ *Liberty*, App. No. 58243/00, TEDH, párr. 64.

²²⁵ Véase, por ejemplo, *Telegraaf Media Nederland Landelijke Media B.V. c. Holanda* (sentencia), App. No. 39315/06, TEDH párrs. 89–102 (2012), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-114439>; *Rotaru c. Rumania* (sentencia), App. No. 28341/95, 2000-V TEDH párr. 59, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58586>; Comité de Derechos Humanos de N.U., Observaciones Finales: Holanda, párr. 14, Doc. de la ONU CCPR/C/NLD/CO/4 (25 de agosto de 2009); Comité de Derechos Humanos de N.U., Observaciones Finales: Suecia, párr. 18, UN Doc. CCPR/C/ SWE/CO/6 (2 de abril de 2009); Comité de Derechos Humanos de la ONU, Observaciones Finales: Zimbawe, párr. 25, Doc. de la ONU CCPR/C/79/Add.89 (6 de abril de 1998).

²²⁶ Véase, por ejemplo, *Weber*, App. No. 54934/00, TEDH, párrs. 103–04.

Si los requisitos formales de legalidad son satisfechos, la justificación activará el criterio (4), proporcionalidad.²²⁷ El análisis de proporcionalidad tendrá en consideración un gran número de factores, e incorpora un nivel de deferencia al Estado:

“El Tribunal reitera que cuando pondera el interés del Estado demandado en proteger su seguridad nacional a través de medidas de vigilancia secreta contra la seriedad de la interferencia al derecho a respetar la vida privada del demandante, ha reconocido consistentemente que las autoridades nacionales gozan de bastante margen de apreciación al elegir los medios para alcanzar el fin legítimo de la seguridad nacional. Sin embargo, en vistas del riesgo de que un sistema de vigilancia secreta para la protección de la seguridad nacional pueda menoscabar o incluso destruir la democracia bajo el manto de defenderla, el Tribunal debe estar satisfecho de que existen garantías adecuadas y efectivas contra el abuso. Esta valoración depende de todas las circunstancias del caso, tales como la naturaleza, el alcance y la duración de las posibles medidas, los fundamentos exigidos para ordenarlas, las autoridades competentes para autorizar, llevar a cabo y supervisar esas medidas, y el tipo de remedio previsto por la legislación nacional”.²²⁸

En *Weber and Saravia*, el Tribunal Europeo llevó a cabo ese análisis y concluyó que el decreto alemán sobre vigilancia G 10, como fue modificado luego de la sentencia de la Corte Constitucional Federal, satisfacía los criterios de legalidad y proporcionalidad y contenía suficientes protecciones para prevenir el abuso.²²⁹ En *Liberty*, por otro lado, el Tribunal concluyó que la versión de 1985 de la RIPA no satisfacía los criterios de accesibilidad y previsibilidad en tanto no “dispone una protección adecuada contra el abuso de poder, el alcance o la forma de ejercicio de la amplia discreción conferida al Estado para

²²⁷ Véase *Van Hulst c. Holanda*, Comité de Derechos Humanos de la ONU, Ses. 82, 70-71, Commc’n No. 903/1999, Doc. de la ONU CCPR/C/82/D/903/1999 (15 de noviembre de 2004); *Toonen. Australia*, Comité de Derechos Humanos de la ONU Ses. 50., párr. 8.3, Commc’n No. 488/1992, Doc. de la ONU CCPR/C/50/D/488/1992 (4 de abril de 1994) (“El Comité interpreta que el requisito de ser razonable implica que cualquier injerencia en la vida privada debe ser proporcional al propósito perseguido y necesaria en las circunstancias particulares del caso”); *Observación General No. 16*, párr. 4 (sostiene que el requisito de no arbitrariedad no exige que exista razonabilidad).

²²⁸ *Weber*, App. No. 54934/00, TEDH, párr. 106.

²²⁹ *Id.*, párrs. 108-38.

interceptar y examinar las comunicaciones externas. En particular, no fue puesta a disposición de una manera accesible al público, como lo exigía la jurisprudencia del Tribunal, alguna indicación del procedimiento a seguir para la selección del material a ser examinado, compartido, almacenado y destruido.²³⁰ Sin embargo, en Kennedy, el Tribunal concluyó que la versión del año 2000 de la RIPA cumplía con lo dispuesto en el artículo 8 en relación con la recopilación de comunicaciones internas; es decir, dentro del Reino Unido con arreglo a una orden judicial específica y con las protecciones adecuadas.²³¹

