

PREVENCIÓN Y LIBERTAD. SOBRE EL ORDEN DE LA LIBERTAD*

Erhard DENNINGER

Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main (Alemania)

RESUMEN

Este artículo trata sobre la discusión en torno al conflicto entre la seguridad y la libertad, y, más concretamente, entre la prevención policial y los derechos de los ciudadanos. El autor va más allá de la mera afirmación de que entre esos dos polos existe una relación de tensión, e intenta fijar los elementos que en el Estado de Derecho son absolutamente irrenunciables si es que no se quiere abandonar este tipo de Estado. Analiza para ello, críticamente, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, con referencias al acervo normativo de la Unión Europea. Su conclusión es que la intervención del Estado en la esfera privada del ciudadano debe estar sujeta a límites infranqueables, también en lo que concierne al control preventivo de riesgos relacionados con el terrorismo.

Palabras clave: Seguridad, terrorismo, prevención policial, vida privada, control de riesgos.

ABSTRACT

This article deals with the discussion about the conflict between security and freedom, and, more specifically, between police prevention and the rights of citizens. The author goes beyond the mere assertion that there is a relation of tension between those two poles, and tries to set out the elements that are absolutely inalienable if we do not want to abandon the rule of law. He analyses critically, for this purpose, some leading decisions of the German Federal Constitutional Court, with reference to the set of norms of the European Union. His conclusion is that the State intervention in the private sphere of citizens must be subject to unbreakable limits, even in respect to the preventive control of risks stemming from terrorism.

Key words: Security, terrorism, police prevention, privacy, risk control.

Quisiera aclarar desde el principio de qué voy a tratar a continuación: 1º, voy a tratar de conducir la discusión acerca de la seguridad y la libertad, o, en estas páginas en concreto, acerca de la prevención y la libertad, un paso más allá de la mera e infructuosa aseveración según la cual entre estos dos polos existe una relación de tensión; y 2º, voy a tratar, además, de fijar aquellos elementos que en el Estado

* Traducción de Federico Fernández-Crehuet

de derecho liberal son *absolutamente* irrenunciables, aquellos a los que, por tanto, no podemos renunciar si no queremos abandonar el Estado de Derecho. Para ello me ayudaré, críticamente, de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Puesto que el problema es también, en cualquier caso, europeo, comenzaré con un vistazo al acervo normativo de la Unión Europea.

I. Los Estados miembros de la Unión Europea parten de que la libertad y la seguridad no están separadas como el agua y el fuego. Desde su inicio, el Tratado de la Unión menciona como una de las metas de la Unión su mantenimiento y desarrollo “como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas respecto a [...] la prevención y la lucha contra la delincuencia»” (Art. 2, guión 4º del TUE). El Tratado menciona como fines de la “política exterior y de seguridad común”, por un lado, “el fortalecimiento de la seguridad de la Unión en todas sus formas”, pero también, por otro, “el desarrollo y la consolidación de la democracia y del Estado de Derecho, así como el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales” (Art. 11, apdo. 1, guión 2º y 5º TUE). Y, en las disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal, se determinan más concretamente el objetivo y los medios de esta colaboración. El objetivo es “ofrecer a los ciudadanos un alto grado de *seguridad* dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia”. Este objetivo debe ser alcanzado “mediante la prevención y la lucha contra la delincuencia, organizada o no, en particular el terrorismo, la trata de seres humanos y los delitos contra los niños, el tráfico ilícito de drogas y de armas, la corrupción y el fraude” (Art. 29 TUE). Este marco jurídico europeo, fundamental en tanto que formulado como *derecho objetivo*, se debe complementar con los enunciados que describen la situación del individuo como sujeto de derecho, como poseedor de libertades fundamentales y de derechos subjetivos jurídicamente garantizados. De especial relevancia son los enunciados siguientes: el preámbulo de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea proclama “los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad”, una enumeración que, a la par, sirve como principio de articulación de la Carta. Más adelante se señala en ésta: la Unión, “al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación”¹. El Capítulo “Libertades” de la Carta, aprobado solemnemente en la reunión del Consejo Europeo en Niza, en diciembre de 2000, comienza con la frase: “toda persona tiene derecho a la libertad y la seguridad” (Art. 6 Carta-UE).

Esta garantía constituye una base firme de los derechos humanos. Fue tomada de la garantía, formulada en términos similares, del artículo 5, párrafo 1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales

1. Texto según Peter J. Tettinger/Klaus Stern (ed.), *Kölner Gemeinschafts-Kommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta*, München 2006, p. 227.

de noviembre de 1950, que, por su parte, remite a la tradición jurídica francesa y, sobre todo, a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. En ésta (en el Art. 2), se mencionan como fin de toda asociación política los derechos humanos naturales e inalienables de la libertad, la propiedad, la seguridad (*sûreté*) y la resistencia a la opresión. El concepto de “*sûreté*” —seguridad— no aludía a una pretensión del ciudadano frente al Estado a la protección general de sus bienes jurídicos, incluso frente a los ataques de terceros, sino que significaba sobre todo, como ya bellamente expresado se puede leer en la obra de Montesquieu, seguridad jurídica frente a las intervenciones arbitrarias del poder del Estado: protección frente a detenciones arbitrarias, frente a acusaciones falsas y difamatorias y frente a la posibilidad de ser procesado y condenado arbitrariamente². Gracias a la influencia de esta tradición, el concepto de seguridad ha sido interpretado en los constantes pronunciamientos de la Comisión Europea de Derechos Humanos como observancia de las exigencias formales y materiales del derecho nacional correspondiente por parte de los órganos del poder público. Puesto que la libertad, a tenor del Art. 5, apdo. 1, pfo. 2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, sólo se puede, en todo caso, “revocar por medio de la ley”, la seguridad no ha desplegado un campo de protección independiente³.

No obstante, para la interpretación del derecho “a la libertad y a la seguridad” del Art. 6 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se abre paso una tendencia que se viene desarrollando debido en gran parte a la influencia de los atentados terroristas internacionales. Dicha tendencia se puede advertir en la obligación que los Estados miembros se han impuesto de ofrecer a sus ciudadanos “un alto grado de seguridad”; con ello, seguramente, se quiere decir algo más, y también algo distinto, a que el cumplimiento de sus funciones sea correcto, legal y “libre de arbitrariedades”⁴. Tal protección jurídico-subjetiva, que va más allá del Art. 5 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, no estaría en contradicción con el Convenio europeo, como se desprende del Art. 52, apdo. 3, pfo. 2 de la Carta Europea de Derechos. Sin embargo, ella origina otro problema irresuelto hasta el momento, a saber: si se podría determinar, aun de forma mínimamente suficiente, el *contenido normativo* de este “derecho fundamental a la seguridad”.

