



*HUMAN RIGHTS ACT, PROTESTA PÚBLICA Y ACTIVISMO
JUDICIAL EN EL REINO UNIDO* *

Helen Fenwick y Gavin Phillipson¹

1. INTRODUCCIÓN

La respuesta jurídica a la protesta está cambiando en el Reino Unido en el siglo XXI. Los actos terroristas del 9/11, el incremento subsiguiente del terrorismo y de la conciencia del terrorismo, y la guerra de Irak han tenido un impacto. El despliegue de sanciones criminales en 2006 para liberar a la Plaza del Parlamento (*Parliament Square*) de un solitario y pacífico manifestante contra la guerra es sólo la expresión más obvia de este cambio. Desde que el marco legal que rige la protesta fue establecido en 1986 y extendido en 1994 bajo el gobierno Conservador, ha habido – según se afirmará en este artículo – una sigilosa pero continua criminalización, e incluso terrorización, de muchas formas de disenso a lo largo de diez años de gobierno Laborista desde 1997. Las disposiciones muy generales introducidas en 1986 y 1994 han sido extendidas incrementalmente en un rango de leyes que a primera vista no están concernidas principal o específicamente con el orden público, tales como la *Crime and Disorder Act* de 1998 y la *Anti-Social Behaviour Act* de 2003. Acompañando el incremento de la criminalización del disenso, ha habido recientemente una tendencia más preocupante: utilizar sanciones basadas en el estándar civil de la prueba contra los manifestantes.

Durante la mayor parte de esos diez años la *Human Rights Act* (en adelante HRA), que incorpora la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante CEDH, o Convención) al derecho nacional, también ha estado vigente – una intrigante

* Este trabajo fue publicado en A. Sajo (ed.), *Free to Protest: Constituent Power and Street Demonstration*, Eleven International Publishing, Netherlands, 2009, ps. 189-219. Traducción de Guillermo Moro (Universidad Nacional del Litoral / Universidad de Palermo), revisada por Rodrigo Gallego (estudiante de la carrera de Abogacía, UTDT). Algunas partes de este trabajo están basadas en H. Fenwick & G Phillipson, *Public Protest, the Human rights Act and Judicial Responses to Political Expresión*, 2000 Public Law 627, y en H. Fenwick, *Civil Liberties and Human Rights* (2007).

¹ Durham Law School.

contradicción que constituye uno de los principales temas de este artículo. Pero al explorar las contradicciones en la reciente política legislativa sobre derechos civiles en el Reino Unido, debería tenerse presente que la doctrina de *common law* de la alteración de la paz (*breach of the peace*) eclipsa todos los cambios legislativos de los últimos 20 años en términos de su impacto en la protesta pública. Impresionantemente extensa y asombrosamente imprecisa en su alcance, le brinda a la policía poderes tan amplios para utilizar frente a los manifestantes que los marcos legislativos se vuelven casi redundantes. Este artículo ha elegido enfocarse en esa área en pos de emplearla como un ejemplo de la discreción concedida a la judicatura al recibir la Convención en el derecho doméstico bajo la HRA. Este artículo analiza dos decisiones sobre alteración de la paz bajo la HRA, *Laporte*² y *Austin and Saxby*³, con la intención de ilustrar la libertad de acción creada por la jurisprudencia de la Convención – especialmente el concepto de proporcionalidad – y por la HRA misma para la adopción de un enfoque activista o minimalista en el contexto de la protesta pública.

2. LA RESPUESTA JURÍDICA A LA PROTESTA PÚBLICA. LA NATURALEZA DEL DERECHO DE ORDEN PÚBLICO EN EL REINO UNIDO

Históricamente, el Reino Unido no ha tenido una constitución formal ni una disposición legal que asegure el derecho de protesta y de reunión. En cambio, ha visto una serie de medidas legislativas a menudo irreflexivas e innecesariamente amplias al desorden. Pueden discernirse una variedad de tendencias hostiles a la protesta pública, reflejadas desde la *Public Order Act 1986* a la *Criminal Justice and Police Act 1994*, la *Protection from Harassment Act 1997*, las Secciones 1 y 25 de la *Crime and Disorder Act 1998*, la *Terrorism Act 2000* (TA) y la *Criminal Justice and Police Act 2001*, culminando en el presente en las Secciones 132-138 de la *Serious and Organized Crime Act 2005*, que se aplica a las manifestaciones en las proximidades del Parlamento. Algunos rasgos de estas leyes exhiben el sello tradicional del derecho de orden público del Reino Unido, pero en la legislación más reciente su tendencia anti-liberal está aún más marcada. Estas leyes están llenas de términos imprecisos tales como “revoltosa” (*disorderly*) o “insultante” (*insulting*) o “disruptiva” (*disruptive*), todos objetables bajo nociones de imperio de la ley, ya que los manifestantes no pueden predecir cuándo una protesta puede llevar a la responsabilidad penal. La confianza en la probabilidad de que la policía, los magistrados o el CPS no van a aplicar estas leyes es insatisfactoria debido a la probabilidad de que sus decisiones, en cualquier instancia particular, no estarán

² [2006] UKHL 55, Para. 34. CA: R (sobre la aplicación de *Laporte*) v. CC. of Gloucester Constab [2004] EWCA Civ 1639.

³ [2005] HRLR 20; 2005 WL 699571 (QBD), (2005) 155 N. L. J. 515, 14 de abril de 2005, Times 699, 571, [2005] EWHC 480, 23 de marzo de 2005, Queen’s Bench Division of the High Court.

sujetas a un escrutinio independiente. Tal confianza difícilmente provea las bases firmes para el ejercicio del derecho a reunirse y a protestar que uno esperaría encontrar en una democracia madura. Las más recientes infracciones a la ley tienden a tener los ingredientes de un mínimo *actus reus* y una ausente, mínima o inversa *mens rea*⁴. Pero la naturaleza de las disposiciones legislativas es sólo uno de los factores que contribuyen a la extensión real de los derechos de protesta y reunión. El poder del *common law* para impedir una alteración de la paz supera a tales disposiciones en lo que hace a la exhibición de muchas de las características recién criticadas y, según ya se indicó, la influencia judicial en el desarrollo y la interpretación del derecho de orden público ha sido significativa. El factor clave continúa siendo la labor de la policía⁵. La policía puede ya haber desarrollado una práctica que vuelve irrelevante el poder de la legislación, o puede considerar que el uso del poder exacerbaría una situación de orden público, más que distenderla. La policía puede por lo tanto seleccionar y escoger entre los poderes disponibles, tendiendo a preferir aquellos familiares o muy amplios, particularmente el poder de impedir una alteración de la paz.

La incertidumbre de los jueces al aplicar la Convención está asomando en varios contextos, pero los casos de protesta pública los ponen ante una elección especialmente cruda, toda vez que la HRA dispone que las autoridades públicas no deben infringir los Artículos 10* y 11**; a primera vista, esta exigencia demanda una ruptura no sólo con la aceptación tradicional de que no hay un derecho legal a reunirse o involucrarse en una protesta pública en el Reino Unido, sino también con el malogrado intento de evitar la

⁴ Ver la *Public Order Act 1986*, Secs. 14A, 14C; la *Criminal Justice and Public Order Act 1994*, Sec. 69 y la *Crime and Disorder Act 1988*, Sec. 1.

⁵ Ver P. Waddington, *Liberty and Order: Public Order Policing in a Capital City* (1994).

* El texto del artículo 10 de la CEDH es el siguiente: “*Libertad de Expresión. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión, a un régimen de autorización previa. 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.*” [N. del T.]

** El texto del artículo 11 de la CEDH es el siguiente: “*Libertad de reunión y de asociación. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses. 2. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos para los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado.*” [N. del T.]

invasión de la libertad negativa. Como se indicó arriba, ocasionalmente se hacían referencias a “derechos”, pero las mismas parecían ser, vagamente, referencias a libertades negativas. La HRA exige de las autoridades públicas más que una tolerancia meramente voluntaria de la protesta pública o que un reconocimiento de la libertad de reunión que pueda ser fácilmente abrogado⁶. Había signos en los primeros años post-HRA de que la judicatura, mientras declamaba los derechos a la libertad de protesta, estaba manteniendo algo cercano al balance previo entre orden público y libertad de reunión, no otorgando así pleno efecto a los Artículos 10 y 11. Sin embargo, el caso *Laporte* en la Cámara de los Lores señaló no sólo un cambio de postura y voluntad de romper con la tradición previa, sino también un reconocimiento de que la previa protección del *common law* para la protesta y la reunión era profundamente defectuosa e inadecuada.

3. LOS DERECHOS DE PROTESTA Y DE REUNIÓN EN LA CEDH, RECIBIDA NACIONALMENTE A TRAVÉS DE LA *HUMAN RIGHTS ACT*

Hasta que la Convención fue recibida en el ámbito local, el derecho nacional continuó sin brindarle virtualmente ningún reconocimiento a los derechos de reunirse o marchar⁷. Ahora, bajo la Sección 6 de la HRA*, aquellos que buscan ejercer los

⁶ Ver DPP v. Jones [1999] 2 WLR 625.

⁷ Ver D. G. Barnum, *The Constitutional Status of Public Protest Activity in Britain and the US*, 1977 Public Law 310.

* El texto de la Sección 6 de la HRA es el siguiente: “*Acts of public authorities.*

(1) *It is unlawful for a public authority to act in a way which is incompatible with a Convention right.*

(2) *Subsection (1) does not apply to an act if—*

(a) *as the result of one or more provisions of primary legislation, the authority could not have acted differently; or*

(b) *in the case of one or more provisions of, or made under, primary legislation which cannot be read or given effect in a way which is compatible with the Convention rights, the authority was acting so as to give effect to or enforce those provisions.*

(3) *In this section “public authority” includes—*

(a) *a court or tribunal, and*

(b) *any person certain of whose functions are functions of a public nature,*

but does not include either House of Parliament or a person exercising functions in connection with proceedings in Parliament.

(4) *In subsection (3) “Parliament” does not include the House of Lords in its judicial capacity.*

(5) *In relation to a particular act, a person is not a public authority by virtue only of subsection (3)(b) if the nature of the act is private.*

(6) *“An act” includes a failure to act but does not include a failure to—*

derechos de protesta y reunión pueden confiar en los Artículos 10 y 11 de la Convención, y en general todo otro derecho relevante⁸, contra autoridades públicas, en particular la policía. Toda la legislación ya mencionada y discutida más abajo debe, donde sea necesario, ser interpretada de modo compatible con esos derechos, bajo la Sección 3*, tomando en cuenta la jurisprudencia de Estrasburgo bajo la Sección 2**. Pero, en pos de evaluar el impacto actual o potencial de la Convención, a través de la

(a) introduce in, or lay before, Parliament a proposal for legislation; or

(b) make any primary legislation or remedial order.” [N. del T.]

⁸ El Art. 5 puede tener una aplicación particular.

* El texto de la Sección 3 de la HRA es el siguiente: “*Interpretation of legislation*

(1) *So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights.*

(2) *This section—*

(a) *applies to primary legislation and subordinate legislation whenever enacted;*

(b) *does not affect the validity, continuing operation or enforcement of any incompatible primary legislation; and*

(c) *does not affect the validity, continuing operation or enforcement of any incompatible subordinate legislation if (disregarding any possibility of revocation) primary legislation prevents removal of the incompatibility.” [N. del T.]*

** El texto de la Sección 2 de la HRA es el siguiente: “*Interpretation of Convention rights.*

(1) *A court or tribunal determining a question which has arisen in connection with a Convention right must take into account any—*

(a) *judgment, decision, declaration or advisory opinion of the European Court of Human Rights,*

(b) *opinion of the Commission given in a report adopted under Article 31 of the Convention,*

(c) *decision of the Commission in connection with Article 26 or 27(2) of the Convention, or*

(d) *decision of the Committee of Ministers taken under Article 46 of the Convention,*

whenever made or given, so far as, in the opinion of the court or tribunal, it is relevant to the proceedings in which that question has arisen.

(2) *Evidence of any judgment, decision, declaration or opinion of which account may have to be taken under this section is to be given in proceedings before any court or tribunal in such manner as may be provided by rules.*

(3) *In this section “rules” means rules of court or, in the case of proceedings before a tribunal, rules made for the purposes of this section—*

(a) *by the Lord Chancellor or the Secretary of State, in relation to any proceedings outside Scotland;*

(b) *by the Secretary of State, in relation to proceedings in Scotland; or*

(c) *by a Northern Ireland department, in relation to proceedings before a tribunal in Northern Ireland—*

(i) *which deals with transferred matters; and*

(ii) *for which no rules made under paragraph (a) are in force.” [N. del T.]*

HRA, es necesario considerar el alcance y contenido de los derechos de protesta y reunión en los Artículos 10 y 11.