C. Panorama

Es cierto que la discusión anterior fue general. No es mi objetivo argumentar que cualquier tipo de programa de vigilancia, como el llevado a cabo por la NSA o la GCHQ, es esencialmente ilegal. Más bien mi punto es que ya existe un marco analítico en el cual su legalidad puede ser evaluada. Por lo tanto, mientras aquellos que son escépticos acerca de la idea de un derecho extraterritorial a la privacidad están en lo correcto al sostener que los que defienden ese derecho deben explicar cómo sería y cómo afectaría a las actividades de espionaje extranjero en la gran cantidad de países en el mundo que históricamente se han visto involucrados en estas [cosas]²³², esto no quiere decir que estamos empezando a partir de una hoja en blanco. Tampoco quiere decir que los activistas del derecho a la privacidad tienen que presentar un proyecto completo, repleto de soluciones jurídicas sobre la privacidad extraterritorial para cada problema concebible, especialmente cuando las nuevas tecnologías permiten la aplicación de medidas de vigilancia a un gran número de personas ordinarias.

Más bien, tal como en el contexto interno, el desarrollo de un derecho extraterritorial a la privacidad ocurrirá en un proceso iterado. Se decidirán los casos, se presentarán y debatirán informes. Incluso internamente este proceso no estará restringido al litigio, sino que incluirá también el diálogo entre los poderes ejecutivo y legislativo, y dentro de cada poder, el escrutinio público. Internacionalmente este

²³⁰ Liberty c. Reino Unido (sentencia), App. No. 58243/00, TEDH, párr. 69 (2008).

²³¹ Kennedy c. Reino Unido (sentencia), App. No. 26839/05, TEDH (2010).

²³² Véase Benjamin Wittes, A Global Human Right to Privacy? Lawfare Blog (11 de noviembre de 2013, 5:05 PM), <http://www.lawfareblog.com/2013/11/a-global-human-right-to-privacy/>.

proceso implica una multiplicidad de actores aún mayor, desde gobiernos y organizaciones internacionales a organismos de derechos humanos, ONGs, académicos y activistas. De hecho, los activistas de la privacidad ya han delineado una serie de principios para gobernar la vigilancia extraterritorial, aprovechando la jurisprudencia que acabo de describir.²³³ Al desarrollar un derecho extraterritorial a la privacidad siempre podemos hacer uso de las experiencias domésticas, incluyendo aquellas de protección de la información^{Obj}²³⁴, y la ya muy enriquecedora jurisprudencia nacional y de tribunales internacionales y organismos de derechos humanos en temas relativos a la vigilancia, ya sea las sentencias de la Corte Constitucional alemana sobre las redes^{Obj}²³⁵ o las del Tribunal Europeo en relación a las bases de datos de ADN.²³⁶

En otras palabras, desarrollar un derecho a la privacidad externamente no es fundamentalmente diferente que desarrollarlo internamente, excepto que este último caso tiene una ventaja inicial significativa. Al hacerlo, el punto de inicio normativo debería ser el mismo. Los factores que consideramos relevantes internamente serían relevantes externamente también, ya sea el tipo de información que está siendo recopilada, el objeto para el cual esa información será usada, el tipo y la calidad de los mecanismos de control, y la claridad y predictibilidad del marco legal. No obstante, mientras nuestro punto de inicio sea el mismo, el resultado final no tiene que serlo si las diferencias entre los ajustes internos y externos lo justifican.

Lo que quizás sea más importante, restringir el uso de la vigilancia internamente más que externamente puede ser justificado por el hecho de que el Estado tiene a su disposición herramientas alternativas en el contexto doméstico que le permitan alcanzar los mismos fines, y el análisis de proporcionalidad debería prestar atención a esto. Un

²³³ Véase *International Principles on the Application of Human Rights to Communications Surveillance*, supra nota 8, en 2 (se discute la legalidad, finalidad legítima, necesidad, idoneidad, proporcionalidad, autoridad judicial competente, debido proceso, notificación del usuario, transparencia, supervisión pública, integridad de las comunicaciones y de los sistemas, salvaguardias para la cooperación internacional y las salvaguardias contra el acceso ilegítimo).

²³⁴ Véase, en general, Christopher Kuner, *Transborder Data Flows and Data Privacy Law* (2013).

²³⁵ Bundesverfassungsgericht [BVerfG] [Tribunal Federal Constitucional] 4 de abril de 2006, 1 BvR 518/02, (Alemania).