El Tratado de la Unión Europea elude, en principio, el problema, en tanto que no promete al ciudadano la seguridad tal cual, sino, con prudencia diplomática, sólo “un alto grado de seguridad”, y formula esta promesa, no como un derecho subjetivo fundamental, sino sólo como un objetivo de la Unión (Art. 29 TUE). Sin embargo,

2. Vid. Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, I, Libro XII, Cap. 1 y 2. La cualidad de las leyes penales y del proceso penal garantiza la *liberté politique* del ciudadano. Incluso, opina Montesquieu, el delincuente sería “más libre que un Pachá de Turquía” si fuese condenado a muerte en un proceso impecable desde el punto de vista del Estado de derecho y tuviese que ser colgado a la mañana siguiente.

3. Vid. Wolfgang Peukert, en: Jochen Abr. Frowein/Wolfgang Peukert (ed.), *EMRK-Kommentar*, 2ª ed., Kehl 1996, Art. 5 Rn. 4 y ss.

4. Vid. Peter J. Tettinger, en: Tettinger/Stern (supra, nota 1), Art. 6 Rn. 24 y s.

el problema sale a relucir en el siguiente estadio, es decir, al determinar los *medios* para la consecución de tal objetivo, cuando se habla de la prevención y de la lucha contra la delincuencia, organizada o no organizada, en particular el terrorismo, etc. (Art. 29, apdo. 2). “Prevención” significa adelantarse al acontecimiento dañoso o al hecho delictivo; significa tomar las precauciones para que el peligro potencial no pueda surgir o el delito no pueda llevarse a cabo. Junto a la defensa tradicional diseñada por el Estado de Derecho contra los peligros (*Gefahrenabwehr*) aparece así, en el terreno que se despliega ante ella, en “tierra de nadie” (*Vorfeld*), la *prevención de riesgos* (*Risikovorsorge*). Se produce, así se afirma aquí y allá, un “cambio de paradigma” en el Derecho de la seguridad, a saber, de la defensa de los peligros “hacia un control amplio de los riesgos”⁵.

II. Sin embargo, antes de adoptar, precipitadamente, tal “cambio de paradigma” con todas sus consecuencias normativas, es menester aclararse sobre el significado y el funcionamiento de la idea de prevención y su inserción en el “orden constitucional de la libertad”⁶.

Sin duda, el Derecho regulador de la seguridad *técnica* y de la protección ambiental desempeña un papel pionero para el desarrollo de la idea de prevención. Así, por ejemplo, Gertrude Lübbe-Wolff ha puesto de relieve el “papel metajurídico” del *principio de precaución* como idea central de la “protección preventiva del medio ambiente”, tanto en el derecho alemán como en el de la comunidad europea, a gran distancia de las estrategias del derecho tradicional de policía y de orden público⁷. Arno Scherzberg, por su parte, sondea las posibilidades del *control de riesgos* como tratamiento jurídico de la(s) incertidumbre(s). Puesto que este autor no quiere concebir tal control “como una determinación forzada desde fuera, sino como influencia comunicativa sobre la autodeterminación de sus destinatarios”, entonces es evidente que se entra en un campo de la prevención completamente distinto, es decir, el de la seguridad técnica y no el de la defensa contra el terrorismo por medio del derecho penal o de policía⁸.

5. Josef Aulehner, *Polizeiliche Gefahren— und Informationsvorsorge*, Berlín 1998, p. 548. Críticamente al respecto: Christoph Gusy, “Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats— und Verfassungsverständnisse”, *VVDStRL* 63 (2004), p. 151 y ss., 189; Markus Möstl, *Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung*, Tübingen 2002, p. 196: un cambio general de paradigma hacia un amplio control de riesgos no estaría permitido por la Constitución alemana.

6. Vid., por ejemplo, Erhard Denninger, «Der Präventions-Staat», en: Denninger, *Der gebändigte Leviathan*, Baden-Baden 1990, p. 33 y ss.; además Erhard Denninger, «Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat», en: Erhard Denninger, *Recht in globaler Unordnung*, Berlín 2005, p. 223 y ss.

7. Gertrude Lübbe-Wolff, «Präventiver Umweltschutz», en: Johannes Bizer/Hans-Joachim Koch (ed.), *Sicherheit, Vielfalt, Solidarität*, Baden-Baden 1998, p. 47 y ss.; vid. también Art. 174 (ex Art. 130 r) pfo. 2 TUE.

8. Arno Scherzberg, «Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht: Ermöglichung oder Begrenzung von Innovationen», en: *VVDStRL* 63, 2004, p. 259 y ss., 260.

La precaución o prevención se lleva a cabo en los más distintos campos de la política, desde la pedagogía social, pasando por la previsión sanitaria y de la vejez, “la previsión de la existencia” en general, la prevención criminal (los *Länder* y los municipios crean “consejos preventivos”), hasta la lucha contra el extremismo mediante instituciones destinadas a la formación política o, finalmente, mediante el procedimiento de prohibición de partidos, que pretende asegurar, preventivamente, la libertad del proceso político democrático, en último extremo por medio de la exclusión de un partido de dicho proceso. De todo esto no vamos a seguir hablando. Aquí se trata, más bien, de la determinación y ampliación de las tareas de las *autoridades de la seguridad*: policía, justicia penal, amparo constitucional y ejército. Esto es algo que suscita muchas preguntas —tanto teóricas como prácticas— a la vista del desarrollo de la criminalidad organizada y especialmente del terrorismo —que en ningún caso es sólo “internacional”—, preguntas que tocan los fundamentos de nuestra concepción del Estado y de la Constitución.

Para empezar, recuérdese la distinción tradicional entre “prevención” y “represión”, la cual separa la actividad defensiva de la policía, orientada a un acontecimiento que se espera en el futuro, o sea, a los “peligros”, de la administración de la justicia penal, dirigida retrospectivamente hacia la persecución de los hechos penales ya cometidos (incluyendo la policía que participa en ella). Ambos campos de actividad se abren a los órganos competentes, las autoridades policiales o la fiscalía, para la intromisión en la libertad de los ciudadanos sólo cuando se alcanzan, de modo objetivo, determinados umbrales para la intervención: la acción “preventiva”, la defensa de los peligros, presupone un peligro “existente en un caso singular”, un, así denominado, peligro “concreto” para la seguridad o el orden públicos; el inicio de la persecución penal “represiva” va ligado a la afirmación de la existencia de una denominada “sospecha inicial” acerca de un hecho delictivo (Artículos 152, apdo. 2 y 160 del Código de Enjuiciamiento Criminal alemán).