La jurisprudencia existente de Estrasburgo sobre el derecho a la protesta es bastante escasa⁹, y muy pocos casos tratan sobre una acción directa de protesta, la cual ha sido analizada la luz del Artículo 11¹⁰ y, recientemente, del Artículo 10¹¹. En *Zilibberger v. Moldova*¹² la Corte efectuó una explícita asociación entre reunión y expresión: “el derecho a la libertad de reunión es un derecho fundamental en una sociedad democrática y, al igual que el derecho a la libertad de expresión, es una de las bases de esa sociedad”. Esta postura es apropiada dada la adopción deliberada del término más amplio “expresión” en vez de “habla” (*speech*) en el Artículo 10; también evita los problemas que hubo en los EE. UU. al distinguir entre conducta con un mensaje (*message-bearing conduct*) y simple conducta (*conduct simpliciter*). El Artículo 11 deja una gran medida de discreción a la judicatura, pues, al igual que los Artículos 8-10, contiene una larga lista de excepciones en el Párrafo 2. Al interpretarlo, los jueces del Reino Unido están obligados, en virtud de la Sección 2 de la HRA, a tomar en cuenta la jurisprudencia relevante de Estrasburgo. Esa jurisprudencia no es, en líneas generales, de una naturaleza radical, aunque la Corte ha encontrado que el derecho de organizar reuniones públicas es “fundamental”¹³ y que incluye el derecho de organizar marchas, manifestaciones y otras formas de protesta pública. El Artículo 11 puede imponer deberes positivos limitados al Estado para asegurar que una reunión o una protesta puedan realizarse incluso si es probable que lleve a otros a la violencia; la responsabilidad por cualquier daño causado parece caer sobre contra-manifestantes¹⁴. La aceptación de más deberes positivos, incluyendo un deber de exigir a los dueños de terrenos privados que permitan algunas reuniones pacíficas en su propiedad, no ha sido aceptada todavía bajo la Convención pero sigue siendo una posibilidad, especialmente, como lo señalan Harris, O’Boyle y Warrick¹⁵, en vista de la proliferación de lugares cuasi-públicos tales como los grandes Shopping Centers cerrados y de la privatización de lugares que antes eran públicos.

⁹ Ha habido comparativamente pocas sentencias de la Corte: *Platform ‘Ärzte für das Leben’ v. Austria*, sentencia del 21 de junio de 1988, 1988 ECHR (Ser. A., N° 139); *Ezelin v. France*, sentencia del 26 de abril de 1991, 1991 ECHR (Ser. A., N° 202); *Steel, et al. v. UK*, sentencia del 23 de septiembre de 1998, 28 EHRR 603; *Chorherr v. Austria*, sentencia del 25 de agosto de 1993, 1993 ECHR (Ser. A., N° 266); *Hashman and Harrup v. UK*, sentencia del 25 de noviembre de 1999, 30 EHRR 241; [2000] 8 BHRC 104. La mayor parte de la jurisprudencia consiste en sentencias de admisibilidad en la Comisión, considerando que la aplicación estaba manifiestamente mal fundamentada.

¹⁰ *G v. Federal Republic of Germany*, Ap. N° 13079/87, 21 DR 138 (1980).

¹¹ Ver *Steel v. UK*, *supra* nota 9; *Hashman v. UK*, *supra* nota 9, en 344.

¹² Ap. N° 61821/00 del 4 de mayo de 2004, para. 2.

¹³ *Rassemblement Jurassien & Unité Jurassienne v. Switzerland*, ap. N° 8191/78, 17 DR 93 (1979), en 119.

¹⁴ *Platform ‘Ärzte für das Leben’ v. Austria*, *supra* nota 9, en 32.

¹⁵ M. O’Boyle *et al*, *Law of the European Convention on Human Rights*, 419 (1995).

Debería tenerse en cuenta que la extensa jurisprudencia sobre la expresión en general, especialmente la expresión política, es claramente aplicable a la protesta pública¹⁶. El *contenido* del discurso (*content of speech*) raramente será excluido de la protección del Artículo 10: así, el discurso como parte de una protesta que probablemente causará daños de nivel tan bajo como alarma o angustia puede ser protegido de acuerdo al *dicta* de la Corte en *Müller v. Switzerland*¹⁷ en la medida en que la protección de la libre expresión se extiende igualmente a ideas que “ofendan, escandalicen o disturben”. La Corte repetidamente ha afirmado que la libertad de expresión “constituye una de las bases esenciales de una sociedad democrática”, que las excepciones a la misma “deben ser interpretadas restrictivamente” y que “la necesidad de cualquier restricción debe ser establecida convincentemente”¹⁸. Es una característica bien conocida de la jurisprudencia de Estrasburgo que la expresión política reciba un alto nivel de protección. Uno de los trabajos más importantes sobre la Convención llega a la siguiente conclusión: “es claro que la Corte adscribe una jerarquía de valor” a diferentes clases de expresión, otorgando “la mayor importancia a la protección de la expresión política [...] entendida en sentido amplio”¹⁹.

Prima facie, todas las formas de protesta que puedan ser vistas como la expresión de una opinión caen dentro del Artículo 10 de acuerdo a lo resuelto por la Corte en *Steel v. UK*²⁰. Así, la acción directa de protestar, tal como la obstrucción física simbólica o efectiva, cae dentro del ámbito del Artículo 10²¹, una consecuencia que fue reiterada en *Hashman v. UK*²². En el caso *Steel*, la Corte no trazó ninguna distinción entre obstrucción efectiva y simbólica, y por lo tanto no consideró los medios a través de los cuales una distinción semejante podría manifestarse en la evaluación de la legalidad de las interferencias estatales con estas formas de obstrucción. Sólo es claro que la protesta violenta o amenazante – la cual, de acuerdo con la Comisión, incluye “manifestaciones en las que los organizadores y los participantes tienen intenciones violentas que resultan en desorden público”- cae por fuera del Artículo 11 y, probablemente, del Artículo 10.

3.1 JUSTIFICACIONES PARA LAS INTERFERENCIAS CON LOS DERECHOS PRIMARIOS

¹⁶ *Steel v. UK*, *supra* nota 9.

¹⁷ Sentencia del 24 de mayo 1988, 13 EHRR, 212.

¹⁸ *Observer and Guardian v. UK*, sentencia del 26 de noviembre de 1991, 14 EHRR, 153, en 59.

¹⁹ *Supra* nota 15, en 397 y 414.

²⁰ *Supra* nota 9.

²¹ Ver *id.*, en 92: “Es cierto que las protestas tomaron la forma de un impedimento físico para la actividad que los solicitantes desaprobaban, pero la Corte considera sin embargo que las mismas constituyeron expresiones de opiniones con el significado del Artículo 10”.

²² *Supra* nota 9.

Debido a la probabilidad de que, como se indicó, la mayor parte de las protestas caerán dentro del Artículo 10, y probablemente también dentro del Artículo 11, el énfasis de las resoluciones de Estrasburgo está en las excepciones del Párrafo 2, entre las cuales están incluidas “el interés de la seguridad nacional [...], la seguridad pública [...], la prevención del desorden y el crimen [...], la protección de los [...] derechos de terceros”. Según la fórmula familiar, para que esté justificada, con las garantías de los Artículos 10 y 11, la interferencia estatal debe ser establecida por la ley, tener una finalidad legítima, ser necesaria en una sociedad democrática, y ser aplicada de una manera no discriminatoria (Artículo 14)*. Al llevar a cabo esta evaluación, los tribunales domésticos están obligados a tomar en cuenta la jurisprudencia de Estrasburgo sobre la protesta pública a pesar de que no están atados por ella²³.

En los casos de libertad de expresión, la principal preocupación de Estrasburgo ha tenido que ver con la exigencia de ser “necesaria en una sociedad democrática”; la noción de “establecida por la ley” ha recibido cierta atención pero casi siempre con el resultado de que se ha encontrado satisfecha. La exigencia de tener una “finalidad legítima” a menudo resultará fácilmente satisfecha. Las exigencias de precisión y previsibilidad connotadas por el término “establecida por la ley”²⁴ también han sido aplicadas flexiblemente en este contexto²⁵. La Corte tiende a afrontar un amplio margen de apreciación cuando controla la necesidad de las interferencias con la expresión en forma de protesta, considerando las medidas tomadas para evitar el desorden o proteger los derechos de terceros como peculiares desde la perspectiva de las autoridades domésticas, en contraste con su postura respecto de la expresión “pura”. Por lo tanto, la expresión como protesta tiende a situarse en una posición precaria. La noción de un margen de apreciación concedido a los estados permea la jurisprudencia sobre protesta pública de los Artículos 10(2) y 11(2), aunque no ha influenciado la interpretación de los derechos sustantivos.

Al encontrar que las aplicaciones están manifiestamente mal fundadas, la Comisión ha estado prontamente satisfecha con que las decisiones de las autoridades nacionales de adoptar medidas de amplio alcance, incluidas prohibiciones completas, en pos de evitar el desorden, estén dentro del margen de apreciación²⁶. La Corte también ha

* El texto del artículo 14 de la CEDH es el siguiente: “Prohibición de discriminación. El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.” [N. del T.]

²³ HRA 1998, Sec. 2(1).

²⁴ Sunday Times v. UK, sentencia del 26 de abril de 1979, 2 EHRR 245, en 49.

²⁵ Ver, e. g., Rai, Allmond and ‘Negotiate Now’ v. UK, ap. N° 25522/94, 19 EHRR CD 93 (1995).

²⁶ Ver Christians against Racism and Fascism v. UK, ap. N° 8440 78, 21 DR 138 (1980); y Friedl v. Austria, N° 15225/89 (1992).

resuelto que “el margen de apreciación se extiende en particular a la elección de los medios apropiados y razonables a ser usados por la autoridad para asegurarse de que las manifestaciones legítimas puedan llevarse a cabo pacíficamente”²⁷. Así, típicamente, *no* se les exige a los estados que demuestren que medidas menores que aquellas efectivamente tomadas hubieran sido inadecuadas para lidiar con las amenazas presentadas por las manifestaciones – desorden, interferencias con los derechos de terceros, y así sucesivamente.

El efecto de este control “leve” puede ser visto también dentro de la tendencia a lidiar con asuntos cruciales – típicamente la proporcionalidad, pero también en algunos casos el alcance del derecho primario²⁸ – de una manera tan brusca y abreviada que la explicación de las decisiones o bien no existe o bien toma la forma de una mera aserción. Más aún, la jurisprudencia, en general, tiene un bajo nivel de teorización, en notable contraste con el concerniente a la expresión mediática.

Es justo decir que un reconocimiento escaso del valor distintivo de la protesta pública en comparación con otras formas de discusión política es evidente en la jurisprudencia; más aún [...] los principios generales no han jugado un gran papel [...] en casos que involucren protesta pública”²⁹.

En el caso *Steel*³⁰, por ejemplo, el cual, según ya indicamos, tenía que ver con interferencias con la libertad de expresión de cinco solicitantes, la proporcionalidad del arresto y la detención por 72 horas de la segunda postulante y su subsiguiente encarcelamiento por siete días por negarse a ser procesada está determinada livianamente, en tan sólo dos oraciones. La postulante estaba dificultando físicamente labores de excavación sentándose en el suelo. La conclusión de la Corte fue que su arresto y detención estaban justificados en tanto eran necesarios para prevenir el desorden y para proteger los derechos de terceros³¹. Pero estos fundamentos tienen una escasa sustanciación: se aceptó que los manifestantes callejeros no habían causado ningún incidente violento ni daños a la propiedad (Párrafo 15) y que la conducta de la postulante había sido enteramente pacífica: ella no se había resistido en ningún momento a ser retirada del área por los guardias de seguridad – por lo que es difícil ver dónde estaba el “riesgo de desorden”³², y menos aún cómo es que sería suficiente para

²⁷ Chorherr v. Austria, *supra* nota 9, en 31.

²⁸ Ver las consideraciones cruciales en *Steel v. UK*, *supra* nota 9; *Hashman and Harrup v. UK*, *supra* nota 9; y *G v. FRG*, *supra* nota 10, relativos a que la acción directa era alcanzada por los Artículos 10 y 11.

²⁹ Ver H. Fenwick, *Public Protest*, *supra* nota 1, p. 629-630.

³⁰ *Supra* nota 9.

³¹ *Id.*, en 109.

³² La primer solicitante, consideró, “había creado un peligro de lesión física para ella misma y para otros y había formado parte de una protesta que había presentado el riesgo de culminar en desorden y violencia” (*id.*, en 105). Ninguno de estos factores estuvo presente en relación con el segundo solicitante, por lo que la referencia no sólo carecía de valor, sino que era positivamente engañosa (aunque la Corte sí

justificar una acción comparativamente tan drástica. En cuanto a los “derechos de terceros”, la Corte, bastante extraordinariamente, no dice en ninguna parte cuáles eran estos “derechos”, aunque presumiblemente los jueces tenían en mente el hecho de que los constructores de calles estaban involucrados en una acción legítima – construir una calle – que los manifestantes estaban perturbando. La cuestión de la gravedad de la interferencia con estos “derechos” no fue tratada: los constructores de calles tenían vallas de seguridad, y aparentemente eran capaces de proseguir su trabajo, al costo de alguna incomodidad. En ningún caso se hizo siquiera referencia a la cuestión de los medios alternativos para proteger a los constructores de calles, menos aún se la sometió a algún análisis. En otras palabras, uno de los fundamentos justificatorios para la interferencia con los derechos del Artículo 10 no fue sustanciado con ninguna evidencia real; y el otro no fue sometido a ningún análisis en absoluto. Encontramos tendencias muy similares en las decisiones de la Comisión en los casos *Pendragon*³³ y *Chapell*³⁴, en los que prohibiciones globales a las reuniones en y alrededor del antiguo monumento de Stonehenge fueron consideradas justificables por la Comisión, virtualmente sobre la base de ninguna evidencia o razonamiento.