²³⁶ S. c. Reino Unido (sentencia), App. Nos. 30562/04 & 30566/04, 2008 TEDH.

derecho extraterritorial a la privacidad no significaría enfáticamente el fin de todos los métodos tradicionales (y novedosos) de espionaje y vigilancia extranjera, tampoco una completa eliminación de todas las distinciones entre vigilancia interna y externa. El marco de derechos humanos es suficientemente flexible como para acomodarse a los intereses gubernamentales legítimos, y los organismos de derechos humanos han estado dispuestos a extender a los Estados cierta deferencia en temas de seguridad nacional.²³⁷

O, para volver a nuestro ejemplo de Angela Merkel, si bien ella podría querer que todos tengan derecho al respeto de su derecho humano a la privacidad, esto no significa que ella nunca podría espiar legalmente a alguien. Esto es así no porque a los ojos de un Estado que interfiere ella sería una ciudadana extranjera, o porque su privacidad sea intrínsecamente menos valorada, sino porque ella es la jefa de un gobierno extranjero y el interés del Estado que está interesado en saber qué está haciendo sería más fuerte cuando se lo compara con una persona común.²³⁸ Pese a ello, ella aún tendría derecho a cierta protección –uno podría argumentar que no se podrían infringir las áreas más íntimas de su autonomía individual; por ejemplo, recopilando información sobre su vida sexual con el objeto de extorsionarla–.²³⁹

²³⁷ Además de los casos examinados anteriormente, uno de los ejemplos más comprehensivos de la deferencia hacia un Estado dictado por el Tribunal Europeo es *Finogenov c. Rusia* (sentencia), App. Nos. 18299/03 & 27311/03, 2011 TEDH, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-108231> (trata el uso por parte de Rusia de un gas anestésico durante el ataque terrorista al teatro Dubrovka de Moscú, en el que la Corte se negó, por ejemplo, a sacar conclusiones de la negativa de Rusia a suministrar la fórmula del gas utilizado, o a cuestionar la decisión de Rusia de que el uso del gas era apropiado dadas las circunstancias, a pesar de las consecuencias que causó entre los rehenes).

²³⁸ Obviamente, los gobiernos no poseen derechos humanos. Si todo lo que un espía hizo fue robar documentos o archivos informáticos oficiales, sin recoger los datos de carácter personal o comunicaciones de cualquier individuo, no se plantearía ningún problema de derechos humanos. Por lo tanto, si Edward Snowden hubiera estado trabajando para Rusia o algunos otros estados, y todo lo que hubiera hecho fuera obtener documentos secretos del gobierno estadounidense, habría violado las leyes estadounidenses aplicables, pero no habría violado necesariamente el derecho de cualquier persona a la privacidad. Este tipo de espionaje no estaría regulado por el derecho internacional de derechos humanos.

²³⁹ Cf. Glenn Greenwald, Ryan Gallagher & Ryan Grim, *Top-Secret Document Reveals NSA Spied On Porn Habits As Part Of Plan To Discredit "Radicalizers"*, *The Huffington Post* (26 de noviembre de 2013, 11:20 PM), http://www.huffingtonpost.com/2013/11/26/nsa-porn-muslims_n_4346128.html; *Bundesverfassungsgericht [BVerfG] [Federal Constitutional Court] 3 de marzo de 2004, 1 BvR 2378/98, (Ger.)* (sostiene que el derecho a la dignidad humana garantizado en el Artículo 1(1) del

En conclusión, si bien el marco de derechos humanos es flexible, todavía tendrá un impacto en las prácticas de vigilancia existentes, algunas de las cuales podrían ser consideradas ilegales. Si bien los gobiernos no deberían temer un escrutinio de derechos humanos imprudente, tampoco deberían pensar que este escrutinio no va a tener ningún efecto.²⁴⁰ Hemos visto cómo el Tribunal Europeo ha tratado los casos de inteligencia de señales, defendiendo los programas de vigilancia en algunos casos y exigiendo mejoras en otros. El mundo de la inteligencia no se vino abajo. Hay suficiente espacio entre el marco de derechos humanos para una protección significativa de la privacidad y un trabajo de inteligencia efectivo –así como para una gran cantidad de prácticas que bien pueden ser estúpidas, pero no son ilegales²⁴¹–.

VII. CONCLUSIÓN

La tesis central de este artículo es que los tratados de derechos humanos aplican a todas o a la gran mayoría de actividades de vigilancia extranjera, incluyendo gran parte de la colección de comunicaciones e información personal de millones de personas ordinarias por parte de la NSA y la GCHQ. La apelación a los derechos humanos como un marco regulatorio radica justamente en el hecho de que las medidas de vigilancia son ejecutadas actualmente contra masas de personas ordinarias tanto en sus hogares como en el extranjero, en lugar de simplemente contra los agentes de gobiernos extranjeros que de otra

Derecho Básico de Alemania exige que la vida privada de las personas sea inviolable y está absolutamente protegido, y su invasión no puede ser justificada por el interés público).