Los dos conceptos centrales, por un lado, el “peligro” y, por otro lado, la “sospecha de un delito” no son sólo elementos relativamente aleatorios de la descripción de las competencias; más bien señalarían una separación tajante entre la libertad ciudadana y el poder estatal —en cualquier caso, desde la “Sentencia Kreuzberg”, dictada por el Tribunal Supremo administrativo prusiano en 1882 hasta las leyes penales y de policía para la lucha contra la criminalidad organizada de los años noventa—. Quien no era “sospechoso” de un delito ni responsable de un determinado peligro y, por tanto, no era, en sentido policial, un “elemento perturbador”, podía tener la confianza de disfrutar, con seguridad, de sus bienes jurídicos, y de que el Estado lo dejaría en paz. El Tribunal Constitucional alemán afirma que al individuo hay que dejarle un “espacio interior” en aras del libre y responsable desarrollo de su personalidad, un espacio “al que pueda retrotraerse sin intromisión del entorno, para poder disfrutar en paz de su derecho a la soledad”⁹. La intervención policial

9. Sentencia del Tribunal Constitucional alemán (en adelante se empleará la abreviatura alemana, BVerfGE) 27, 1, 6.

sobre un “elemento no perturbador” estaba permitida sólo en el caso excepcional, estrictamente circunscrito, de un “estado policial de necesidad”.

Esta relación regla-excepción corresponde a la existente entre garantía de la libertad y sujeción, como corresponde también, por lo demás, al orden del Estado de Derecho liberal: el Estado que ofrece un espacio para el desarrollo individual de la libertad no debe tratar con desconfianza general a sus ciudadanos; eso convertiría al Estado en un único y gigantesco “Ministerio para la seguridad del Estado”. Más bien, el patrón de la relación ciudadano-Estado debe estar impregnado por la confianza recíproca; al *favor legis*, apreciado entre los juristas, debe corresponder un *favor civis*, una *presunción* cierta, aunque rebatible, a favor de la lealtad de los ciudadanos al Derecho y a la Constitución¹⁰. En el proceso penal, tal presunción encuentra una plasmación especialmente sólida en la *presunción de inocencia*, que, aunque establecida tanto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 como en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (y en otros tantos), no se halla en la Constitución alemana, si bien ha encontrado reconocimiento como Derecho constitucional no escrito¹¹. Finalmente, la minuciosa y exigente configuración del procedimiento para la prohibición de un partido (Art. 21, pfo. 2 de la Constitución), y para la privación de los derechos fundamentales (Art. 18) y su concentración en el Tribunal Constitucional Federal no sólo muestra la preocupación por mantener abierto el proceso político democrático, sino también por mantener a salvo la libertad política del *citoyen*. No todo funcionario de la Administración, ni siquiera todo juez, puede estigmatizar al incómodo “disidente” como enemigo de la Constitución. Recientemente, el Tribunal Constitucional Federal le advirtió de los límites legales y constitucionales a un Tribunal Administrativo Superior que consideró como excesivos estos obstáculos establecidos en la Ley Fundamental para la utilización de los instrumentos de defensa frente a los peligros del extremismo de derechas¹². Y siempre ha destacado claramente el Tribunal de Karlsruhe la función democrática, *constitutiva* para el bien común, del disfrute imperturbable de los derechos fundamentales, en particular, de aquellos derechos fundamentales relacionados con la comunicación, como la libertad de opinión, de radiodifusión, de reunión y de manifestación o, también, del derecho a la autodeterminación informativa (no sólo en la Sentencia Lüth y en la de la Ley del Censo)¹³, y con ello ha enlazado indisolublemente el liberal *status negativus* y el democrático *status constituens* del ciudadano. Los derechos fundamentales, “como expresión de la pretensión general de libertad del ciudadano frente al Estado” pueden “ser limitados por el poder público sólo en la medida en

10. Erhard Denninger, «Verfassungstreue und Schutz der Verfassung», *VVDStRL* 37 (1979), también en: Erhard Denninger, *Der gebändigte Leviathan* (vid. nota 6), p. 269 y ss., 292. Vid. también BVerwGE 26, 169, 170 y s.

11. BVerfGE 74, 358, 370 ss. Sobre esto, Erhard Denninger, *Grundrechtsverwirklichung durch das Bundesverfassungsgericht: Straßburg und Karlsruhe im Rechtsgespräch*. I. E.

12. Vid. BVerfGE 111, 147, 158 y s.; OVG NRW, *NJW* 2001, p. 2114.

13. Vid. BVerfGE 7, 198, 208; Decisión (en adelante se empleará la abreviatura alemana E) 57, 295, 320 (Libertad radiofónica como libertad instrumental); E 65, 1, 42 y s.; E 69, 315, 344 y ss.

que sea imprescindible para la protección de intereses públicos”¹⁴. Ésta es la idea central del *principio de proporcionalidad*, que forma, junto con el enunciado de la *dignidad humana* del Art. 1, pfo.1 de la Constitución, así como con el *principio de certeza y claridad normativa* y con el *principio de igualdad*, el núcleo irrenunciable de toda legislación y de toda dogmática en el Estado de Derecho.

En particular, de acuerdo con la pauta del principio de proporcionalidad, también caracterizado como “*prohibición del exceso*”, y con sus criterios parciales de *idoneidad*, de *necesidad* y de *adecuación* (o de *proporcionalidad en sentido estricto*) del medio empleado, se ha desarrollado el tradicional derecho de defensa preventiva de los peligros, con sus gradaciones de los conceptos-de-peligro, sus problemas acerca de la correcta selección del “elemento perturbador”, de la justa distribución de costes, etc. (Todo esto se puede leer en los manuales y comentarios de Derecho político y policial).

III. Este espacio aparentemente bien ordenado de la libertad y del derecho pierde sus sólidos muros y límites en el momento en que entra en escena la *seguridad* como “bien jurídico”, como “objetivo del Estado”, como “topos de ponderación” o, incluso, como “derecho fundamental”¹⁵. Pues la “seguridad” es, sin más referencias, un concepto no definible ni definitorio, más bien la “seguridad” es, en sí misma, exorbitante e ilimitada, un ideal irrealizable, similar a la “justicia” o la “libertad”¹⁶. El Tribunal Constitucional Federal ha admitido, de un modo que requiere un alto grado de interpretación, la “seguridad del Estado como poder constituido para la paz y el orden y para la seguridad de su población, que a él le corresponde garantizar”, como importantes, quizás los más importantes valores constitucionales irrenunciables, “ya que la Institución-Estado deriva de ellos su última y verdadera justificación”¹⁷. En esa declaración sobre la justificación del poder del Estado no se menciona la libre personalidad humana y su dignidad, las cuales se consideran en la jurisprudencia actual como el más elevado valor jurídico y que, recientemente, en la Sentencia sobre el “*Großer Lauschangriff*” (escuchas intensivas encubiertas), han sido incluso apostrofadas como “principio fundamental de la constitución y valor constitucional supremo”¹⁸. Dicha declaración no proviene, por cierto, de esa serie de sentencias de la Sala Primera [del Tribunal Constitucional Alemán] en las que, tras los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001, fueron examinadas en relación con su constitucionalidad, y declaradas en gran parte inconstitucionales, unas medidas drásticas tomadas por el legislador federal y de los *Länder*, como el

14. En este sentido el TCF ya en 1965, E 19, 342, 349.

15. Críticamente, Oliver Lepsius, *Freiheit, Sicherheit und Terror*, *Leviathan* 1/2004, p. 64, 87 y s.

16. Hans Peter Bull, *Wie weit reicht das Sicherheitsversprechen des Staates gegenüber seinen Bürgern?* en: Kurt Graulich / Dieter Simon (ed.), *Terrorismus und Rechtsstaatlichkeit*, 2007, p. 303, 308: “Una ‘garantía de seguridad’ fue siempre utópica”.