Por el contrario, en el caso *Ezelin v. France*³⁵, la Corte le dio una mirada seria a la cuestión de la proporcionalidad. El apelante, un abogado, participó en una manifestación contra el sistema judicial en general y contra jueces en particular, que involucró pintadas en las paredes de los Tribunales de consignas contrarias a la judicatura, y violencia eventual. Ezelin no participó de ningún tipo de acto ilegal, pero no se disoció de la marcha, incluso cuando la misma se volvió violenta. Fue disciplinado por el Colegio de Abogados y eventualmente recibió una reprimenda formal, que no afectó su capacidad para ejercer la profesión. No se le impuso ninguna multa. El argumento del Gobierno francés fue que “Al no repudiar los incidentes revoltosos que ocurrieron durante la manifestación, el apelante los había aprobado ipso facto [y que] era esencial para las instituciones judiciales reaccionar contra un comportamiento que, de parte de un ‘auxiliar de la justicia’ [...] afectaba seriamente la autoridad de la judicatura y el respeto a las decisiones de los tribunales”³⁶. El argumento fue rechazado; se consideró que el Artículo 11 había sido violado. En un resolutorio enfático, la Corte dijo:

[...] la libertad de tomar parte en una reunión pacífica – en esta ocasión, una manifestación que no había sido prohibida – es tan importante que no puede ser restringida de ninguna manera, incluso para

notó que el riesgo de desorden era “posiblemente menos serio que el causado por la primer solicitante”; *id.*, en 109).

³³ *Pendragon v. UK*, ap. N° 31416/96, sentencia del 19 de octubre de 1998.

³⁴ *Chapell v. UK*, ap. N° 12587/86, 53 DR 241 (1987).

³⁵ *Supra* nota 9.

³⁶ *Id.*, en 49.

un abogado, en la medida en que la persona concernida no haya cometido ella misma ningún acto reprochable en esa ocasión³⁷.

3.2 CONCLUSIONES

La terminología amplia de los Artículos 10 y 11³⁸ deja inevitablemente un gran espacio para la discrecionalidad interpretativa de los jueces del Reino Unido al considerar su aplicación al derecho vigente. Pero pueden extraerse ciertas conclusiones: la Corte no tolerará el arresto y detención de los manifestantes pacíficos, incluso si la protesta degenera en violencia, en la medida en que los manifestantes en cuestión no hayan cometido ellos mismos “actos reprochables”. Así, salvo la protesta violenta o amenazante, la mayoría de las formas de protesta y reunión se encuentran dentro del ámbito de los Artículos 10 y 11, a pesar de que probablemente se considere a las procesiones y reuniones ceremoniosas sólo dentro del Artículo 11³⁹, mientras que la tendencia reciente es considerar a las formas de acción directa dentro del Artículo 10. Todas las formas de protesta mencionadas arriba, salvo las últimas dos, aparecen cubiertas. Así, variadas formas de protesta – incluyendo aquellas alejadas de la clásica reunión en la que se sostienen carteles o se entregan panfletos – resultan protegidas por estos Artículos, pero la interferencia con la protesta de acción directa puede justificarse con facilidad, incluso cuando la acción es primariamente de una naturaleza simbólica.

No obstante, es evidente que la aplicación sin más de la jurisprudencia reseñada contribuye escasamente a la estructuración de la discreción judicial doméstica, dejando libres a los tribunales para aplicar los Artículos 10 y 11 de manera tal que constituyen un mínimo o inexistente control sobre la discreción policial respecto de la reuniones y manifestaciones. Qué tanto éste sea el caso depende crucialmente de dos factores: primero, de la actitud de los tribunales nacionales hacia la doctrina del margen de apreciación y hacia cualquier equivalente doméstico; y segundo, de en qué medida estén preparados para utilizar los principios más fundamentales que subyacen a la jurisprudencia de la Corte sobre la expresión política en general. Estos factores tuvieron una especial relevancia en los fallos sobre los que se enfoca este trabajo.

4. LA APLICACIÓN NACIONAL DE LOS ARTÍCULOS 10 Y 11

³⁷ *Id.*, en 53.

³⁸ Arts. 5 y 6 también pueden ser relevantes en algunas circunstancias.

³⁹ Ver *Chorherr v. Austria*, *supra* nota 9.

Pueden identificarse dos enfoques judiciales opuestos respecto de la aplicación de la Convención, aunque hay que tener en cuenta que el razonamiento judicial no siempre puede ser encasillado prolijamente. Abajo se sugiere que los dos enfoques tienen especial importancia en este contexto, toda vez que el *common law* no ha logrado brindar la protección a la libertad de protestar y reunirse que ha sido evidente en Estrasburgo. Claramente, este no es un contexto en el que la tendencia del *common law* haya sido alcanzar estándares altos de protección de derechos humanos, tal como Lord Bingham lo reconoce en *Laporte*. Si los jueces no logran abandonar su enfoque a favor de una postura más activista, bajo el ímpetu de la HRA, continuará siendo el caso que las libertades de protestar y reunirse reciben menos reconocimiento en el Reino Unido que en otras democracias comparables.

Los comentaristas han acordado⁴⁰ y la Cámara de los Lores ha enfatizado⁴¹, que la doctrina del margen de apreciación, como tal, no debería ser aplicada por los tribunales nacionales, ya que es una doctrina típicamente propia del derecho internacional. Aplicar la Convención haciendo esa diferenciación tiene dos aspectos. Significa, primero, rechazar la importación de la doctrina en la toma de decisiones doméstica sobre la Convención allí donde ninguna decisión de Estrasburgo resulta aplicable, y, segundo, cuando sí hay una decisión tal que sea aplicable, buscar aplicarla pero evitando los aspectos de margen de apreciación que presenta. Esto puede significar prestar atención al resultado probable del caso en Estrasburgo si se hubiera hecho caso omiso de la doctrina.

Sin embargo, como se discutió más arriba, en buena parte de los casos el razonamiento es bastante precario y declamativo, no habiendo tenido la doctrina el efecto de influenciar una parte particular de la resolución de un modo claro, sino simplemente de hacer que toda la evaluación resulte bastante rudimentaria. Por lo tanto, prescindir de los efectos de la doctrina puede significar meramente tratar ciertas resoluciones como no determinantes de los puntos planteados en el nivel nacional. Ciertamente, aquellos tribunales domésticos a los que les preocupe realizar una investigación intensiva de las cuestiones de proporcionalidad recibirán poca ayuda de los casos arriba descritos para hacerlo. Por ahora, en el derecho nacional post-HRA hay poca evidencia de que los jueces aprecien el hecho de que en cierto sentido están importando los aspectos de margen de apreciación de las decisiones de Estrasburgo al derecho nacional por la puerta de atrás.

⁴⁰ Ver Sir J. Laws, *The Limitations of Human Rights*, 1998 Public Law 254, p. 258; D. Feldman, *The Human Rights Act and Constitutional Principles*, 19 Legal Studies 165, p. 192 (1999); D. Pannick, *Principles of Interpretation of Convention Rights under the Human Rights Act and the Discretionary Area of Judgement*, 1998 Public Law 545; M. Hunt, R. Singh & M. Demetriou, *Is there a Role for the 'Margin of Appreciation' in National Law after the Human Rights Act*, 1999 EHRLR 15, p. 17.

⁴¹ R. v. DPP ex parte Kebilene and Others [1999] 3 WLR 972, en 1043, per Lord Hope: “[la doctrine] no está disponible para los tribunales nacionales...”. Ver *dicta* para el mismo efecto en R v. Stratford JJ ex parte Imbert, [1999] 163 JP 693 per Buxton LJ.

4.1 MINIMALISMO

Este es un contexto en el que las posturas posibles que podría adoptar la judicatura local al ser confrontada con casos de orden público que planteen cuestiones de los Artículos 10 y 11 son, creemos, claramente opuestas. Un enfoque minimalista podría ser, en este contexto, casi indistinguible de lo que podría llamarse un enfoque “tradicionalista” y podría arrojar resultados similares, ya que este es un campo en el que la judicatura, desde *Beatty v. Gillbanks*⁴², ha evitado casi invariablemente un enfoque activista. Un enfoque minimalista podría justificarse sobre la base de que en el derecho del Reino Unido siempre se ha alcanzado un balance entre la libertad de reunirse y el orden público por referencia a los principios del *common law* o a la restricción parlamentaria; con sólo dos excepciones⁴³, en Estrasburgo se ha considerado que ese balance está de acuerdo con los Artículos 10 y 11⁴⁴, y por lo tanto no hay razón para disturbarlo ahora. Bajo este enfoque, los tribunales, aún si pronuncian que la doctrina del margen de apreciación es inaplicable, no tomarían el siguiente paso de reconocer y dar las explicaciones debidas por su influencia en los que casos en los que se la aplica.

Así, los jueces podrían apoyarse simplistamente sólo en los *resultados* de las decisiones de Estrasburgo – la mayoría de los cuales son contrarios a los postulantes – sin tener en cuenta su influencia sobre esos resultados. Así, podrían importar sus efectos – revisión “laxa” (“*light touch*” review) y por lo tanto un estándar “débil” de proporcionalidad que probablemente sólo vaya a excluir decisiones groseramente irrazonables – hacia la toma de decisiones nacional. El juez tradicionalista tendería a adoptar la visión de que los principios del *common law* han reconocido desde antaño valores que son afines con los factores tomados en consideración en Estrasburgo al evaluar el balance en cuestión, y que, en la mayoría de las instancias, el resultado de los casos no diferiría ya sea que la libertad de expresión haya sido vista como un principio del *common law* o como protegida por la Convención.

Toda vez que, bajo la HRA, los tribunales tienen que considerar los derechos de protesta como opuestos a las libertades negativas, estos enfoques tienen que ser modificados en pos de proveer un poco más de protección para tales derechos que la proveída previamente. Bajo la HRA, los tribunales deben aplicar una doctrina de la proporcionalidad más rigurosa. Pero allí donde pueden adoptarse distintas posturas respecto de la necesidad de una interferencia particular, tales como una prohibición impuesta sobre una marcha bajo la Sección 13 de la *Public Order Act* de 1986, un tribunal nacional que aplique enteramente la jurisprudencia de Estrasburgo, incluidos

⁴² [1882] 9 QBD 308.

⁴³ Ver los considerandos de la Corte sobre el Art. 10 en cuanto al tercer, cuarto y quinto solicitante en *Steel v. UK* y *Hashman and Harrup v. UK*, *supra* nota 9.

⁴⁴ Ver, e. g., *Chapell v. UK* (1989) 10 EHRR 510; *Christians Against Racism and Fascism v. UK*, *supra* nota 26; los considerandos referidos a *Steel* y *Luz* en *Steel v. UK*, *supra* nota 9.

sus aspectos de margen de apreciación, bajo la Sección 2 de la HRA, tendería a deferir el asunto a la resolución del ejecutivo. Esto implicaría el tipo de investigación de baja intensidad sobre la existencia de una “necesidad social apremiante” (“*pressing social need*”) para restringir derechos a la protesta tipificados por la jurisprudencia de Estrasburgo, aún si adoptados por razones algo diferentes. La cuestión de si medios menos intrusivos podrían haber sido adoptados también sería ignorada o tratada como una cuestión de *expertise* policial, a la cual los tribunales deberían asimismo deferir el asunto. La decisión en *Austin and Saxby* considerada más abajo es presentada como un ejemplo significativo y revelador de un razonamiento judicial minimalista post HRA.

4.2 ACTIVISMO

El enfoque bajo la HRA, que fue adoptado en 2006 por la Cámara de los Lores en *Laporte*, puede ser llamado “activista”⁴⁵; parte de la premisa de que la recepción de la Convención en el derecho del Reino Unido representa una ruptura decisiva con el pasado. Bajo este enfoque, los jueces consideran que se les exige ir *más allá* de los estándares mínimos aplicados en la jurisprudencia de Estrasburgo⁴⁶, dado que la visión de sí mismo de Estrasburgo como un sistema de protección firmemente subsidiario de aquel brindado por los tribunales nacionales lo ha llevado, particularmente en los casos de protesta pública, a intervenir sólo cuando hayan ocurrido transgresiones claras e inequívocas. Una postura tal reconoce que, como una consecuencia, la mayoría de los casos sobre protesta pacífica no han requerido de hecho que las autoridades nacionales demuestren convincentemente que el test de “necesidad social apremiante” haya sido satisfecho. Más aún, significativamente, los tribunales pueden buscar asistencia en los principios generales desarrollados por Estrasburgo⁴⁷. Un principio fundacional de Estrasburgo, repetido en una serie de casos, es que “el derecho a la libertad de reunirse pacíficamente [...] es un derecho fundamental en una sociedad democrática, y, al igual que el derecho a la libertad de expresión, es uno de los pilares de esa sociedad [...]”⁴⁸.

La HRA allanó el camino para que los tribunales nacionales se tomen a pecho el principio – declarado por Estrasburgo, pero sin darle un efecto práctico – de que la

⁴⁵ H. Fenwick, *Civil Rights: New Labour, Freedom and the Human Rights Act*, ps. 502-505 (2000).

⁴⁶ En palabras del juez Martens, “[la tarea de los tribunales domésticos] va más allá de vigilar que se mantengan los estándares mínimos expresados en la ECHR [...] debido a que el mandamiento de la ECHR de desarrollar los derechos humanos y las libertades fundamentales contenido en el preámbulo también está dirigido a los tribunales domésticos” (*Opinión: incorporating the Convention: the role of the judiciary*, 1998 EHRLR 3).