²⁴⁰ Véase, por ejemplo, Ira Rubinstein, Greg Nojeim, & Ronald Lee, Systematic Government Access to Personal Data: A Comparative Analysis, Center for Democracy and Technology (13 de noviembre de 2013), <https://cdt.org/files/pdfs/govaccess2013/government-access-to-data-comparative-analysis.pdf> (argumenta que debido al desarrollo de la tecnología el marco legal de la mayoría de los Estados no regula adecuadamente la vigilancia extraterritorial y no es satisfactorio desde el punto de vista de los derechos humanos).

²⁴¹ Véase, por ejemplo, James Ball, Xbox Live among Game Services Targeted by US and UK Spy Agencies, The Guardian (9 de diciembre de 2013, 6:26 PM), <http://www.theguardian.com/world/2013/dec/09/nsa-spies-online-games-world-warcraft-second-life> (informa sobre los agentes de la NSA desplegados en el juego “World of Warcraft” y en otros juegos en línea para controlar si las comunicaciones del juego estaban siendo utilizadas por los terroristas).

forma podrían ser dejados a su suerte.²⁴² Si bien resulta natural para los gobiernos y sus agencias de inteligencia resistir este desarrollo, y si bien algunos tribunales y organismos de derechos humanos pueden estar dispuestos a establecer límites arbitrarios en la aplicación extraterritorial del derecho a la privacidad, esta resistencia es imprudente. Cualquier límite propuesto para la aplicación extraterritorial resultará en definitiva inestable y poco persuasivo, en tanto no estará sustentado en alguna teoría normativa coherente acerca de por qué ciertos grupos de personas merecen protección de su privacidad, mientras otro grupo de personas diferente no la merecen. Un rechazo categórico de la aplicación extraterritorial servirá únicamente para socavar los argumentos de los Estados acerca de la legalidad sustantiva de los programas de vigilancia.²⁴³ Hemos visto, por ejemplo, cómo la estrategia del gobierno del Reino Unido de oponerse a la aplicación del CEDH a sus fuerzas en Irak en definitiva fracasa y queda expuesta en la discusión sobre el fondo.²⁴⁴

Por lo tanto, la discusión real no es sobre la cuestión preliminar de la aplicabilidad, sino sobre la sustancia del derecho extraterritorial a la privacidad. Aquí, obviamente las opiniones diferirán, probablemente en menor medida sobre los principios generales y en mayor medida sobre cuestiones específicas. Algunos se inclinarán naturalmente hacia una

²⁴² Véase, por ejemplo, Barton Gellman & Ashkan Soltani, NSA Surveillance Program Reaches “Into the Past” to Retrieve, Replay Phone Calls, Wash. Post (18 de marzo de 2014), http://www.washingtonpost.com/world/national-security/nsa-surveillance-program-reaches-into-the-past-to-retrieve-replay-phone-calls/2014/03/18/226d2646-ade9-11e3-a49e-76adc9210f19_story.html (informe de un programa de la NSA capaz de grabar e identificar llamadas telefónicas hechas en un país no identificado por el lapso de un año).

²⁴³ Véase, por ejemplo, Van Schaack, *supra* nota 84, pág. 62 (llamado a los Estados Unidos a renunciar a su insostenible e inútil oposición categórica a la aplicación extraterritorial del PIDCP).

²⁴⁴ Véase, por ejemplo, Al-Jedda (sentencia), App. No. 27021/08, 2011 TEDH, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-105612> (sostiene que las resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU no eran lo suficientemente claras para desplazar la prohibición del artículo 5 de la CEDH sobre la detención preventiva de seguridad); Smith v. Ministry of Defence, [2013] UKSC 41 (sostiene que los soldados británicos desplegados en el extranjero están protegidos por la CEDH vis-à-vis el propio Reino Unido); Al-Skeini v. Sec’y of State for Def., [2005] EWCA (Civ) 1609, [2007] QB 140 (Ing.), disponible en <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2005/1609.html>; véase también Marko Milanovic, Hassan v. United Kingdom, IHL and IHRL, and Other News in (Extra-) Territoriality and Shared Responsibility, EJIL: Talk! (18 de diciembre de 2013), <http://www.ejiltalk.org/hassan-v-united-kingdom-ihl-and-ihrl-and-other-news-in-extra-territoriality-and-shared-responsibility/> (discute el caso que plantea la cuestión sobre si los tratados de derechos humanos pueden excluirse en situaciones extraterritoriales, algo que el Reino Unido no hizo con respecto a Irak y Afganistán, con el fin de negar que el TEDH aplicó en su totalidad).