17. BVerfGE 49, 24, 56 y s.

18. BVerfGE 109, 279, 311 con más referencias.

“*Grosser Lauschangriff*”, el control preventivo policial (¡fuera del proceso penal!) de las telecomunicaciones, el empleo de la violencia por las fuerzas aéreas contra aviones de pasajeros secuestrados y convertidos en armas de terror o los rastreos policiales de bases de datos con carácter preventivo¹⁹. El recuerdo de la legitimación hobbesiana del Estado sirvió al Tribunal hace treinta años para la fundamentación constitucional de la así denominada «*Kontaktsperregesetz*» (Ley de supresión del contacto), por la cual se podría excluir al detenido sospechoso, o al preso convicto de terrorismo, de cualquier clase de contacto con el exterior, con otros presos o incluso con su propio abogado defensor. Por entonces, el Tribunal sostuvo que “sería una tergiversación del sentido de la Constitución si se quisiera prohibir al Estado enfrentarse eficazmente, con los *medios necesarios del Estado de Derecho*, a ambiciones terroristas que claramente tienen como fin la destrucción del orden democrático liberal y la aniquilación planificada de la vida humana como medio para alcanzarlo”²⁰. Esta frase merece reconocimiento aún hoy; sin embargo, no soluciona el problema. Pues quedan abiertas las preguntas cruciales acerca de hasta qué punto son suficientes los “medios del Estado de Derecho” para garantizar un nivel suficiente de seguridad, y acerca de qué tipo de medios serían propios del Estado de Derecho y por lo tanto serían justificables constitucionalmente. Aquí no es suficiente con señalar simplemente la conexión entre la libertad y la seguridad, tal y como sucede en la reciente opinión discrepante de la magistrada del Tribunal Constitucional Evelyn Haas: “El derecho a la libertad recogido en la Constitución no puede ser llenado con vida sin seguridad. La seguridad es la base sobre la que se puede desenvolver la libertad por completo. Entre la libertad y la seguridad existe, por tanto, una inescindible relación material y de significado. Por ello, todas las medidas que garantizan la seguridad deben ser, al mismo tiempo, entendidas como medidas para garantizar y promover el desarrollo de la libertad. En el Estado democrático de Derecho, un incremento de seguridad refuerza la libertad y es, de este modo, un aumento de libertad”²¹. ¡Ojalá fuera tan sencillo! El error conceptual determinante reside en el salto desde la premisa adecuada, “sin seguridad no hay libertad”, a la falsa conclusión, “a más seguridad más libertad”. Tal sofisma lo ha eludido recientemente Udo Di Fabio, al resaltar como simétrica la “relación de complementariedad” existente entre libertad y seguridad: “Pues sin descuentos y con el mismo peso vale que sin libertad no hay seguridad”. El Estado constitucional liberal no desea la paz a cualquier precio, “sino una paz en armonía con nuestros valores de base, la paz para hombres *libres*”²².

19. En el siguiente orden BVerfGE 109, 279 y ss.; E 113, 348 y ss.; E 115, 118 y ss; E 115, 320 y ss. (2004-2006).

20. BVerfGE 49, 24, 56 (1-8-1978). Las cursivas son mías.

21. BVerfGE 115, 320, 374. En la misma línea se mueve el „Plädoyer für eine wehrhafte Verfassunginterpretation“ de Christian Hillgruber, *Der Staat des Grundgesetzes – nur „bedingt abwehrbereit“?* JZ 2007, p. 209 y ss., quien llama “impresionante” al voto particular y lo cita con todo detalle, p. 213.

22. Udo Di Fabio, *Sicherheit in Freiheit*, aún sin publicar. Manuscrito de una conferencia, nov. 2007, p. 4, 3. Las cursivas no son del original.

Más en serio hay que tomarse la frase acerca del ideal exorbitante e ilimitado de la seguridad. La *tierra de nadie (Vorfeld)* que se extiende delante de los límites del Estado de Derecho señalados por el peligro concreto y la sospecha concreta no conoce, conceptualmente, barreras respecto a la determinación del grupo de personas de riesgo, respecto a los medios de conocimiento y de defensa a utilizar, ni tampoco respecto a la determinación de las medidas a adoptar en interés de la seguridad. A fin de destacar claramente esta nueva esfera de actuación respecto del ámbito de las usuales actuaciones policiales preventivas mencionadas anteriormente, propongo hablar en este caso de “Prevención II”; ésta constituye el verdadero dominio del *Estado de prevención*²³. Los derechos fundamentales del ciudadano ya no se perciben, en primer término, como libertades fundamentales y derechos de defensa frente a la intervención estatal. Estos se transforman, considerados especialmente en relación con el derecho a la protección de la dignidad humana, recogido en el Art. 1º, pfo. 1º, 2 de la Constitución alemana, en *obligaciones primarias de protección por parte del Estado* y, de este modo, en facultades de intervención. Si la prohibición del exceso propia del Estado de Derecho servía para poner riendas a un legislador limitador de las libertades, ahora la *prohibición del defecto*, recibida por la jurisprudencia y empleada en el sentido de la prevención estatal, anima al legislador a llevar a cabo una actividad infatigable²⁴. Si los deberes de protección de los derechos fundamentales se entrelazan, por medio de un constructo jurídico, para formar un *derecho fundamental a la seguridad*²⁵, entonces la seguridad ya no significa, en primer término, “la certeza de la libertad garantizada al individuo, sino la promesa de una actividad estatal, en principio, ilimitada e interminable para la protección del ciudadano ante los peligros y riesgos sociales, técnicos, medioambientales o, incluso, ante aquellos de índole delictiva”²⁶. La seguridad como fin estatal se convierte en un “vehículo de autorización de un orden de dimensión indeterminada”²⁷. Lo que esto significa podría ser ilustrado por medio de las reflexiones que Otto Depenheuer ha publicado, recientemente, bajo el título programático “*Selbstbehauptung des Rechtsstaates*” (Autoafirmación del Estado de Derecho)²⁸. A este autor no le preocupa

23. Acerca del Estado preventivo, vid Erhard Denninger, *Der Präventions-Staat KJ* 1988, p. 1, también en: Erhard Denninger, *Der gebändigte Leviathan (supra, nota 6)*, p. 33 y ss. Vid. también Heribert Prantl, *Verdächtig*, Hamburg 2002, p. 9. Acerca de la “prevención” Dieter Grimm, *Verfassungsrechtliche Anmerkungen zum Thema Prävention, KritV* 1986, p. 38 y ss.

24. Vid. BVerfGE 88, 203, 254, con indicación de su origen: Josef Isensee, en: *HbStR V*, Heidelberg 1992, § 111 nota 165 y s. Sobre esto, también Erhard Denninger, *Vom Elend des Gesetzgebers zwischen Übermaßverbot und Untermaßverbot*, en: Erhard Denninger, *Recht in globaler Unordnung (supra, nota 6)*, p. 50 y ss.