⁴⁷ Ver Fenwick, *supra* nota 45, ps. 502-503. Tal como la *House of Lords* ha enfatizado recientemente: “la Convención también debería ser vista en los tribunales nacionales como una expresión de principios fundamentales más que como un conjunto de meras reglas” (R v. DPP ex parte Kebilene, *supra* nota 41).

⁴⁸ *Rassemblement Jurassien v. Switzerland*, *supra* nota 13, en 119.

protesta pacífica tiene un peso equivalente al de la libertad de expresión en general, una libertad a la que se le reconoce “especial importancia” dentro de la jurisprudencia de Estrasburgo⁴⁹, y ahora, con la decisión de la Cámara de los Lores en *Laporte*, dentro del *common law*. Esa decisión marcó claramente un punto de inflexión, no sólo en la jurisprudencia del Reino Unido sobre protesta pública en general, sino también en la jurisprudencia post-HRA. Se ubica en marcado contraste con otras decisiones relativamente recientes de la Cámara de los Lores en este contexto – en *DDP v. Jones*, tomada en un momento inmediatamente anterior a la entrada en vigencia de la HRA, una decisión mucho más cautelosa. Ahora que la dimensión de libertad de expresión de la protesta pública ha sido reconocida nacionalmente a través de *Laporte*, siguiendo a *Steel*, los principios desarrollados por la jurisprudencia de Estrasburgo y por la nacional respecto de la libertad de los medios de comunicación puede ser utilizada en casos de protesta, apuntalando y guiando así el activismo judicial.

5. LA DOCTRINA DEL *COMMON LAW* SOBRE LA ALTERACIÓN DE LA PAZ

El *leading case* sobre alteración de la paz es *Howell*⁵⁰, en el que se determinó que una alteración de la paz surgirá si un acto es realizado o se amenaza con su realización, de un modo tal que: dañe a una persona o a su propiedad *en su presencia*, o sea probable que cause tal daño, o haga que una persona tema por ese daño. Con esta definición, las palabras amenazantes pueden no ser ellas mismas suficientes para acreditar alteración de la paz, pero pueden conducir a un oficial de policía a detener la alteración. La definición de *Howell* en sí misma es extremadamente amplia, en buena medida porque no se limita a la violencia o a las amenazas de violencia. Tampoco requiere que el comportamiento que equivale a una alteración de la paz, o que de lugar al temor de una alteración de la paz, sea ilegal según el derecho civil o penal. Más aún, los tribunales han reconocido por algún tiempo que una persona puede ser procesada por una conducta que no es en sí misma alteración de la paz y que no sugiere que el individuo concernido esté a punto de alterar la paz, pero que puede causar que otro altere la paz⁵¹. Podría decirse que esta tercera posibilidad está implícita en la definición de *Howell* y ciertamente no está suficientemente distinguida, dentro de esa definición, de la conducta que en sí misma equivale a una alteración de la paz. Esta posibilidad adicional es muy importante en el contexto de la protesta pública ya que significa que

⁴⁹ La Corte se refirió a “la especial importancia de la libertad de reunión pacífica y de la libertad de expresión, las cuales están íntimamente vinculadas en esta instancia” (*Exelin v. France*, *supra* nota 9, en 51).

⁵⁰ *R v. Howell* [1981] 3 All ER 383.

⁵¹ *Wise v. Dunning* [1902] 1 KB 167; *Lansbuty v. Riley* [1914] 3 KB 229.

en ciertas circunstancias una protesta pacífica y legítima puede conducir al arresto y procesamiento de los manifestantes.

Un agente o un civil tiene el poder y el deber de intentar evitar, a través de un arresto o de otra acción que no llegue a ser un arresto, cualquier alteración de la paz que tenga lugar en su presencia, o cualquier alteración de la paz que (habiendo ocurrido) sea probable que se renueve, o cualquier alteración de la paz que esté a punto de ocurrir. En relación a la cuestión de la inmediatez, surgen tres cuestiones claves. Primero, es necesario determinar el grado de inminencia. En otras palabras, ¿indica que el oficial predice que la alteración va a ocurrir en el futuro muy cercano? ¿En qué punto podría decirse que el punto en el que se esperaba que la alteración surgiera estaba muy distante para justificar cualquier acción de intervención, incluido el arresto? Segundo, asumiendo que pueda decirse que una alteración es inminente, ¿quién puede ser arrestado o de cualquier modo afectado por la intervención policial? Si – como puede ocurrir frecuentemente en relación a protestas – una parte inocente está en compañía de aquellos que, según los oficiales de policía, están a punto de cometer la alteración, ¿puede la policía arrestar o realizar alguna otra intervención contra la parte inocente? En el interés de mantener el orden público, esto puede ser sostenido sobre la base de que fue difícil para la policía distinguir entre aquellos que estaban a punto de alterar la paz y los otros⁵². O puede ser defendido sobre la base de que aquellos que permanecieron presentes mientras otros, partes de la misma protesta, se volvían más confrontativo, aprobaban o incluso estimulaban la alteración por su sola presencia o por su apoyo verbal hacia la protesta. Esta cuestión es difícil, pues la policía considera que algunos grupos activistas usan las protestas como una fachada para actos de agresión y violencia⁵³. Tercero, si *no* puede decirse que una alteración de la paz es inminente, ¿puede la policía realizar alguna intervención más leve que el arresto, tal como conducir a los manifestantes fuera de la manifestación, o detenerlos sin arrestarlos, sobre la base de que de otro modo la alteración se volverá inminente? En otras palabras, ¿está vinculado el grado de intervención con el grado de inmediatez?

La autoridad principal sobre la cuestión de qué es una inminente alteración de la paz (que fuera aceptada por la Cámara de los Loes en *Laporte*, discutido más abajo) es *Albert v. Lavin*⁵⁴. Ese caso reflejó la tendencia de la autoridad existente. En *Humphries v. Connor*⁵⁵, el juez Fitzgerald dijo que “si una alteración de la paz es inminente [un agente] puede, de ser necesario, arrestar a aquellos que están a punto de cometerla, si no puede ser evitada de otro modo”. Una vez que se acepta que un arresto puede ser hecho con relación a una alteración de la paz prevista, surge la cuestión del grado necesario de inmediatez (la primera cuestión identificada). Una serie de fuentes autoritativas establecen que el deber de arrestar por alteración de la paz surge sólo cuando el oficial

⁵² Este fue el caso tanto en *Laporte* como en *Austin and Saxby*, los cuales son tratados más abajo.

⁵³ *Id.*

⁵⁴ [1982] AC 546.

⁵⁵ [1864] 17 ICLR 1, en 8-9.

de policía anticipa que una alteración es “inminente”⁵⁶ o está “a punto de tener lugar” o está “a punto de ser cometida” (*Albert v. Lavin*) o va a tener lugar “en el futuro inmediato” (*R v. Howell*). Su anticipación “debe referirse al futuro inmediato” (*McLeod v. Commissioner of Police of the Metropolis*)⁵⁷. Si el oficial anticipa razonablemente que es probable que ocurra una alteración de la paz en el futuro cercano, su deber es tomar pasos razonables para evitarla. Cuando este poder, en conjunción con el delito de obstrucción de un oficial en la ejecución de su deber, fue utilizado extensamente durante la huelga minera de 1984⁵⁸, quedó claro que un arresto puede ocurrir mucho antes del punto en que una alteración de la paz es anticipada.

La instancia más notoria de su uso la encontramos en *Moss v. McLachlan*⁵⁹. Un grupo de mineros en huelga iban en una caravana de autos, cuando fueron detenidos por la policía a unas pocas millas de una serie de minas de carbón, y se les impidió trasladarse hasta unas canteras donde se encontraban trabajando mineros que no estaban en huelga. Los oficiales de policía tenían razones para creer que se desatarían violentos encontronazos, no en la salida de la autopista donde su cordón estaba posicionado, sino en las canteras. La policía les dijo que temía una alteración de la paz si los mineros alcanzaban las canteras y que iban a arrestarlos por obstrucción si intentaban continuar. Transcurrido un tiempo, un grupo de mineros intentó traspasar a la policía, y fueron arrestados y condenados por obstruir a un oficial de la policía en el curso de su deber. Su apelación sustentada en el argumento de que los oficiales no estaban actuando en el curso de su deber fue desechada. Se dijo que no había necesidad de mostrar que los individuos mineros causarían una alteración de la paz, ni siquiera de especificar en cuál cantera se esperaba desorden. Una creencia razonable de que había un riesgo real de que ocurriera una alteración en las cercanías del punto de arresto (las canteras estaban a una distancia de entre dos a cuatro millas) era todo lo que se necesitaba. (Un caso en Kent en el que mineros en huelga fueron detenidos a más de 200 millas de su destino sugiere que este requisito de la proximidad puede estar volviéndose ocioso)⁶⁰.

Al evaluar si existió un riesgo real, podían tomarse en cuenta noticias sobre desordenes en piquetes anteriores; en otras palabras, no parecía haber un requisito de que hubiera algo respecto de estos mineros particulares que sugiriese que ellos podrían causar una alteración de la paz. Así, a una serie de individuos les fue legalmente negada su libertad tanto de movimiento como de reunión aparentemente con ningún fundamento más sustancial que el hecho de que otros mineros habían causado

⁵⁶ O’Kelly v. Harvey [1998] 3 All ER 705, 711 b-c; Foulkes v. Chief Constable of the Merseyside Police [1982] QB 416, 426.

⁵⁷ [1994] 4 All ER 553, 560F.

⁵⁸ De marzo de 1984 a marzo de 1985.

⁵⁹ [1985] IRLR 76.

⁶⁰ Foy v. Chief Constable of Kent, 20 de marzo de 1984. También ha sido notado por P. Thornton, *Public Order Law*, ps. 97-98 (1987), que el Fiscal General, en una respuesta escrita a una cuestión parlamentaria presentada durante la huelga de los mineros, omitió el requisito de una amenaza al orden público.

problemas en el pasado, sin haber brindado ellos mismos fundamentos en base a los cuales la violencia hubiera podido ser prevista. El juez Skinner, dando el fallo de la Corte Divisional, también introdujo una significativa modificación de la doctrina. Al tratar el requisito de la inminencia, el juez Skinner dijo: “el grado de inmediatez es evidentemente muy relevante para la razonabilidad o no de la acción realizada por el oficial de policía”⁶¹. En *Minto v. Police*⁶² el juez Cooke dijo que “el grado de inmediatez es claramente muy relevante para la razonabilidad o no de la acción del oficial de policía”. En este enfoque, un oficial de policía tiene el poder – y el deber – de tomar medidas distintas del arresto (tales como detener autos o dirigir a los manifestantes fuera de la manifestación) en una etapa previa a aquella en la que tendría el poder y el deber de arrestar personas con el fundamento de una alteración de la paz.

5.1 EL CASO *LAPORTE*

La decisión muy significativa de la Cámara de los Lores en *Laporte* no adicionó mucho al entendimiento establecido del significado de la inmediatez. Sin embargo, sí trató la cuestión de la acción que puede ser realizada cuando una alteración *no* es inminente (la segunda cuestión identificada arriba). La postura adoptada en *Moss* al efecto de que una acción que no llegue al arresto puede ser realizada si una alteración de la paz no es inminente fue decididamente rechazada por la Cámara de los Lores en *Laporte*⁶³. El caso surgió en relación a una detención de manifestantes en un autobús, al que la policía había hecho regresar de una manifestación contra la guerra. El caso surgió pues el demandante, un manifestante por la paz, quería protestar contra la política y la conducta de los gobiernos del Reino Unido y de los Estados Unidos en relación con la guerra de Irak, y quería sumarse a una protesta en RAF Fairford* para hacerlo.

La demandante se unió a un grupo de alrededor de 120 pasajeros que abordaron tres autobuses en Euston con dirección a Fairford. La policía revisó los tres autobuses y encontró algunos objetos que podrían haber sido usados en una protesta no pacífica, tales como máscaras y escudos caseros. Todos estos elementos fueron confiscados. Al parecer ninguno o sólo algunos de los pasajeros fueron cuestionados sobre sus intenciones o afiliaciones. Después de la revisión, el oficial a cargo ordenó que los autobuses y los pasajeros fueran escoltados por la policía de regreso a Londres. El oficial consideró que si se hubiera permitido que los autobuses continuaran hacia RAF Fairford, los manifestantes que iban en ellos hubieran sido arrestados al llegar a destino, toda vez que entonces una alteración de la paz hubiera sido “inminente”. Afirmó que

⁶¹ *Moss v. McLachlan*, *supra* nota 59, en 79, para. 24.

⁶² [1987] 1 NZLR 374, en 377.

⁶³ [2006] UKHL 55, para. 34. Caso *Laporte*, *supra* nota 2.

* Los autores se refieren a la Royal Air Force Fairford, una base aérea militar de Inglaterra, que fue utilizada para el despegue de aeronaves norteamericanas durante la guerra contra Iraq en 2003 [*N. del T.*].

había llegado a la conclusión de que tenía una elección entre permitir el paso de los autobuses y lidiar con una alteración de la paz en RAF Fairford, arrestando a los ocupantes de los autobuses para controlarla, o hacer que los autobuses regresen y escoltarlos lejos del área en pos de evitar que se produzca una alteración semejante. A los pasajeros no se les permitió descender de los autobuses.