mayor protección de la privacidad tanto interna, como externamente, mientras que otros estarán a favor de perseguir los intereses de la seguridad nacional.²⁴⁵ Los activistas de la privacidad argumentarán, por ejemplo, que la distinción contenido/metadatos no tiene sentido a la luz de los desarrollos tecnológicos modernos y debe ser abandonada, que la recolección de información y vigilancia masiva son categóricamente incompatibles con el derecho a la privacidad en tanto son inherentemente desproporcionadas, que la supervisión judicial es la salvaguarda central contra el abuso, que los individuos sujetos a la vigilancia tienen un derecho a ser notificados después del hecho, y que los Estados tienen obligaciones positivas fuertes que impiden el espionaje por parte de terceros y para regular a los actores privados.²⁴⁶ Los Estados con programas de vigilancia grandes rechazarán todos o algunos de estos argumentos, mientras que otros Estados pueden estar más inclinados a aceptarlos. No obstante, este es un proceso bueno y saludable, en tanto algunos de estos temas son complejos y no evidentes. El derecho de los derechos humanos proporcionará, por lo tanto, espacio para la impugnación a un nivel jurídico internacional en el cual estos temas pueden ser discutidos racionalmente.

Y, de hecho, habrá suficiente espacio para este debate en el cercano y mediano plazo. En primer lugar, hay un proceso de seguimiento de la resolución de la Asamblea General sobre privacidad en la era digital, que consistirá entre otras cosas en el informe que será preparado por Navi Pillay, el Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, para la próxima sesión de la Asamblea. Ese informe estará influenciado por reuniones con las partes interesadas y con expertos, y dependiendo de la situación política la Asamblea y el Consejo de Derechos Humanos tomarán nuevas medidas. En segundo lugar, las implicancias de

²⁴⁵ Véase, por ejemplo, Margulies, *supra* nota 84, en 29 (argumenta que los programas de vigilancia de EEUU en general son consistentes con el art. 17 del PIDCP).

²⁴⁶ Véase, por ejemplo, Eyes Wide Open, Special Report, Privacy Int'l (26 de noviembre de 2013), https://www.privacyinternational.org/sites/privacyinternational.org/files/file-downloads/eyes_wide_open_v1.pdf.

derechos humanos en la vigilancia extranjera estarán en la agenda de los parlamentos nacionales²⁴⁷ y otros órganos deliberativos.²⁴⁸

En tercer lugar, el tema también estará en la agenda durante la revisión periódica de los informes estatales por el Comité de Derechos Humanos y tal vez por otros organismos basados en tratados. La consideración del cuarto informe periódico de Estados Unidos se dio en marzo de 2014, y el Comité expresó su seria preocupación sobre los programas de vigilancia de la NSA, señalando en particular que los Estados Unidos deberían

“tomar todas las medidas necesarias para garantizar que sus actividades de vigilancia, tanto dentro, como fuera de los Estados Unidos, cumplan con sus obligaciones con arreglo al Pacto, incluido el artículo 17; en particular, las medidas deben ser tomadas para garantizar que cualquier interferencia con el derecho de la privacidad cumplan con los principios de legalidad, proporcionalidad y necesidad sin importar la nacionalidad o ubicación de los individuos cuyas comunicaciones se encuentran bajo vigilancia directa”.²⁴⁹

El Comité aquí confirmó la aplicación extraterritorial del Pacto a la vigilancia extranjera, aunque sin explicar exactamente con arreglo a qué teoría. El Comité también señaló la irrelevancia normativa de la nacionalidad para la protección de la privacidad, tal como he comentado antes.

En cuarto lugar, la vigilancia masiva estará también invariablemente en el radar de la evaluación periódica universal frente al Consejo de Derechos Humanos, así como los procedimientos especiales del Consejo. Establecer un relator especial sobre la privacidad probablemente sería útil, pero también iría en contra de las preocupaciones de muchos Estados, presupuestarias y de otros tipos, sobre la proliferación de procedimientos especiales. Finalmente, y tal vez de mayor interés para

²⁴⁷ Véase, por ejemplo, *Jemima Stratford QC & Tim Johnston, Advice in the Matter of State Surveillance, Brick Court Chambers (2014)*, disponible en http://www.brickcourt.co.uk/news-attachments/APPG_Final_%282%29.pdf (concluye que la vigilancia masiva por parte de la GCHQ es contraria al artículo 8 de la CEDH).