25. Josef Isensee, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, Berlin 1983.

26. Erhard Denninger, *Menschenrechte und Grundgesetz*, Weinheim 1994, p. 48.

27. Lepsius (*supra, nota 15*), p. 87.

28. Otto Depenheuer, *Selbstbehauptung des Rechtsstaates*, Paderborn 2007, sobre esto pp. 70 y ss. De modo crítico Michael Stolleis en *Merkur*, 2007, cuaderno 703, p. 1145 y ss.: “Angst essen Seele auf” (“Miedo devorar almas”). La expresión, intencionadamente incorrecta, hace alusión a la película de Rainer Werner Fassbinder de igual título. En castellano se tituló *Todos nos llamamos Alí*.

que, en el marco de la Prevención II, la prohibición del exceso pudiese fallar o ser mal empleada, sino, al contrario, que la “aceptación unilateral de la subjetividad jurídica y de la proporcionalidad bienintencionada” pudieran “ser interpretadas por enemigos terroristas potenciales [...] como una decadente debilidad y contestadas de manera consecuyente”. Por tanto, en el repertorio de Depenheuers de un eficiente “derecho de defensa frente a los peligros del enemigo”, no sólo se encuentran elementos bien conocidos que van desde el aislamiento total, pasando por las escuchas telefónicas, la videovigilancia intensiva y el rastreo en bases de datos hasta el espionaje cibernético, sino también, examinando su posición “sistemáticamente”, el internamiento preventivo o de seguridad, medidas especiales de internamiento para las personas potencialmente peligrosas, así como la “tortura domesticada en el seno del Estado de Derecho”. Significaría un riesgo para la seguridad que el Estado de Derecho concediera también la dignidad humana y las garantías jurídicas a aquellos que las pisotean y menosprecian, por lo que la ponderación constitucional entre las necesidades de seguridad, por una parte, y las pretensiones de libertad, por otra, podría arrojar un resultado distinto. Ésta es, ciertamente, la cuestión.

IV. En sentido contrario, el Tribunal Constitucional Federal ha manifestado: “La fuerza de nuestro Estado de Derecho se muestra en que el trato con sus adversarios (*Gegnern*) está sujeto a los principios generales vigentes”²⁹. El Tribunal reconoce claramente que en las actividades propias de la tierra de nadie (*Vorfeld-Aktivitäten*), esto es, en la *previsión* para la persecución de *futuros delitos* (¡que quizá no se produzcan jamás!) y en su prevención no pueden ser utilizados los mismos criterios que se usan en la defensa frente a peligros concretos y en la persecución de los delitos ya cometidos. Algunos malentendidos, que parecen intencionados bajo al aspecto de una política de ampliación competencial, surgen con facilidad debido a que las leyes de policía modernas clasifican esas funciones propias de la tierra de nadie (que desearía ver denominadas como *Prevención II*, bajo el título de “lucha preventiva contra los delitos”) entre las funciones de “defensa de los peligros” (en sentido amplio)³⁰. Por el contrario, los magistrados constitucionales observan que las pesquisas en la “tierra de nadie” están marcadas por “una alta ambivalencia del significado potencial de las circunstancias del comportamiento individual”³¹. Para empezar, se desconoce si las actividades o los hechos observados son completamente inocuos o constituyen el inicio de comportamientos conducentes a un delito. El legislador que prevé intervenciones en los derechos fundamentales debería reformular a tal efecto

29. BVerfGE 115, 320, 358 con más referencias. (S. de 4-4-2006, rastreo informático).

30. Vid., por ejemplo, Art § 1 Abs. 4 HSOG (Ley de Hessen sobre Seguridad pública y Orden) de 14 enero 2005, § 1 Abs. 1 POGRhPf (Ley de Policía y de Autoridades de Rheinland Pfalz) de 10 nov. 1993, entre otras. Vid. Erhard Denninger, en: Hans Liskén/Erhard Denninger (ed.), *Handbuch des Polizeirechts*, 4ª ed., Munich 2007, cap. E Rn. 167 ss.; Frederik Rachor, *ibidem*, cap. F Rn. 160 y ss.

31. BVerfGE 113, 348, 377.

los supuestos tipificados con tal grado de precisión que “el riesgo especialmente alto de pronóstico erróneo” que se produce en tales pesquisas “sea aceptable constitucionalmente”. Los jueces exigen que la norma “ha de contener elementos tipificados delimitadores de la conducta, creando un estándar de previsibilidad y control comparable al que está mandado en un Estado de Derecho para aquellas tareas tradicionales relativas a la defensa frente a los peligros y la persecución penal”³². Pero, ¿qué significa, en este contexto, “aceptable constitucionalmente”? ¿Qué está “mandado en un Estado de Derecho”? Quien haya esperado por parte del Tribunal un análisis conceptual, general y abstracto, más detallado, se verá decepcionado. Esto último no es, ciertamente, la misión de un tribunal que está encargado del examen de normas concretas. Por otro lado, sus declaraciones de principios arrojan a menudo más preguntas apremiantes que respuestas satisfactorias. Esto vale, por ejemplo, para la constatación de que el legislador puede hacer evolucionar, en la esfera del derecho policial, las tradicionales ataduras del Estado de Derecho a la vista de nuevas o renovadas situaciones peligrosas y amenazadoras. Sin embargo: “el legislador puede reajustar el balance entre libertad y seguridad, pero no puede desplazar, en lo esencial, el peso de cada una de ellas”³³. No obstante, ¿a partir de qué momento se “desplaza en lo esencial” este precario equilibrio? ¿Cuándo se transforma el Estado de Derecho constitucional liberal definitivamente (y esto significa también: ¡irreversiblemente!) en un “Estado de prevención autoritario”? ¿Con el establecimiento de campos de internamiento preventivos para todos los “sospechosos”? o ¿También para los “sospechosos potenciales”? ¿Con la aplicación de un poco de “tortura domesticada por el Estado de Derecho” (¡qué concepto más demencial!), o tal vez ahora ya, cuando tengo que contar constantemente con la infección de mi disco duro por un pequeño “troyano federal”? La respuesta no se vuelve más fácil si se recuerda que, ya en diciembre de 1970, el Tribunal Constitucional Federal declaró, en la sentencia sobre la Ley de Escuchas de aquel entonces (“*Abhör-Gesetz*”), que el “principio del Estado de Derecho” como tal no está comprendido en la “cláusula de intangibilidad” del Art. 79, pfo. 3 de la Constitución, sino sólo algunos de sus rasgos más importantes y, además, que el legislador que modifique la Constitución, no se ve impedido por esa garantía de modificar incluso los principios constitucionales elementales de una manera que sea inmanente al sistema”³⁴. La modificación inmanente de los principios del sistema no posee una mayor precisión conceptual que el desplazamiento esencial del peso entre la libertad y la seguridad.