La demandante introdujo una solicitud de revisión judicial, intentando desafiar las acciones del Oficial en Jefe al (1) evitar su viaje hacia la manifestación en Fairford, y forzarla a abandonar el área, y (2) regresarla forzosamente a Londres, manteniéndola en el autobús y evitando que se baje del mismo hasta llegar. Apoyándose en *Sunday Times v. United Kingdom (No. 2)*⁶⁴ y en *Hashman and Harrup v. United Kingdom*⁶⁵, Lord Bingham en la Cámara de los Loes consideró que

[...] toda restricción previa sobre la libertad de expresión exige el más cuidadoso escrutinio [...]. La corte de Estrasburgo deseará estar satisfecha no meramente de que un Estado ejerció su discreción de manera razonable, cuidadosa y en buena fe, sino también de que aplicó estándares que se conforman a los estándares de la Convención y que basó sus decisiones en una evaluación aceptable de los hechos relevantes⁶⁶.

Él observó que la protección de los Artículos puede ser denegada “si la manifestación no está autorizada y es ilegal (como en el caso de *Ziliberg*⁶⁷), o si la conducta es tal que efectivamente disturba el orden público (como en *Chorherr v. Austria*⁶⁸)”. Pero observó este hallazgo en *Ziliberg*:

[...] un individuo no deja de gozar del derecho a reunirse pacíficamente como resultado de una esporádica violencia u otros actos reprochables cometidos por otros en el curso de una manifestación, si el individuo en cuestión permanece pacífico en sus propias intenciones o comportamiento⁶⁹.

El argumento clave de parte de Laporte fue que de acuerdo a los Artículos 10(2) y 11(2) de la Convención Europea, la demandante tenía un derecho a concurrir a la legítima manifestación en RAF Fairford en pos de expresar su fuerte oposición a la

⁶⁴ Sentencia del 26 de noviembre de 1991, 14 EHRR 229, en 51.

⁶⁵ *Supra* nota 9, en 32.

⁶⁶ Lord Bingham tomó esta frase de *Christian Democratic People’s Party v. Moldova*, Ap. N° 28793/02, sentencia del 14 de mayo de 2006, en 70.

⁶⁷ Ap. N° 61821/00, sentencia del 4 de mayo de 2004.

⁶⁸ *Supra* nota 9.

⁶⁹ *Supra* nota 67, en 2.

guerra contra Irak. La conducta de la policía, al detener el autobús en el que la demandante estaba viajando a la altura de Lechdale, y no permitirle continuar su viaje hacia Fairford, fue una interferencia de una autoridad pública (Sección 6 HRA) con el ejercicio de los derechos de la demandante bajo los Artículos 10 y 11. La carga de justificar una interferencia con el ejercicio de un derecho de la Convención tal como aquellos protegidos por los Artículos 10 y 11 recaía sobre la autoridad pública que había interferido sobre tal ejercicio, en este caso el Oficial en Jefe. La interferencia del Oficial en Jefe en este caso se debió a un propósito legítimo – el interés de la seguridad nacional, para la prevención del desorden o el crimen o para la protección de los derechos de terceros – pero (a) no estaba ordenada por la ley, porque no estaba garantizada de acuerdo al derecho nacional, y (b) no era necesaria en una sociedad democrática, porque era (i) prematura y (ii) indiscriminada; concordantemente, era desproporcionada. Respecto del argumento de que la interferencia del Oficial en Jefe no estaba prescrita por la ley porque no estaba garantizada por una autoridad del derecho nacional, se argumentó que hay un poder y un deber que reposa sobre los agentes de evitar una alteración de la paz que razonablemente parece estar a punto de ser cometida. El test es el mismo si la intervención se da a través de un arresto o (como en *Humphries v. Connor*, *King v. Hodges* y el mismo *Albert v. Lavin*) de una acción más leve que el arresto. Pero se argumentó que no hay nada en las fuentes autoritativas locales que apoye la proposición de que la acción más leve que un arresto puede ser realizada cuando una alteración de la paz no es tan inminente como sería necesario que lo fuera para justificar un arresto. Aquí, el oficial a cargo no pensó que la alteración de la paz era tan inminente como para justificar un arresto. Los patrocinantes de la policía se apoyaron en *Moss v. McLachlan*⁷⁰, el cual es discutido más arriba, en apoyo de un argumento según el cual no es necesario mostrar que la alteración de la paz era tan inminente como para justificar un arresto. Pero la Cámara de los Lores rechazó este argumento y aceptó que no hay nada en las fuentes autoritativas locales que apoye la proposición de que la acción más leve que un arresto puede ser realizada cuando una alteración de la paz no es tan inminente como sería necesario que lo fuera para justificar un arresto. Lord Bingham adoptó esta postura parcialmente sobre la base de que de otro modo la doctrina del *common law* socabaría la *Public Order Act* de 1986:

El Parlamento confirió poderes cuidadosamente definidos e impuso deberes cuidadosamente definidos a los oficiales policiales al mando y al jefe de policía. Se crearon delitos y se brindaron defensas. El Parlamento claramente apreció la necesidad de contar con poderes policiales apropiados para controlar manifestaciones desordenadas pero también fue sensible a los valores democráticos inherentes en el reconocimiento de un derecho a la protesta. Sería, creo, sorprendente si, a la par de estos poderes y deberes detalladamente definidos, existiera un poder y un deber del *common law*, ejercitable e impuesto no sólo por y sobre

⁷⁰ *Supra* nota 59.

cualquier agente sino por y sobre todo miembro del público, limitado sólo por una condición incierta e indefinida de razonabilidad⁷¹.

Él consideró que *Albert v. Lavin* había proveído un test simple y factible, fácilmente aplicable a oficiales y ciudadanos privados por igual, el cual reconocía el poder y el deber de actuar en una emergencia para evitar una alteración de la paz, y que en casi cualquier circunstancia habría pocas dudas acerca de contra quién dirigir la acción. Consideró más aún que había escaso apoyo en estas fuentes para la proposición de que la acción más leve que el arresto puede ser realizada para evitar una alteración de la paz que sea suficientemente inminente como para justificar un arresto. Toda vez que el oficial de policía a cargo no consideró que la demandante pudiera ser adecuadamente arrestada cuando los autobuses fueron detenidos antes de allegar a Fairford, se sigue que la acción más leve que el arresto no podía ser realizada como una alternativa. Tampoco aceptó la opinión del Tribunal de Apelación de que este caso era “prácticamente igual al que se decidió en *Moss v. McLachlan*”⁷². Consideró que *Moss* llevaba la noción de inminencia a límites extremos, pero que no era razonable ver la alteración anticipada como inminente. Empero consideró que la situación en *Moss* difería grandemente de la del caso bajo examen en el que 120 pasajeros, todos los cuales no eran ni se pensaba que fueran en absoluto miembros de los Womble*, habían sido impedidos de transitar hacia un punto de reunión que estaba a cierta distancia de la escena de una legítima manifestación. Concluyó que las acciones de la policía al enviar de vuelta a los pasajeros y luego detenerlos dentro del autobús no estaba ordenada por la ley.

Los abogados de la demandante también arguyeron que la acción de la policía en Lechdale no superó el test de proporcionalidad de la Convención debido a que fue prematura e indiscriminada. Sostuvieron que la acción fue prematura porque no había ninguna insinuación de desorden en Lechdale y ninguna razón para anticipar un inmediato surgimiento del desorden a cargo de la demandante y sus compañeros de viaje cuando bajaran de sus autobuses en los puntos de llegada designados en Fairford. Dado que la acción fue prematura, fue necesariamente indiscriminada, porque la policía no podía a esa altura identificar a aquellos (si alguno) de los pasajeros que parecían estar a punto de cometer una alteración de la paz. Lord Bingham consideró que no era razonable suponer que los pasajeros – aparte de los miembros de los Womble – quisieran un enfrentamiento violento con la policía. También era irrazonable, consideró, anticipar que sobrevendría el desorden inmediatamente al arribar los pasajeros al sitio de protesta. Subrayó que durante ese tiempo la policía estaría cercana y capacitada para

⁷¹ *Id.*, en 46.

⁷² *Id.*, en 45.

* Los *Wombles* eran un grupo informal de activistas con un discurso de corte marcadamente anarquista. Se proponían bregar por un mundo libre de jerarquías, de coerción, de Estados, de propiedad privada, de fuerzas opresoras de los sujetos, un mundo libre de diferencias de clase, etnia o género. Fomentaban el interés en ideas y acciones revolucionarias, anti-capitalistas y anti-jerárquicas [*N. del T.*].

identificar y arrestar a aquellos que mostraran una propensión violenta o transgredieran las condiciones a las que la reunión y la procesión estaban sujetas. Consideró por lo tanto que era enteramente desproporcionado restringir el ejercicio de los derechos de la demandante bajo los Artículos 10 y 11 debido a que ella estaba en compañía de otros, algunos de los cuales podrían, en algún tiempo en el futuro, alterar la paz.

Esta decisión está totalmente de acuerdo con la postura tomada en *McLeod v. UK*⁷³, en donde se consideró que resulta insuficiente estimar que una alteración puede ocurrir en algún punto futuro, siendo que no es inmediatamente probable. Como se discutió más arriba, buena parte de la jurisprudencia está de acuerdo con *McLeod* en establecer que (a) un arresto por alteración de la paz sólo puede ocurrir cuando la alteración es inminente, significando que va a ocurrir en el futuro cercano, y (b) que si no es inminente, tampoco puede tener lugar una acción más leve que el arresto. Sin embargo, en *Laporte*⁷⁴, la Corte Divisional y la Cámara de Apelaciones adoptaron el enfoque que encontramos en *Moss*, en virtud del cual se permite la acción preventiva más leve que el arresto en relación con alteraciones de la paz anticipadas que no sean inminentes. La Cámara de los Lores ahora ha rechazado esa posibilidad, considerando que representa una ampliación ilegítima de la doctrina de la alteración de la paz. Al requerir un claro elemento de inmediatez, esta decisión ha creado una fuerte regla inhibitoria, no respecto de los poderes que pueden ser invocados al amparo de esta doctrina, sino respecto al punto en el cual puede ser invocada. Sin embargo, los Lores podrían haber hecho un pronunciamiento más claro sobre las exigencias de la inmediatez. Aceptaron que *Moss* adoptó una posición algo laxa sobre lo que puede ser llamado inminente, pero no rechazaron esa posición. Los Lores también aceptaron que la acción preventiva más leve que el arresto puede ser utilizada al amparo de esta doctrina allí donde podría realizarse un arresto por razón de una inminente alteración de la paz. Así la policía todavía conserva amplios poderes de acuerdo con esta doctrina para interferir con la acciones de los manifestantes en la medida en que el elemento de la inmediatez esté presente. Ese elemento debe ser apreciado por el oficial en el campo, quien bien puede adoptar una visión amplia respecto de lo que constituye una inminente alteración de la paz. Cuando una visión tal es adoptada, es improbable en la práctica que las decisiones de, por ejemplo, dispersar a los manifestantes o interrumpir su camino hacia el sitio de la protesta sean cuestionadas en los tribunales, y el impacto de la protesta será simplemente disminuido. No obstante, es probable que esta decisión tenga algún impacto en situaciones de protesta en las que sería muy difícil argumentar que una alteración de la paz era inminente.

Esta decisión tomó en serio los deberes de los tribunales bajo la HRA. La jurisprudencia de Estrasburgo fue analizada con bastante detalle y los hechos en cuestión fueron sometidos a un detallado escrutinio a la luz de la doctrina de la

⁷³ Sentencia del 23 de septiembre de 1998, 27 EHRR 493.

⁷⁴ [2004] EWCA Civ 1639; [2005] QB 678.

proporcionalidad. La posibilidad real de que el *common law* pueda socavar un esquema legal cuidadosamente diseñado fue reconocida y, al menos hasta cierto punto, evitada. Interesantemente, las acciones de la policía fueron consideradas no sólo desproporcionadas respecto de la finalidad perseguida, sino también no ordenadas por la ley. El punto de partida fue la significancia de sostener derechos a la protesta. *Laporte* ofrece un modelo para un mayor desarrollo de la doctrina de la alteración de la paz y ha reconocido el “giro constitucional” que la HRA ha traído consigo en este contexto. Si la decisión hubiera ido hacia el otro lado, hubiera dejado intacta una posición en la que la policía tenía carta blanca para expulsar a manifestantes pacíficos de la escena de la protesta, detener autos que se dirigiesen hacia ella y detener personas, sin arrestarlas, cuando algunos de los manifestantes parecieran inclinados a causar desorden o estuvieran causándolo. Esto hubiera continuado haciendo que la *Public Order Act* de 1986 tal como fue reformada, fuera efectivamente redundante, toda vez que hubiera continuado siendo innecesario en la mayoría de las circunstancias apoyarse en ella para imponer condiciones sobre las marchas y las reuniones.

Pero el impacto de *Laporte* no debe ser sobrestimado. Frenó el uso de los poderes del *common law* sólo allí donde no podría decirse que una alteración de la paz sea inminente. Un variado rango de intervenciones, incluyendo arrestos o acciones más leves que el arresto, todavía está a disposición en la medida en que pueda decirse que una alteración de la paz es inminente. Así, es muy probable que el esquema legal termine siendo marginado. Si a la policía le parece que un grupo grande de manifestantes contiene algunos elementos revoltosos o agresivos, o potencialmente agresivos, pareciera que conserva, post-*Laporte*, poderes muy amplios para intervenir.