²⁴⁸ Véase, por ejemplo, *Relator de la Com. de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior, Proyecto de Informe sobre el Programa de Vigilancia de la NSA de EE.UU., Parl. Eur. Doc. 2013/2188 (INI) (2014)*, disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=COMPARL&mode=XML&language=EN&reference=PE526.085>.

²⁴⁹ Comité de Derechos Humanos de la ONU, *supra* nota 109, pág. 9 (énfasis agregado).

los abogados, están los pleitos pendientes y futuros por parte de los individuos y las ONGs que desafían las medidas de vigilancia frente a tribunales nacionales e internacionales. Y mientras los casos contenciosos entre Estados son posibles, pero políticamente improbables, no es impensado que el proceso de seguimiento de la resolución de la Asamblea General pueda generar un pedido de opinión consultiva a la CIJ acerca de la cuestión preliminar de la aplicabilidad o sobre los principios substantivos del derecho humano a la privacidad en la era digital.

VIII. EPÍLOGO

Este epílogo aborda algunos desarrollos importantes, desde la finalización del texto substantivo de este artículo en marzo de 2014 hasta el final de octubre de 2014. Lo más importante es que, a solicitud de la Asamblea General^{[Obj]250}, y luego de haber llevado a cabo consultas extensas con varias partes interesadas^{[Obj]251}, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos produjo un informe sobre la privacidad en la era digital en julio de 2014. El informe de la ACNUDH fue presentado a la Asamblea General y al Consejo de Derechos Humanos^{[Obj]252}, y se trata de una contribución importante y cuidadosa a los debates sobre vigilancia extraterritorial. Si bien está muy orientado a favor de la privacidad, el informe reconoce los intereses legítimos de la seguridad nacional que pueden tener los Estados y no ubica a la privacidad en un pedestal del fundamentalismo de los derechos humanos.

El informe señala correctamente que las interferencias a la privacidad de las comunicaciones electrónicas no pueden estar justificadas sobre la base de una renuncia supuestamente voluntaria de los usuarios a la privacidad en Internet^{[Obj]253}; que la recopilación de información sobre las comunicaciones puede ser únicamente tan

²⁵⁰ Resolución sobre El Derecho a la privacidad en la era digital, A.G. Res. 68/167, párr. 5, Doc. de la ONU A/ RES/68/167, (21 de enero de 2014).

²⁵¹ Contribuciones disponibles en la web de la ACNUR en <http://www.ohchr.org/EN/Issues/DigitalAge/Pages/DigitalAgeIndex.aspx>.

²⁵² Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos, El Derecho a la privacidad en la era digital: informe del ACNUDH, Doc. de la ONU A/HRC/27/37 (30 de junio de 2014) (de ahora en más informe del ACNUDH).

²⁵³ Id., párr. 18.

intrusiva como la recopilación del contenido de la comunicación^{[OBJ]254}; y que como consecuencia del efecto inhibitorio de la vigilancia “la mera existencia de un programa de vigilancia masiva crea, por lo tanto, una interferencia con la privacidad”.²⁵⁵ El informe adopta entonces un análisis amplio, acerca de qué podría constituir una interferencia a la privacidad, que está en línea con la jurisprudencia internacional existente y los argumentos desarrollados en este artículo.

Que la privacidad sea interferida no significa que haya sido violada. El informe interpreta el texto del artículo 7 del PIDCP, conforme al cual las interferencias con la privacidad sólo pueden estar justificadas si no son arbitrarias o ilegales, y al hacerlo adopta el marco analítico general de legalidad, necesidad y proporcionalidad. De hecho, menciona de forma aprobatoria los principios sobre vigilancia y derechos humanos adoptados por algunas ONGs importantes.²⁵⁶

Luego de reconocer que la seguridad nacional es un interés legítimo para justificar interferencias a la privacidad, el informe señala que el “grado de interferencia debe, no obstante, ser evaluado contra la necesidad de la medida de lograr el fin y el beneficio real que produce la persecución de ese objetivo”^{[OBJ]257}, y concluye que los programas de vigilancia masiva son especialmente problemáticos en relación con la proporcionalidad:

“Cuando existe un objetivo legítimo y se han establecido las salvaguardias apropiadas, puede permitirse a un Estado realizar actividades de vigilancia bastante perturbadoras; sin embargo, incumbe al gobierno demostrar que la injerencia es necesaria y proporcional al riesgo concreto de que se trate. Así pues, los programas de vigilancia en masa o “a granel” pueden considerarse arbitrarios, aunque persigan un objetivo legítimo y hayan sido aprobados sobre la base de un régimen jurídico accesible. En otras palabras, no es suficiente que las medidas tengan por objeto encontrar determinadas agujas en un pajar; lo importante es el impacto de las medidas en el pajar, en comparación con

²⁵⁴ Id., párr. 19.