V. La crítica aquí ensayada contra la falta de precisión de los postulados propios del Estado de Derecho defendidos por el Tribunal, no debe quedarse en una

32. *Ibidem*, 378, con referencia a la BVerfGE 110, 33, 56.

33. BVerfGE 115, 320, 360, respecto al muestreo informático.

34. BVerfGE 30, 1, 24, 25 (sentencia de 15-12-1970).

mera negación. Su finalidad es hacer claro el dilema ante el que se encuentra el Tribunal y todos nosotros con él. Por un lado, los puntos de anclaje orientadores y limitadores de la intromisión (el peligro concreto y la sospecha del acto) desaparecen en la esfera de la *Prevención II*, es decir, en la previsión (sobre todo) informativa para la futura persecución penal y en la “prevención de riesgos”. Por otro lado, sin embargo, el Tribunal exige adaptar “específicamente los requisitos de certeza del Estado de Derecho a esta situación de tierra-de-nadie”³⁵.

En su sentencia de 27 de febrero sobre “el registro online”, el Tribunal intenta alcanzar una limitación, orientada por el principio de proporcionalidad, de la intervención en la esfera de la tierra-de-nadie, al determinar como umbral de intervención para la infiltración secreta de un sistema técnico de información, indicios reales de peligro concreto para un bien jurídico notablemente importante”. Esto suena, en principio, como si nos moviéramos por completo en la esfera de la clásica *Prevención I*, es decir, de la defensa policial ante el peligro. En realidad se trata, en palabras del magistrado, de “la prevención de riesgos en el marco de las tareas de las autoridades garantes de la Constitución”. La problemática del solapamiento de las funciones de policía y de protección de la Constitución no está en discusión. Una atención crítica merece, en cambio, el intento de expandir el concepto de “peligro concreto” de tal forma que sin justificar, cierto es, las medidas de tierra-de-nadie de manera ilimitada, abra un amplio campo de acción a la protección constitucional. La intervención del sistema técnico de información podría, así, quedar justificada aunque no existiera probabilidad de acaecimiento del peligro “en un futuro próximo”. Los hechos indiciarios sólo tendrían que aludir “a un suceso concretado a su manera”, y los futuros autores=elementos perturbadores tendrían que ser identificables hasta el punto de que la medida de vigilancia pueda ser incoada contra ellos (BVerfGE U.v. 27. II. 08, Rz. 249-251). Por tanto, aquel que de algún modo caiga bajo la sospecha de pertenecer a una “célula durmiente”, de ser un terrorista potencial, puede ser, si las circunstancias lo permiten, vigilado “online” durante años. El trabajo de fino pulido conceptual del Tribunal ilustra, de nuevo, la dificultad de alcanzar, en la esfera de la *Prevención II*, límites seguros de subsunción propios de un Estado de Derecho.

Recientemente, a modo de escapatoria del dilema, se recomienda representar el derecho policial como compuesto por dos “estratos dogmáticos” completamente distintos, y proceder prácticamente en consecuencia: frente al derecho de defensa y eliminación de peligros, dominado por las categorías tradicionales, “aparece, tomando la delantera, un *derecho de esclarecimiento del peligro* acuñado por otra dogmática”. Sólo la unión de ambos estratos daría lugar al moderno derecho policial, cuya “nueva forma dogmática”, ciertamente, sólo sería reconocible a modo de esbozo³⁶. A decir verdad, esta propuesta denota la conciencia de la dificultad, pero no ofrece ninguna solución, ya que la “necesidad de la práctica policial” no constituye, a ciencia cierta,

35. BVerfGE 113, 348, 377.

36. Markus Möstl, Die neue dogmatische Gestalt des Polizeirechts, *DVBl.* 2007, 581, 589.

un criterio útil para la limitación de la actividad investigadora en la ilimitada “tierra-de-nadie de los peligros”. Y si hay que trazar la línea divisoria entre la eliminación y el esclarecimiento de peligros de modo que sólo aquella habría de llevarse a cabo con intervenciones en la libertad relevantes para el desarrollo causal”, mientras que en el segundo caso, es decir, en la tierra-de-nadie de los peligros, la policía se encontraría autorizada “sólo para intervenciones puramente informativas y no, en cambio, para intervenciones en el curso causal”³⁷, entonces viene a manifestarse, causalidad arriba o abajo, una enorme mengua de la relevancia constitucional —y de esto se trata aquí— de tales intervenciones informativas como, por ejemplo, la vigilancia de las telecomunicaciones, la escucha secreta o el rastreo y control de las bases de datos informáticos.

La cuestión urgente que sigue esperando, impacientemente, una respuesta, se puede formular, pues, del siguiente modo: ¿hay elementos constitutivos del *principio del Estado de Derecho* que las autoridades de la seguridad —garantes de la Constitución, policía, justicia penal y ejército— han de preservar también en su labor en la esfera de la Prevención II cuando, de otra forma, el Estado liberal, tal y como es querido y construido en la Constitución, perdería no sólo su fisonomía sino incluso su sustancia, su *ratio essendi*? Quisiera responder afirmativamente la cuestión y observo con satisfacción que, precisamente, el criticado Tribunal Constitucional da las instrucciones determinantes sobre la dirección en que ha de ser buscada la respuesta.

Sería una tarea sugestiva analizar, en una visión de conjunto, la jurisprudencia de los últimos tres o cuatro años de la Sala Primera (en este caso, competente en primera instancia) sobre las posibilidades de la lucha contra la criminalidad organizada y de la defensa frente a los ataques terroristas. Aquí me he de conformar con deducir la quintaesencia constitucional de los seis eslabones más importantes de una cadena de decisiones. Se trata, ordenadas cronológicamente, de las siguientes sentencias: sentencia sobre el «*Großer Lauschangriff*», sobre la vigilancia preventiva de las telecomunicaciones según la Ley de Comercio Exterior (*Aussenwirtschaftsgesetz*) y la Ley del Control de Armas de Guerra (*Kriegswaffenkontrolle*), sobre la vigilancia preventiva de las telecomunicaciones según de la Ley de policía de Baja Sajonia, sobre el uso de fuerzas de asalto en caso de secuestro de aviones y, finalmente, la sentencia sobre rastreo policial preventivo en bases de datos según la Ley de policía de Renania del Norte-Westfalia, decisiones judiciales que fueron dictadas entre marzo de 2004 y abril 2006³⁸. Como eslabón más reciente de tal cadena hay que añadir la sentencia de 27 de febrero de 2008 acerca de los “registros online” y el rastreo en Internet que, como manifestación concreta del derecho general de la personalidad, desarrolla el “derecho fundamental a la garantía de confidencialidad

37. Möstl (*supra*, nota 35), p. 584. Cursivas en el original.

38. En este caso está justificado ver aquí una cadena de decisiones interrelacionadas, sobre todo porque se emplean elementos de fundamentación repetidos, lo que no es necesario detallar aquí. Las fuentes de tal secuencia son: BVerfGE 109, 279; BVerfGE 110, 33; BVerfGE 113, 348; BVerfGE 115, 118; BVerfGE 115, 320.