5.2 *AUSTIN Y SAXBY V. COMMISSIONER OF POLICE OF THE METROPOLIS*⁷⁵

Este punto lleva la discusión hacia la tercera cuestión identificada arriba, la cual surge en el caso altamente controversial *Austin and Saxby*. La decisión tenía que ver con una manifestación contra el capitalismo y la globalización que fue organizada en el corazón del *West End* de Londres en el Día del Trabajador de 2001. El material publicitario le había a la policía razón para creer que empezaría a las 4 p.m., pero de hecho, empezó dos horas antes. Alrededor de 3.000 personas se habían reunido en *Oxford Circus* y miles más en las calles aledañas. La protesta estaba conformada por grupos disímiles, algunos de los cuales, de acuerdo con la inteligencia policial, habían estado involucrados en actos violentos durante protestas en el pasado. La primer demandante, Austin, formó parte de la manifestación y realizó discursos políticos utilizando un megáfono. El segundo demandante, Saxby, había venido a Londres por negocios y había quedado atrapado involuntariamente entre la multitud. La policía

⁷⁵ *Supra* nota 3.

declaró que habían sido tomados por sorpresa por el horario de la manifestación y, en pos de evitar una ruptura del derecho y del orden, detuvo a cientos de manifestantes por alrededor de siete horas en las calles formando un cordón a su alrededor. El cordón fue absoluto, en el sentido que las personas quedaron completamente atrapadas en el área por la totalidad del período de siete horas, en condiciones incómodas, pasando frío y sin acceso a sanitarios ni otro tipo de servicios. La policía planeaba liberar paulatinamente a la multitud pero esto fue dificultado, de acuerdo con las pruebas de la policía, por algunos brotes de desorden o violencia proveniente del grupo atrapado o de las personas fuera del cordón. Se consideró que era inseguro liberar a los grupos, pero algunos individuos fueron liberados debido a que, por ejemplo, estaban sufriendo ataques de pánico. Los demandantes no constituían una amenaza, ni habían provocado a que otros lo fueran. Permanecieron pacíficos a lo largo del período.

Los demandantes interpusieron una acción de daños, alegando falso aprisionamiento y también privación ilegítima de la libertad, contraria al Artículo 5* de la CEDH, y apoyando la demanda en la Sección 7 de la HRA**. Otras 150 personas

* El texto del artículo 5 de la CEDH es el siguiente: *“Derecho a la libertad y a la seguridad. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad salvo, en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la Ley; a) Si ha sido penado legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente. b) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley. c) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que se ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido. d) Si se trata del internamiento de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente. e) Si se trata del internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo. f) Si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición. 2. Toda persona detenida preventivamente debe ser informada, en el más breve plazo y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella. 3. Toda persona detenida preventivamente o internada en las condiciones previstas en el párrafo 1, c), del presente artículo deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la Ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado en juicio. 4. Toda persona privada de su libertad mediante detención preventiva o internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal. 5. Toda persona víctima de una detención preventiva o de un internamiento en condiciones contrarias a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación.”* [N. del T.]

** El texto de la Sección 7 de la HRA es el siguiente: *“Proceedings.*

(1) A person who claims that a public authority has acted (or proposes to act) in a way which is made unlawful by section 6(1) may—

(a) bring proceedings against the authority under this Act in the appropriate court or tribunal, or

(b) rely on the Convention right or rights concerned in any legal proceedings,

but only if he is (or would be) a victim of the unlawful act.

(2) In subsection (1)(a) “appropriate court or tribunal” means such court or tribunal as may be determined in accordance with rules; and proceedings against an authority include a counterclaim or similar proceeding.

(3) If the proceedings are brought on an application for judicial review, the applicant is to be taken to have a sufficient interest in relation to the unlawful act only if he is, or would be, a victim of that act.

(4) If the proceedings are made by way of a petition for judicial review in Scotland, the applicant shall be taken to have title and interest to sue in relation to the unlawful act only if he is, or would be, a victim of that act.

(5) Proceedings under subsection (1)(a) must be brought before the end of—

(a) the period of one year beginning with the date on which the act complained of took place; or

(b) such longer period as the court or tribunal considers equitable having regard to all the circumstances,

but that is subject to any rule imposing a stricter time limit in relation to the procedure in question.

(6) In subsection (1)(b) “legal proceedings” includes—

(a) proceedings brought by or at the instigation of a public authority; and

(b) an appeal against the decision of a court or tribunal.

(7) For the purposes of this section, a person is a victim of an unlawful act only if he would be a victim for the purposes of Article 34 of the Convention if proceedings were brought in the European Court of Human Rights in respect of that act.

(8) Nothing in this Act creates a criminal offence.

(9) In this section “rules” means—

(a) in relation to proceedings before a court or tribunal outside Scotland, rules made by the Lord Chancellor or the Secretary of State for the purposes of this section or rules of court,

(b) in relation to proceedings before a court or tribunal in Scotland, rules made by the Secretary of State for those purposes,

(c) in relation to proceedings before a tribunal in Northern Ireland—

(i) which deals with transferred matters; and

(ii) for which no rules made under paragraph (a) are in force,

rules made by a Northern Ireland department for those purposes,

and includes provision made by order under section 1 of the [1990 c. 41.] Courts and Legal Services Act 1990.

(10) In making rules, regard must be had to section 9.

(11) The Minister who has power to make rules in relation to a particular tribunal may, to the extent he considers it necessary to ensure that the tribunal can provide an appropriate remedy in relation to an act

atrapadas ese día habían dado noticia de, o habían comenzado, acciones legales por daños contra el Comisionado. Los casos de los dos demandantes, Austin y Saxby, no eran estrictamente casos de test, pero las decisiones sobre las cuestiones planteadas en los dos casos fueron consideradas por el juez como posibilitando que la mayoría, sino todos, los restantes reclamos fueran resueltos por acuerdo. Las cuestiones de la acción de daños y del Artículo 5 fueron tratadas separadamente, pues el juez consideró que diferentes factores eran relevantes en ambos reclamos. Consideró que en un reclamo por falso aprisionamiento la carga de la prueba recaía sobre el demandante en cuanto a la existencia del aprisionamiento, y sobre el demandado en cuanto a su justificación. Si a la detención le era aplicable el Artículo 5, la carga de la prueba, estimó, recaía sobre el demandado para hacer que el caso se incluyera en alguna de las excepciones de la lista exhaustiva del Artículo 5(1), pero si la cuestión era si la detención estaba alcanzada por el Artículo 5(1), la carga recaía sobre el demandante.

El juez subrayó que en *HL v. United Kingdom*⁷⁶, la Corte de Estrasburgo había explicado que el significado del aprisionamiento en el derecho de daños no es el mismo que el significado de la privación de la libertad en el Artículo 5. Había sostenido que la distinción para los propósitos del Artículo 5 entre una privación de, y una restricción a, la libertad es meramente una distinción de grado o de intensidad y no una de naturaleza o sustancia⁷⁷. La Cámara de los Lores (en *R. v. Bournemouth Community and Mental Health NHS Trust Ex Parte L*, el caso nacional que fue entonces tratado en Estrasburgo⁷⁸) había tratado la cuestión desde el punto de vista del daño por falso aprisionamiento, y los tribunales nacionales habían puesto un énfasis considerable en el hecho de que el solicitante había sido obediente y nunca había intentado retirarse, o expresado el deseo de hacerlo. La Corte consideró, no obstante, que el derecho a la libertad es demasiado importante en una sociedad democrática como para que una persona perdiera el beneficio de la protección de la Convención por la sola razón de que había consentido ser detenida⁷⁹, especialmente cuando estaba fuera de discusión que la persona era jurídicamente incapaz de consentir, o de estar en desacuerdo, con la acción

(or proposed act) of a public authority which is (or would be) unlawful as a result of section 6(1), by order add to—

(a) the relief or remedies which the tribunal may grant; or

(b) the grounds on which it may grant any of them.

(12) An order made under subsection (11) may contain such incidental, supplemental, consequential or transitional provision as the Minister making it considers appropriate.

(13) “The Minister” includes the Northern Ireland department concerned.” [N. del T.]

⁷⁶ Ap. N° 45508/99, sentencia del 5 de octubre de 2004.

⁷⁷ *Guzzardi v. Italy*, sentencia del 6 de noviembre de 1980, e EHRR 333, en 92 y *Ashingdane v. UK*, sentencia del 28 de mayo de 1985, 7 EHRR 528, en 41.

⁷⁸ (1999) 1 A.C. 458.

⁷⁹ *De Wilde, Ooms y Versyp v. Belgium*, sentencia del 18 de junio de 1971, 1 EHRR 373, en 64-65.

propuesta. La Corte afirmó que el solicitante había sido insensato (*of unsound mind*) en los términos del Artículo 5(1), pero que había habido una violación del Artículo 5(1)⁸⁰ debido a la ausencia salvaguardas procesales designadas para proteger contra las privaciones arbitrarias de la libertad con fundamento en la necesidad. El caso planteó la cuestión de si la detención de los demandantes caía en la órbita del Artículo 5(1), si el Artículo 5(1)(c) en particular era capaz de autorizar la detención de individuos de quienes la policía no tenía sospechas de criminalidad ni – al parecer – tenía intenciones de llevar ante un tribunal sobre la base de una razonable sospecha de haber cometido un delito o para evitar que lo cometan. Una vez que el cordón fue desarmado y comenzó la dispersión, no resultó de las pruebas presentadas por ambas partes que se haya dado consideración alguna al arresto de Austin y Saxby. Cuando ellos pidieron que se les permita retirarse antes, la policía no les dijo que en algún punto podían ser personalmente arrestados.

Los demandantes argumentaron que el Artículo 5(1) estaba comprometido por privación de la libertad distinta del arresto, especialmente por una que había sido más que breve⁸¹. Se consideró que el Artículo 5(1) era aplicable a las detenciones: nadie en la multitud era libre de retirarse sin permiso; la detención había sido físicamente suficiente para constituir una privación de la libertad. La medida había sido un confinamiento cercano, con mínima libertad en *Oxford Circus*; así que la detención fue una privación de la libertad, más que una restricción. Si la única razón por la que la policía había detenido a la multitud hubiera sido tomar medidas temporarias para la protección de los miembros mismos de la multitud, esto no hubiera constituido, se estimó, una privación de la libertad. Sin embargo, ese no fue el caso, y entonces hubo una privación de la libertad en los términos del Artículo 5(1).

La detención fue impuesta, según el juez, con el propósito condicional de arrestar a aquellos a quienes sería legítimo y posible arrestar y llevar ante un juez, y para evitar que tales personas cometan delitos de violencia. Se consideró que esto podía caer en la órbita del Artículo 5(1)(c). Para poder ubicarse allí, la policía debía estar ejercitando un poder legítimo. Se consideró que los poderes para evitar una alteración de la paz no dependen de la amenaza de violencia y que hay un poder de detención temporaria por el tiempo necesario para proteger los derechos de terceros, consistente con la seguridad pública.

El decisorio no es enteramente claro, pero esencialmente procede sobre la base de que las acciones de la policía podrían ser justificables por el Artículo 5(1)(c) con el fundamento de que la detención fue efectuada en parte para arrestar a algunas personas en algún punto futuro por alteración de la paz. Los demandantes se apoyaron en lo

⁸⁰ *Id.*, en 124.

⁸¹ Se citaron en apoyo los precedentes *Guenat v. Switzerland*, Ap. N° 24722/94 (1995) 810A DR 130 y *Hojemeister v. Germany*, Ap. N° 9179/80, sentencia del 6 de julio de 1981. El caso doméstico de *DPP v. Meaden* [203] EWHC 3005 (Admin); [2004] 1 WLR 945 también fue citado en apoyo.

decidido en *Lawless v. Ireland (No. 3)*⁸², donde se estableció que las personas detenidas deben ser llevadas ante los tribunales en todos los casos a los que se refiere el artículo 5(1)(c). Sus abogados también invocaron *Guzzardi v. Italy*⁸³, *Fox, Campbell and Hartley v. UK*⁸⁴, y *Berkday v. Turkey*⁸⁵ para la proposición de que la sospecha tiene que relacionarse con la persona detenida y con un delito concreto y específico. La policía por su parte argumentó que si el detenido no es llevado ante un tribunal, sino que en cambio es liberado, entonces el Artículo 5(1)(c) puede resultar satisfecho sobre la base de que la policía tenía un propósito “condicional” de arrestar⁸⁶. El test para decidir si una medida más leve que el arresto podría tomarse legítimamente contra un individuo dado era, se consideró, la sospecha razonable de que ese individuo estaba presentando la amenaza relevante. Podría notarse que los dos demandantes quedaron atrapados dentro del cordón por un total de siete horas y que durante ese tiempo, según las pruebas, no cometieron ningún acto que pudiera ser interpretado como que ellos mismo estaban a punto de alterar la paz. Saxby no estaba – en efecto – voluntariamente en compañía de los manifestantes.