²⁵⁵ Id., párr. 20.

²⁵⁶ Id., párr. 21-23, nota 14.

²⁵⁷ Id., párr. 24.

el riesgo de que se trate; es decir, si la medida es necesaria y proporcionada”.²⁵⁸

Esta valoración, si bien es algo vaga (“puede ser tenida como arbitraria,” no “son arbitrarias” (el énfasis ha sido añadido)), es tal vez aún demasiado enfática. No es obvio que cualquier tipo de recopilación masiva será inherentemente desproporcionada. Si, por ejemplo, el gobierno de Estados Unidos tiene inteligencia confiable de que un ataque terrorista está siendo preparado en la ciudad de Nueva York en un período específico, y decide recopilar información sobre las comunicaciones de forma masiva para poder frustrar este ataque mientras que la amenaza específica persista, personalmente, al menos, no creería que esa medida es desproporcionada ipso facto. No es necesariamente una recopilación masiva como tal, sino la amplia escala, magnitud y permanencia relativa de ciertos programas de vigilancia masiva, lo que merecen una consideración seria en materia de proporcionalidad.

El informe es igualmente escéptico sobre las políticas obligatorias de retención de información de terceras partes^{FOIA},²⁵⁹ y señala que los arreglos de inteligencia y de intercambio de datos pueden violar el derecho a la privacidad sin salvaguardas apropiadas, mientras que se abstiene prudentemente de explorar en detalle el complejo y poco claro marco de responsabilidad estatal en relación a hechos ilícitos que involucran múltiples actores.²⁶⁰ El informe pone mucho énfasis en la accesibilidad del marco legal interno: “las reglas secretas e interpretaciones secretas –incluso interpretaciones judiciales secretas– de la ley no tienen las cualidades necesarias de “ley”. Tampoco las leyes o normas que otorgan a las autoridades ejecutivas, tales como los servicios de inteligencia y de seguridad, excesiva discreción; el alcance y forma de ejercicio de la discreción autoritativa permitida tienen que estar indicadas (en la misma ley o en normas publicadas que sean vinculantes) con una claridad razonable.”²⁶¹

Con respecto al problema de la extraterritorialidad, que fue el foco principal de mi artículo, el informe toma un enfoque muy expansivo:

²⁵⁸ Id., párr. 25.

²⁵⁹ Id., párr. 26.

²⁶⁰ Id., párr. 27.

²⁶¹ Id., párr. 29.

“De todo ello se desprende, por lo tanto, que la vigilancia digital puede comprometer las obligaciones de derechos humanos de un Estado si esa vigilancia entraña el ejercicio de su poder o control efectivo en relación con una infraestructura de comunicaciones digitales, dondequiera que esté, por ejemplo, mediante escuchas directas o la infiltración en esa infraestructura. Del mismo modo, cuando el Estado ejerce su jurisdicción reguladora sobre un tercero que tiene el control material de los datos, también tendría obligaciones en virtud del Pacto. Si un país trata de hacer valer su jurisdicción en relación con los datos de empresas privadas por el hecho de que hayan sido constituidas en su territorio, las medidas de protección de los derechos humanos deberán hacerse extensivas a aquellas personas cuya privacidad se esté viendo afectada, ya sea en el país de constitución de la empresa o fuera de sus fronteras. Esto se aplica con independencia de que, para empezar, el ejercicio de la jurisdicción sea legal, o de hecho viole la soberanía de otro Estado”.²⁶²

Si bien es bueno que el informe tome un enfoque expansivo de la extraterritorialidad, con un énfasis en el hecho de la jurisdicción (antes que la legalidad de su ejercicio), el concepto de poder y control sobre la infraestructura de las comunicaciones no encaja bien con la jurisprudencia existente (que, como hemos visto, observa el control sobre el territorio o el control sobre los individuos). Tampoco parece adecuado para esos tipos de vigilancia que no requieren, de ninguna manera, control sobre la infraestructura (por ejemplo, hackear directamente el teléfono de Angela Merkel, o monitorearla audiovisualmente). Sin embargo, si bien sostengo que el modelo que he propuesto, que se basa en una distinción entre las obligaciones positivas y negativas es el mejor para tratar con el problema de la extraterritorialidad, el enfoque del informe todavía es un paso en la dirección correcta.