e integridad de los sistemas técnicos de información”³⁹. De esta jurisprudencia, a la que, con razón, se le debe reconocer un carácter fundamental, se pueden extraer para nuestro planteamiento *cuatro* directrices elementales. Éstas atañen 1) al mandato de certeza y claridad normativa⁴⁰, 2) al principio de “proporcionalidad” en sentido estricto, conocido como criterio de la “adecuación”⁴¹, 3) a la protección absoluta del “núcleo del libre desarrollo de la vida privada”⁴², y 4) a la exigencia de protección de la vida y la dignidad humana, entendida igualmente como puente hacia el clásico derecho de defensa ante los peligros⁴³. Estos cuatro principios describen las piedras basales irrenunciables de un Estado liberal de Derecho; si estos son despreciados no se podría hablar ya ni de “Estado de Derecho” ni de “democracia”. Como quinto elemento esencial se añade la garantía de la protección de los derechos individuales (Art. 19, pfo. 4 de la Constitución alemana). Tal garantía no se encuentra contemplada, en primer plano, en las sentencias mencionadas por ser indiscutida.

1) El significado fundamental del principio de certeza y claridad normativas se puede aclarar mediante una sencilla contra-prueba mental: un orden social cuyas reglas son tan imprecisas y oscuras que son inadecuadas para la orientación de la conducta de los ciudadanos, que no pueden ni guiar ni limitar la acción del ejecutivo y que, por eso, no posibilitan el control judicial, no es, en sentido estricto, un orden *jurídico*. Puesto que no existen en su seno ningunos parámetros regularmente manejables que pudieran asegurar un tratamiento igual de los ciudadanos desde el punto de vista de los derechos y las obligaciones, le falta también la condición básica *del imperio democrático de la ley*. La certeza o la vaguedad normativa son conceptos orientativos y graduables. En las medidas preventivas de vigilancia, sobre todo cuando se perciben actos penales futuros desde el estadio de la mera *planificación*, no se puede pasar sin el empleo de conceptos jurídicos indeterminados para describir la situación. El Tribunal se vale aquí de una de las “fórmulas tanto-cuanto” (*Je-desto*), típicas del “control del riesgo” normativo. “Cuanto más importante es el bien jurídico afectado por el hecho planeado y cuanto más continuadamente fuese dañado, tanto menor puede ser la probabilidad de un delito planificado y, dado el caso, menos fundados pueden ser los hechos en los que se fundamenta la sospecha”⁴⁴. En lugar de apostar por semejante cadena de múltiples inseguridades, el legislador se

39. BVerfG, S. de 27 febrero 2008, 1 BvR 370 / 07; 1 BvR 595 / 07, Nichtigerklärung von Vorschriften des Verfassungsschutzgesetzes Nordrhein-Westfalen (Declaración de invalidez de algunos preceptos de la ley de protección constitucional de Renania del Norte-Westfalia).

40. Vid. ya BVerfGE 65, 1, 44; ahora E 110, 33 y E 113, 348, 375 y ss. Especialmente claro también en la sentencia de 27 de febrero de 2008, con críticas a la técnica de remisión del legislador (Nums. 208 y ss.)

41. Entre otras, BVerfGE 113, 348, 382 y ss.

42. Sobre todo, BVerfGE 109, 279 y ss., también con opinión disidente de las magistradas Jaeger y Hohmann-Dennhardt, 382 y ss.

43. Al igual que la nota anterior y también BVerfGE 115, 151 y ss.

44. BVerfGE 110, 33, 60 con remisión a E 100, 313, 392.

debería preocupar más bien por la fijación y delimitación típica de las actuaciones preparatorias que puedan ser eventualmente punibles.

2) El principio de proporcionalidad reinante en el tradicional derecho policial (esto es, en la esfera de la “Prevención I”), sólo vale de manera limitada como criterio orientador de la conducta en el ámbito de la tierra-de-nadie: no se conocen las circunstancias más inmediatas del peligro o del delito, ni al “perturbador” o al “inculpado” y, por eso, tampoco los medios necesarios, esto es, los más cuidadosos y, no obstante, apropiados para la eliminación de los peligros⁴⁵. Sin embargo, en esta situación gravada por tales circunstancias de incertidumbre, también puede y debe ser respetado un aspecto parcial del complejo principio de proporcionalidad: es decir, la idea de la *adecuación*, que prohíbe, en circunstancias similares, hacer prevalecer un bien jurídico de menos valor a costa de otro indudablemente más valioso. Tal actuación no sólo lesionaría el más elemental sentido de la justicia, sino, también, la pretensión de libertad general del ciudadano frente al poder público⁴⁶. A decir verdad, el principio de adecuación encuentra los límites de su utilidad en que, a menudo, se suscitará una disputa sobre el peso de los intereses públicos al igual que sobre el de los bienes jurídicos individuales que son dignos de tutela, por ejemplo, sobre el derecho a la autodeterminación informativa⁴⁷.

3) y 4) La espada y la balanza constituyen desde siempre los atributos simbólicos de la *Justitia*, de la jurisdicción, tanto como la venda sobre sus ojos, garante del trato igualitario. Pero el Estado liberal de Derecho conoce zonas fronterizas donde está en juego lo imponderable, donde no se puede seguir ponderando. En dos tipos de casos, el Tribunal Constitucional alemán ha entrado en tales zonas fronterizas y ha decidido al respecto: en lo concerniente a la protección de la dignidad humana en el “núcleo del desarrollo de la vida privada” en conexión con la “inviolabilidad del domicilio”, Art. 13, apdo. 1 de la Constitución alemana y también, más recientemente, en conexión con la confidencialidad e integridad de los sistemas técnicos de información, y en lo concerniente a la protección de la dignidad humana en conexión con el derecho a la vida, Art. 2, apdo. 2, pfo. 1 de la Constitución. En el primer grupo de casos, se trataba de un límite constitucional *absoluto*, relativo a una autorizada “vigilancia acústica domiciliaria”, así como de una infiltración informática; en el segundo caso, se trataba de la prohibición dirigida al Estado de quitar la vida a los pasajeros inocentes de un avión secuestrado por delincuentes⁴⁸. Ambas constelaciones de casos han dado lugar a discusiones sin fin con argumen-

45. Más detenidamente sobre la problemática de la prohibición del exceso: Erhard Denninger, en: Liskén/Denninger (*supra*, nota 29), Cap. E Rn. 206.

46. Ver *supra* en la nota 14.

47. Modélico es el intento de Aulehner (*supra*, nota 5) de ponderar y dar un peso distinto al derecho a la privacidad informativa y al ‘derecho fundamental’ a la seguridad en contra de lo que él constata como ‘errático desarrollo’ de la jurisprudencia (p. 557). Críticamente, vid. Denninger, *Recht in globaler Unordnung* (*supra*, nota 6), p. 258 y ss.