Al evaluar la acción preventiva que puede ser tomada contra personas que no amenazan con alterar la paz, el juez se apoyó en la decisión de la Cámara de Apelaciones en *Laporte*; sostuvo:

La característica importante a tener en cuenta sobre la habilidad para realizar acciones preventivas es que su justificación no se deriva de la persona contra la que la acción es realizada habiendo efectivamente cometido un delito, sino que está basada en una necesidad de evitar una alteración de la paz. En algunas situaciones, evitar una alteración de la paz sólo será posible si la acción es realizada a riesgo de afectar a un individuo totalmente inocente⁸⁷.

El juez dijo que ninguno de los precedentes dejaba claro si la mera presencia voluntaria, que de hecho fomentaba la protesta, y que tenía esa intención, es suficiente, pero consideró que ese debería ser el caso y que tal conclusión era consistente con el *leading case R. v. Coney* en ese punto⁸⁸. Consideró que la presencia voluntaria de un

⁸² Sentencia del 1 de julio de 1961, 1 EHRR 15, en 13-14.

⁸³ *Supra* nota 77, en 102.

⁸⁴ Sentencia del 30 de agosto de 1990, 13 EHRR 157, en 34.

⁸⁵ Ap. N° 22493/93, sentencia del 1 de marzo de 2001, en 199.

⁸⁶ La defensa se apoyó en *Brogan v. UK*, sentencia del 29 de noviembre de 1998, 11 EHRR 11, en el que se consideró en 52-53 que un propósito “condicional” puede bastar para hacer que un caso caiga en la órbita del Art. 5(1)(c).

⁸⁷ Caso *Laporte*, *supra* nota 2, en para. 48.

⁸⁸ (1882) 8 Q.B.D. 534, CCR (presencia no casual en una ilegítima pelea por apuestas como capaz de constituir aliento); él también consideró que era consistente con *Wilcox v. Jeffrey* [1951] 1 All E.R. 464,

acusado como parte de una multitud abocada a un comportamiento amenazante a lo largo de un período de tiempo es suficiente para hacer surgir un caso *prima facie* contra él por el cargo de comportamiento amenazante, a pesar de la ausencia de pruebas de cualquier acto que haya realizado personalmente⁸⁹. El tribunal comentó que debería mostrarse un alto grado de respeto hacia la apreciación de un oficial de policía sobre el riesgo de lo que una multitud podría hacer si no fuera contenida, mientras también se tienen en mente los derechos humanos de los individuos.

El juez, más aún, encontró que estaba llevándose a cabo una procesión o reunión en *Oxford Circus* a las 2 p.m., y que el oficial de policía en jefe razonablemente creyó que podría resultar en serio desorden público, serios daños a la propiedad o serias interrupciones de la vida de la comunidad – estas circunstancias dan lugar a un poder legal para imponer condiciones bajo la *Public Order Act* de 1986. Los demandantes argumentaron que esas condiciones no podían otorgar un poder para detener gente, y no podían invocarse después del evento si no se las consideró en el momento. Pero el juez consideró que las directivas previstas por la *Public Order Act* de 1986 en sus Secciones 12 y 14 fueron cumplimentadas, y el hecho de que ninguno de los oficiales tuviera las secciones en mente era, según el juez, irrelevante. Las directivas imponían condiciones que prohibían que la procesión ingrese en los espacios públicos especificados. Esas directivas, según el juez, eran necesarias para evitar el desorden, los daños y los trastornos o intimidaciones, y la policía tenía fundamentos razonables para adoptar esta postura.

El juez destacó que a los oficiales que detuvieron a cada uno de los demandantes les pareció que una alteración de la paz estaba por ser cometida. Cuando cada demandante se adelantó y solicitó ser liberado, la policía tuvo la impresión de que todos aquellos que estaban dentro del cordón, incluyendo a cada demandante, eran manifestantes, y en las circunstancias particulares de este caso, eso significaba que, a los ojos de la policía, ellos también parecían estar a punto de cometer dicha alteración de la paz. El juez consideró que mientras esta inferencia podía ser apropiadamente extraída en el caso bajo examen, era improbable que fuera posible extraerla en todos los casos de multitudes.

Se consideró que la policía también tiene un derecho, y acaso un deber, de tomar medidas más leves que el arresto, a veces llamadas de auto-ayuda, cuando hay una conducta ilegítima que no alcanza a ser una alteración de la paz. (En la medida en que esta consideración forma parte del resolutorio de la sentencia, ha sido derogada ahora por la decisión de la Cámara de los Lores en *Laporte*). Los límites sobre estos poderes del *common law*, afirmó al pasar, no son nada claros.

Las medidas que tomaron los oficiales – al contener a los demandantes en *Oxford Street* – fueron consideradas como pasos razonables para evitar que cada uno de

DC (aliento intencional de hecho por concurrencia voluntaria a un concierto a sabiendas de su ilegitimidad).

⁸⁹ Allan v. Ireland, 79 Cr.App.R. 206, DC.

los demandantes alterara o amenazara alterar la paz. Para determinar la razonabilidad, el juez tomó en cuenta el hecho de que miembros de la reunión estaban en infracción de las condiciones impuestas por las Secciones 12 y 14 de la *Public Order Act* de 1986, aunque no había habido ninguna advertencia de la policía sobre la imposición de esas condiciones. El juez no lo dijo con suficiente claridad, pero pareció indicar que la detención de la reunión realizada por la policía estaba en relación con la infracción de las Secciones 12 y 14. Esto tendría que presuponer que una de las condiciones que podría imponerse bajo las Secciones 12 y 14 sería la de detener la reunión por un período sustancial de tiempo. Haciendo a un lado la cuestión de si la policía puede invocar condiciones bajo las Secciones 12 y 14 sin informar sobre esos poderes, o comunicar su uso a los manifestantes, este hallazgo es dudoso, ya que una vez que la marcha se convierte en una reunión estática queda sujeta a la Sección 14, cuyo texto no permite la detención de la reunión, y la jurisprudencia ha establecido que las condiciones deben imponerse de acuerdo con la sección correcta⁹⁰. No obstante, como se discutió más arriba, el juez consideró que la Sección 14 podría interpretarse como incluyendo un poder de imponer la detención.

Al evaluar si un arresto de los solicitantes, si se hubiera llevado a cabo, hubiera sido razonable, el juez destacó que ahora se ha reconocido que “los tribunales nacionales deben formar su propio juicio respecto de si un derecho de la Convención ha sido violado” y que “la intensidad de la revisión es en cierta medida mayor dentro del enfoque de la proporcionalidad” [en comparación con el enfoque de *Wednesbury*]⁹¹. En relación con la intensidad del escrutinio, el juez consideró que la Corte debería conceder un alto grado de respeto para la apreciación que hagan los oficiales de policía sobre los riesgos de lo que podrían hacer los miembros de la multitud si no se los contuviese. Al mismo tiempo, consideró que la Corte debería someter a un escrutinio detallado los efectos prácticos que tienen las medidas derogatorias sobre los derechos humanos individuales. El juez consideró que cuando cada demandante dio un paso al frente y solicitó ser liberado, la policía sospechó que todos aquellos que se encontraban dentro del cordón, incluidos los demandantes, eran manifestantes, y que en las circunstancias particulares de este caso, eso significaba que a la policía le pareció que también ellos estaban a punto de cometer una alteración de la paz⁹². El juez aceptó la evidencia policial de que no era posible diferenciar entre manifestantes violentos y no violentos para determinar quién podría, en principio, estar sujeto a arresto. El juez sostuvo que la carga de la prueba para mostrar que el ejercicio de la discreción para la detención fue irrazonable caía sobre el demandante, ya sea de acuerdo al umbral de *Wednesbury*, o de acuerdo a un nivel más intenso de escrutinio.

⁹⁰ Ver el caso DPP, *supra* nota 6.

⁹¹ R (Daly) v. Secretary of State for the Home Department [2001] UKHL 26, [2001] 2 AC 532 en 23, 27.

⁹² *Id.*, en para. 129.

Entonces, en resumen, la detención de los demandantes implicó a una violación del Artículo 5 pero, se consideró, estaba justificada porque ellos aparecían frente a la policía como manifestantes y, en cuanto tales, podrían cometer una alteración de la paz. La detención fue impuesta con el propósito condicional de arrestar a aquellos a quienes sería legítimo y posible arrestar y llevar ante un juez, y para evitar que tales personas cometan delitos de violencia. A los policías que detuvieron a los demandantes les pareció que cada uno de ellos, como miembros de la manifestación, estaba a punto de cometer una alteración de la paz y, según el juez, ese parecer estaba razonablemente fundado. Así que se consideró que la detención estaba justificada en los términos del Artículo 5(1)(c). Sobre la base del uso de la doctrina de la alteración de la paz, tomando en cuenta la violación de las Secciones 12 y 14, las afirmaciones de los demandantes de que se había infringido el Artículo 5 se consideraron infundadas.

Se consideró además, en relación con la afirmación de que hubo un falso aprisionamiento, que los demandantes habían sido apresados dentro del cordón, pero que la policía tenía una defensa de necesidad para actuar así, la cual derrotaba al argumento del falso aprisionamiento. Al avanzar esa defensa, se consideró que los policías debían demostrar que ellos sospechaban razonablemente que los demandantes presentaban una amenaza relevante y que había sido razonable utilizar su discreción para detenerlos. La existencia de la defensa de necesidad respecto del daño había sido sostenida por la Cámara de los Loes en *Esso Petroleum Co Ltd v. Southport Corp*⁹³. La policía, se consideró, puede tomar medidas para la protección de todos, y una medida razonable en este caso, que involucraba un uso mínimo de la violencia, era, se sostuvo, detener a la multitud hasta que la dispersión pudiera arreglarse con seguridad. Los demandantes arguyeron que la policía tenía a disposición medidas alternativas y menos restrictivas y que por lo tanto la policía había actuado negligentemente, derrotando así la defensa de necesidad. Esto fue rechazado por el juez sobre la base de que, considerando las difíciles circunstancias, la policía había actuado razonablemente. La necesidad de armar el cordón no se derivó de una negligencia policial, según el juez. Los demandantes, dijo, como miembros de la manifestación, si no hubieran estado sujetos a control policial, habrían presentado una amenaza tan inocente para el resto de los miembros de la multitud como la que cualquier otro miembro inocente presentó para ellos. Consideró que una de las razones por las que la policía tomó las medidas impugnadas fue evitar que las personas que estaban bajo su responsabilidad (incluidos los oficiales de policía, miembros de la multitud y terceros) sufrieran lesiones graves, y posible muerte, y también proteger la propiedad privada.

El juez concluyó diciendo que no se había acreditado suficientemente en el expediente que la policía estuviera adoptando tácticas diseñadas para interferir con los derechos de reunión y de libertad de expresión. Terminó afirmando que el caso trataba

⁹³ [1955] 3 All E.R. 864m [1956] A.C. 218.

sobre el derecho a la libertad, y el orden público, y no sobre la libertad de expresión o la libertad de reunión⁹⁴.

Esta es una sentencia muy significativa y muy preocupante para la protesta pública. Significa que la policía puede usar esta doctrina contra los manifestantes para: arrestarlos; detenerlos por varias horas, sin arrestarlos; interrumpir una reunión o marcha; desviar una reunión o marcha; o dispersarla en todo o en parte. El poder para hacer todo esto surge si algunos miembros del grupo han estado involucrados en desordenes en el pasado, y si labores de inteligencia sugieren que este será el caso, o si algunos miembros parecen revoltosos, o parece probable que se vuelvan revoltosos. El “propósito condicional” de arrestar a algunas personas es suficiente para permitir que el poder de detener prolongadamente sea ejercitado incluso si en el evento no se hace – o incluso, al parecer, ni siquiera se considera la posibilidad de hacer – ningún intento de arrestar a los detenidos. Estos poderes son tan amplios que el uso del esquema legal de las leyes de 1986 o de 1994 se vuelve casi irrelevante. En la mayoría de los casos, todos los poderes de las Secciones 12 y 14 pueden ser ejercitados por medio de la doctrina de la alteración de la paz. El grado de deferencia acordado a la policía para realizar estas apreciaciones hace muy difícil evaluar después del evento el riesgo que de hecho planteaban los manifestantes en el momento. La sentencia estuvo muy cerca de sugerir que participar de una protesta durante la que algunos pocos miembros hayan sido revoltosos, o hayan exhibido una propensión al desorden, hace que se puedan ejercer sobre todos los participantes de la protesta los poderes listados – y una serie de otros también. Por ejemplo, mientras a los manifestantes (y a cualquier transeúnte, como Saxby, atrapado con ellos) se les iba permitiendo traspasar el cordón, se les tomaba el domicilio y se los filmaba.

El punto clave, creemos, en el que esta sentencia se equivoca es en considerar que si los manifestantes están en compañía de otros manifestantes que son o pueden volverse revoltosos, incluso no exhibiendo ellos mismos ninguna propensión al desorden en un largo período de tiempo, resultan pasibles de ser detenidos o arrestados. Pensamos que eso es completamente opuesto al espíritu del Artículo 5 (y de los Artículos 10 y 11), y que un vago y superficial “propósito condicional de arrestar” sobre esa base no es suficiente para justificar la detención de acuerdo con el Artículo 5(1)(c), dados los fuertes considerandos en *Guzzardi v. Italy*⁹⁵, *Fox, Campbell and Hartley v. UK*⁹⁶, y *Berkday v. Turkey*⁹⁷ con respecto a la necesidad de sospechar de un específico delito con relación a la persona en cuestión. El específico “delito” tendría que ser la

⁹⁴ *Id.*, en 607 y 608.