De forma similar, el informe critica fuertemente las distinciones basadas en la nacionalidad de las legislaciones domésticas que regulan la vigilancia,²⁶³ y tiene en cuenta la importancia de la participación de los actores privados (especialmente empresas) en las vigilancias

²⁶² Id., párr. 34.

²⁶³ Id., párrs. 35-36.

gubernamentales.²⁶⁴ El informe concluye con una serie de recomendaciones^[50],²⁶⁵ de las cuales la más importante establece que:

“Como medida inmediata, los Estados deberían revisar sus propias leyes, políticas y prácticas nacionales para garantizar su plena conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos. Si detectan deficiencias, deberían tomar medidas para colmarlas, en particular adoptando un marco legislativo claro, preciso, accesible, integral y no discriminatorio. Deberían tomarse medidas para establecer regímenes y prácticas de supervisión efectiva e independiente, prestando atención al derecho de las víctimas a un recurso efectivo”.²⁶⁶

El informe será un importante punto de referencia en las discusiones por venir. De hecho, en la 27na sesión ordinaria en septiembre de 2014, el Consejo de Derechos Humanos tuvo un panel de discusión sobre el derecho a la privacidad en la era digital, al que tuve el privilegio de moderar. La discusión consistió en un intercambio interactivo de puntos de vista entre cuatro destacados expertos^[50],²⁶⁷ y representantes de Estados y otras partes interesadas.²⁶⁸ Hubo una amplia aceptación del informe, tanto por parte de los Estados como por parte de los panelistas, con algunos desacuerdos en temas específicos. Los comentarios del público fueron sustancialmente poco variados, pero dos grandes temas fueron la aplicación del PIDCP a la vigilancia extraterritorial, y la cantidad y calidad de los mecanismos de vigilancia y responsabilidad. Los panelistas y ONGs solicitaron también el establecimiento de un nuevo Relator Especial sobre el derecho a la privacidad.

Mientras escribo este epílogo, el derecho a la privacidad está nuevamente en la agenda de la Asamblea General para su 69na sesión

²⁶⁴ Id., párr. 45.

²⁶⁵ Id., párrs. 47-51.

²⁶⁶ Id., párr. 50.

²⁶⁷ Catalina Botero, relatora especial sobre la libertad de expresión en el sistema interamericano; Sarah Cleveland, profesora en Columbia Law School; Yves Nissim, vicejefe de la responsabilidad social corporativa en Orange Telecom; y Carly Nyst, directora legal de Privacy International.

²⁶⁸ El video de la discusión de los panelistas se encuentra disponible en <http://webtv.un.org/meetings-events/watch/panel-discussion-on-the-right-to-privacy-10th-meeting-27th-regular-session-of-human-rights-council/> 3781559740001, y un comunicado de la prensa que resume algunas de las declaraciones se encuentran disponible en <http://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=15017&LangID=E>. El ACNUDH producirá un informe más detallado sobre la discusión en curso.

ordinaria. Un nuevo borrador de resolución está siendo negociado en el Tercer Comité de la Asamblea, y podría instar al Consejo de Derechos Humanos a establecer un mandato especial sobre la privacidad.

* Publicado originalmente como “Human Rights Treaties and Foreign Surveillance: Privacy in the Digital Age”, 56 *Harvard International Law Journal* 81. Esta traducción fue autorizada por *Harvard International Law Journal*. By permission of *Harvard International Law Journal*.

**El autor agradece por sus muy útiles comentarios a Gerry Neuman, Peter Margulies, los participantes de la “Roundtable on Protecting Human Rights in the Age of Surveillance”, organizada por el Center for Democracy and Technology y American University Washington College of Law en enero de 2014, y a los participantes del seminario sobre el Derecho a la Privacidad en la Era Digital organizado por la oficina de las Naciones Unidas en Ginebra en febrero de 2014. Este es un tema en constante cambio y este artículo tiene en consideración los desarrollos hasta marzo de 2014. Este artículo incorpora gran parte del texto que escribí sobre el tema en una serie de blogs publicados entre el 25 y 29 de noviembre de 2013 en EJIL: Talk!<http://www.ejiltalk.org/foreign-surveillance-and-human-rights-introduction/>, pero luego de una revisión y de forma más desarrollada.

Foto: obra de Amadeo Azar