⁹⁵ *Supra* nota 77, en 102.

⁹⁶ *Supra* nota 84, en 34.

⁹⁷ *Supra* nota 85, en 199.

alteración de la paz, pero es estirar demasiado la definición de *Howell* considerar que los manifestantes como Austin que se han comportado de un modo enteramente pacífico pueden ser pasibles de arresto por ese “delito”. *A fortiori*, esas observaciones pueden aplicarse a transeúntes tales como Saxby que están en compañía de los manifestantes, ¡sólo porque han sido forzados a ello por la policía! No se podría decir que Saxby haya alentado a aquellos que alteraban la paz con su presencia o que tuviera la intención de hacerlo pues no era parte de la protesta. Claramente, él, al igual que los otros, estaba disgustado por haber sido atrapado por la policía – aunque se mantuvo pacífico – pero eso fue una consecuencia del accionar de la policía, no parte de alentar a otros a realizar una protesta revoltosa o violenta. El único “delito” de Austin fue participar en una protesta durante la cual algunas personas, no la mayoría, fueron revoltosas o agresivas. Sostenemos que la policía tuvo amplias oportunidades – siete horas en total, o más – para observar el comportamiento de los manifestantes y podría haber hecho mayores esfuerzos para permitir que algunas personas se retiren, diferenciando entre manifestantes pacíficos y no pacíficos al hacerlo. El Artículo 5 fue violado, creemos, en algún punto de esas siete horas en lo que hace a Austin y Saxby. Fue violado, sostenemos, en el punto en el que un argumento de que ellos podrían ser pasibles de arresto en algún punto futuro se hubiera vuelto implausible si se hubiera hecho alguna averiguación siquiera superficial. Tanto Austin como Saxby le comentaron a la policía sus circunstancias; ese podría haber sido el punto en el cual a ambos se le debería haber permitido irse, en una dispersión cuidadosamente controlada desde la plaza. Después de ese punto, la detención continuada, pensamos, infringió el Artículo 5, y se debió otorgar una indemnización por daños correspondiente a la extensión de ese período.

La sentencia de la Cámara de los Lores en *Laporte* difiere mucho de esta en su tratamiento de la dimensión de la Convención. Toma los derechos implicados de la Convención más seriamente y adopta un nivel más estricto de escrutinio en relación con las apreciaciones de los oficiales en el momento. Las situaciones en los casos eran bastante comparables, en tanto en cada una los oficiales eligieron detener a los manifestantes sobre la base de que estaban intentando evitar una alteración de la paz, en vez de arrestarlos o permitirles continuar con la protesta. En cada caso, manifestantes completamente pacíficos estaban participando de una protesta en compañía de un pequeño número de manifestantes revoltosos o potencialmente violentos, y en cada caso esto condujo a su detención. La Cámara de los Lores indicó que la policía debería haber hecho mayores esfuerzos para distinguir entre manifestantes pacíficos y no pacíficos al ejercitar sus poderes para evitar una alteración de la paz. Sin embargo, en *Laporte*, la policía, crucialmente, no pensó que una alteración de la paz fuera inminente, a pesar de que pensó que podría producirse una si los manifestantes continuaban, mientras que en *Austin and Saxby* al parecer la policía sí pensó que una alteración era inminente en el momento en que ocurrió la detención. La decisión de la Cámara de los Lores meramente limitó el uso de la inmensa panoplia de poderes disponible bajo la doctrina de la alteración de la paz a situaciones donde la inminencia de la alteración de la paz justificaría un arresto. Toda vez que en *Austin* la policía pareció adoptar la visión de que podría haber hecho arrestos a la entrada de *Oxford Square*, el resultado de la decisión

está en sintonía – excepto por los puntos recién anotados – con el de la Cámara de los Lores. Por lo tanto, la mayoría de las consideraciones en *Austin* todavía están vigentes, a pesar de la posterior decisión de la Cámara de los Lores en *Laporte*.

El juez estimó que los Artículos 10 y 11 no estaban en juego en este caso ya que Saxby no estaba buscando ejercer derechos previstos en esos Artículos y Austin ya había tenido una oportunidad de ejercerlos. Ella había utilizado su altavoz para transmitir mensajes políticos antes de que la marcha llegue hasta *Oxford Square*, y por un tiempo después. Cuando se le dijo que no podía retirarse y que estaba atrapada en el cordón, ella utilizó su altavoz para consolar a aquellos que estaban atrapados en la plaza. Creemos, sin embargo, que la concepción del juez sobre el ejercicio de los derechos previstos en los Artículos 10 y 11 fue muy estrecha. Austin fue restringida respecto del lugar y el tiempo en que podía ejercer esos derechos y respecto de la situación en que podía ejercerlos. Los mensajes que pudo transmitir fueron circunscriptos por la situación. La intención de Austin al sumarse a la protesta hubiera sido ejercer los derechos como parte de la marcha, cuando los mismos podrían haberse hecho públicos de un modo más efectivo a los transeúntes, no como parte de un grupo de prisioneros atrapados por la policía en condiciones de gran incomodidad. Más aún, esta decisión – que confirma y extiende poderes que ya eran muy amplios – no está en sintonía con el espíritu de los Artículos 10 u 11. Si los manifestantes corren el riesgo de ser arrestados o detenidos al unirse a la protesta, pueden resultar disuadidos de protestar.

¿Fue interpretado consistentemente con el Artículo 5 el daño de falso apriamiento en este caso? Nosotros sugerimos que la aplicación de la defensa de necesidad tal como fue interpretada en este caso es inconsistente con el Artículo 5, ya que ninguna de las excepciones del Artículo 5 ampara la defensa. En pos de alinear los dos, el daño debería ser reinterpretado como excluyendo esa defensa; la posición debería ser que una detención no puede tortuosa si ha tenido lugar un arresto legítimo, o una detención más leve que el arresto, basada en un poder claro, y cubierta por el Artículo 5(1)(c) (o(b)). Si el juez consideró que la evitación de una alteración de la paz brindaba un poder legítimo para detener por un tiempo sustancial sin arrestar, no queda claro por qué podría tener alguna relevancia la defensa de necesidad.

Austin and Saxby ha confirmado que la policía tiene un espectro de poderes muy amplio para utilizar incluso contra manifestantes completamente pacíficos si unos pocos manifestantes son o pueden llegar a ser revoltosos. Claramente, la policía se enfrenta a dificultades al controlar una protesta como la que tuvo lugar en el Día del Trabajador en 2001. Sin embargo, atrapar a tres mil personas por siete horas es un hecho altamente inusual; no ha ocurrido antes ni después. Eso sugiere que la policía normalmente no necesita recurrir a esas tácticas, las cuales por supuesto podrían resultar contraproducentes. Consideramos que si se necesitan mayores poderes para controlar la protesta, deberían ser promulgados por el Parlamento, situación preferible a cualquier mayor distorsión de una doctrina de *common law* ya demasiado extensa tendiente a apuntalar jurídicamente la acción policial. Esta decisión dio la impresión de que intentaba encontrar, después de los sucesos, una justificación jurídica para la acción

policial; en ese tren, creó una serie de extensiones de esta doctrina. La sentencia en *Laporte* puede señalarle a los jueces que necesitan contener esta doctrina en vez de extenderla, por lo que es posible que no se repitan decisiones como esta. En *Austin*, la policía podría haber empleado las Secciones 12 y 14 de la *Public Order Act* de 1986 contra la protesta de antemano, pero prefirió no hacerlo. El cese de esta doctrina de *common law* podría alentar a la policía a emplear el marco legal que ya está vigente para manejar protestas – Lord Bingham señaló claramente en *Laporte* no sólo que los derechos de la Convención bajo la HRA habían provocado un claro cambio en la posición constitucional de los derechos de expresión y reunión, sino también que no debería permitirse que el *common law* marginalice o erosione ese marco.

6. CONCLUSIONES

Antes de que la HRA entrara en vigencia, los verdaderos límites de la protesta pública eran trazados, no por referencia al significado constitucional en una democracia de los derechos de participación política o de permitir que se expresen, a través de distintas formas de protesta, una variedad de puntos de vista, sino a menudo arbitrariamente, debido a la imprecisión del derecho y al enfoque con que frecuentemente se lo abordaba en los tribunales inferiores o en la policía. En 2000 era tentador esperar con ansias el uso de los Artículos 10 y 11 en la era post-HRA con la expectativa no sólo de que los límites serían eventualmente re-diseñados con más precisión, sino también de que el discurso jurídico en esta área ya no se enfocaría más en el desorden, sino que buscaría involucrarse en el debate en curso, en Estrasburgo y en otras jurisdicciones, relativo a los valores subyacentes al significado constitucional de la protesta y al peso que debería otorgárseles. La cuestión de si esa expectativa sería satisfecha dependía parcialmente de la predisposición de la judicatura nacional para hacer a un lado los resultados de muchos de los casos de protesta pública que Estrasburgo había considerado. Pero también estaba sugerido que el impacto de la HRA sobre la protesta pública estaría determinado principalmente, no por la jurisprudencia de Estrasburgo que introducía, sino por la actitud judicial prevaleciente y establecida respecto de la protesta pública, y por la medida en que los jueces pudieran estar preparados para apartarse de la misma, dando efecto práctico al núcleo de valores subyacentes a la Convención. Era vital, también, la manera en que probablemente la judicatura estuviera dispuesta a lidiar con la problemática cuestión del margen de apreciación y su rol en la jurisprudencia de Estrasburgo. Como hemos visto, la confianza en los resultados de los casos en Estrasburgo no brinda un apoyo seguro para tal protección – más bien todo lo contrario.

¿Qué tanto eco han tenido esas expectativas, casi siete años después? Este artículo ha pintado, en general, un panorama sombrío. Disposiciones legales demasiado amplias han sido ampliadas aún más por interpretación extensiva; en algunos casos post-HRA se ha brindado sólo una fachada de atención a la proporcionalidad. La

doctrina de la alteración de la paz ha sido utilizada extensivamente por la policía contra los manifestantes a lo largo de la mayor parte del período de la HRA previo a *Laporte* con escasa intención de los jueces, excepto en *Redmond-Bate*⁹⁸, de mantenerla a raya, alcanzando el punto más bajo en *Austin and Saxby*. La consideración de que tres mil protestantes, en su mayoría pacíficos, pueden ser atrapados por siete horas en una plaza de Londres, y de que una manifestante enteramente pacífica y un transeúnte atrapado en una protesta no tenían ninguna reparación que reclamar por la detención, tiene que ser uno de los puntos más bajos de la jurisprudencia local sobre protesta pública. No obstante, la decisión de la Cámara de los Lores en *Laporte* puede marcar un cambio de postura que va bastante más allá de ese específico resultado.

En las futuras decisiones post-HRA, los jueces inclinados a adoptar una postura más activista o favorable a la libertad de reunión pueden estar preparados para disponer cuando sea necesario que su decisión puede basarse en los principios generales que en Estrasburgo se ha considerado que apuntalan la Convención, más que en su aplicación particular. Los jueces pueden recurrir a los principios generales y valores que subyacen a la Convención – libertad de expresión, pluralismo, tolerancia y mantenimiento de la diversidad como características esenciales de una sociedad democrática – si es que la HRA va a provocar algo más que un cambio cosmético en el tratamiento de la protección del derecho a la protesta pacífica. La jurisprudencia de la Convención reconoce claramente la necesidad de proteger una pluralidad de visiones en una democracia, incluso frente a delitos sufridos por la mayoría. Estaría de acuerdo con el concepto de sociedad democrática de la Convención no colocar a aquellos que pretenden ejercer derechos comunicativos en la misma posición que los *hooligans* del fútbol y rechazar una tradición jurídica que valora el interés social general en el orden público más que el ejercicio de esos derechos. De acuerdo con los valores de la Convención, salvaguardar los intereses de las minorías en una democracia no es sortear el proceso democrático, sino sostenerlo, al hacer a un lado el peligro de que esos intereses sean marginalizados.

Si los jueces están preparados para tomar esta postura con mayor fuerza en los años por venir, la naturaleza y la estructura de la argumentación en casos de protesta pública, tanto como sus probables resultados, cambiarán radicalmente. A pesar de que algunos jueces hayan tendido con posterioridad a la HRA hacia enfoques que han sido llamados “minimalistas” o “tradicionalistas”, como en *Austin*, los cambios meramente declamativos en el razonamiento jurídico que se han ido produciendo todavía pueden influenciar las actitudes judiciales. En los casos de orden público los jueces están escuchando – aún si no son influidos por ellos – argumentos sobre esta forma de expresión política. Ahora que la judicatura está en posición de juzgar sobre ese valor y sobre la necesidad, no obstante, de circunscribir la protesta dentro de una democracia, puede que eventualmente lleguen a ver este asunto desde una perspectiva más amplia y

⁹⁸ *Redmond-Bate v. DPP* 163 JP 789 [1999] Crim LR 998, 7 BHRC 375 Quenn’s Bench Division.

a participar en el debate que viene dándose en otras jurisdicciones hace muchos años. *Laporte* parece señalar una receptividad hacia ese enfoque – un enfoque que muestra sensibilidad hacia los derechos que potencialmente pueden estar afectados. En última instancia, en esta área particular de la expresión política, la HRA puede estar comenzando a tener un efecto profundamente educativo más que en otras, no sólo sobre el público, sino también sobre los jueces.