48. Acerca de la problemática del § 14, pfo. 3 de la *Luftsicherheitsgesetz* (Ley de Seguridad aérea), vid. Dieter Wiefelspütz, *Die Abwehr terroristischer Anschläge und das Grundgesetz*, Frankfurt am Main 2007. Allí, en la página 69 y ss, se hace referencia a una parte considerable de las opiniones.

tos a favor y en contra. Para nuestra reflexión lo que importa, de manera decisiva, es que, en ambos casos, apoyándonos en las palabras de Wilhelm v. Humboldt, se perfilaron claramente “límites de la acción del Estado” absolutos. Incluso “formas de criminalidad especialmente graves” no justifican que se relativice la protección absoluta del “núcleo intangible del desarrollo de la vida privada”, por medio de una ponderación con los intereses de la persecución penal, según los parámetros del principio de proporcionalidad (Art. 1, pfo. 1, Art. 79, pfo. 3 de la Constitución alemana)⁴⁹. Incluso en el caso extremo de un avión de pasajeros secuestrado por terroristas, que fuese utilizado “como arma” contra un número indeterminado de personas, es, expresado en palabras del Tribunal, “absolutamente inconcebible, estando en vigor el Art. 1, pfo. 1 de la Constitución, matar premeditadamente a personas inocentes basándose en una autorización legal”⁵⁰. Prescindiendo de los inseguros pronósticos que caracterizan tal situación, la ponderación cuantitativa de vidas humanas frente a vidas humanas no está, por principio, contemplada constitucionalmente. Es cierto que al Estado le corresponde un amplio margen de apreciación, evaluación e iniciativa en el cumplimiento de su obligación de protección, en este caso a favor de los previsibles afectados por la caída del avión. Sin embargo, la elección de los medios “siempre debe recaer únicamente sobre aquellos medios cuyo empleo sea coherente con la Constitución”. En caso de derribo del avión secuestrado, la muerte de los pasajeros y de los miembros de la tripulación inocentes es utilizada “como medio para salvar a otros”, y de este modo los muertos son “cosificados y, a la par, privados de sus derechos”; tal tratamiento los ignora “como sujetos con dignidad y con derechos inalienables”⁵¹. De igual modo que en el denominado caso de las escuchas telefónicas (*Großer Lauschangriff*) y de modo similar a la prohibición de la tortura⁵², que aquí no ha sido abordada, el Estado de Derecho, también en el caso de utilización de la violencia contra aviones de pasajeros secuestrados y maltratados, choca con *límites absolutos* en sus posibilidades legales de actuación y de disposición. Si sobrepasa estos, ya no merece el nombre de “Estado de Derecho”⁵³.

49. Vid. BVerfGE 109, 279, 313, 314; más incisivamente todavía la opinión disidente de las magistradas Jaeger und Hohmann-Dennhardt.

50. BVerfGE 115, 118, 157. Sobre lo que sigue, *ibidem*, p. 160, así como E 115, 320, 358.

51. BVerfGE 115, 118, 154, 160.

52. Sobre esto, Erhard Denninger, “Recht, Gewalt und Moral – ihr Verhältnis in nachwestfälischer Zeit. Ein Bericht”, en: *KJ* 38 (2005), pp. 359 y ss., 368, con referencias. Gerd Roellecke, “Das Leben ist der Rechte höchstes nicht”, *F.A.Z.* del 1 de diciembre de 2007, p. 35, hace, sin argumentos convincentes, que pese más la prohibición de la tortura que la prohibición del asesinato. Vid. también del mismo autor, *Staat und Tod*, Paderborn 2004, p. 68: el Estado debería “tener el derecho de matar o de obligar a matar”.

53. Acertadamente señala Josef Isensee que en el Estado de Derecho se incrementa la autoridad moral cuando permanece anclado a los derechos fundamentales, incluso en situaciones extremas frente a la violencia terrorista. Vid. Isensee, “Nachwort”, en Eckart Klein/Christian Hacke/Bernd Grzeszick, *Der Terror, der Staat und das Recht*, ed. por Josef Isensee, Berlín 2004, p. 83 y ss., 108.

El enjuiciamiento jurídico-constitucional de estos tres “casos de estudio”: “*Großer Lauschangriff*”, tortura en aras de la salvación de vidas humanas y derribo de un avión depende, decisivamente, del reconocimiento de límites *absolutos* en las posibilidades de injerencia del Estado conforme a derecho. El Tribunal Constitucional dio este paso a su debido tiempo, y a mi juicio con razón, lo que ha sido ocultado y en parte obscurecido en décadas posteriores por una jurisprudencia cada vez más cinceladora y relativizadora del principio de proporcionalidad. Hace más de medio siglo que el Tribunal infirió, a partir del principio de la protección de la dignidad humana y de la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales (Art. 19, pfo. 2 de la Constitución), “que en virtud de la constitución le está reservada al ciudadano una esfera para el desarrollo de su vida privada, es decir, que existe una última esfera intangible de libertad humana que queda sustraída a la influencia de todo poder público”⁵⁴. En el caso de la utilización procesal-penal de las anotaciones en el diario de un asesino, resuelto en 1989, el Tribunal reforzó su posición con la misma justificación, es decir, reconoce “un último ámbito intangible para el desarrollo de la vida privada”, que “está totalmente sustraído al poder público [...]”. Incluso los más serios intereses generales no pueden justificar injerencias en esta esfera; una ponderación conforme al principio de proporcionalidad no es procedente (STC 34, 238 [245])”^{55 56}.

Recientemente se emplea más finura dogmática en demostrar que “el núcleo absolutamente protegido del desarrollo de la vida privada” (E 109, 279), precisamente, no está protegido de modo absoluto ni de manera intangible, y que ni siquiera podría ser protegido de modo absoluto. Se trataría sólo, más bien, de una idea política del Estado Constitucional liberal, que asumiría, jurídico-dogmáticamente, la función de un “concepto de protección susceptible de ponderación” (Balduß, JZ 2008, 225). Esta degradación de un principio constitucional basado directamente en el principio de la dignidad humana, recogido en el Art. 1, pfo. 1 de la Constitución alemana, a una mera “idea política”, lleva consigo que la protección del núcleo del desarrollo de la vida privada quede degradado a un elemento de ponderación en relación con la protección de otros numerosos bienes jurídicos, individuales y comunes. Pero es a esta relativización, precisamente, a la que quiso

54. BVerfGE 6, 32, 41, Sentencia-Elfes de 16-1-1957.

55. BVerfGE 80, 367, 373. Anotaciones en un diario. El recurso de inconstitucionalidad acerca de la pregunta de si las anotaciones en un diario pertenecen a la esfera privada del desarrollo de la personalidad o no, se detuvo en el empate de 4 a 4 en la segunda sala del Constitucional.

56. A la lógica de la ponderación le está, en principio, sustraído el enunciado de la dignidad humana, Art. 1 pfo. 1 de la Constitución. Acertadamente Peter-Alexis Albrecht, “Menschenwürde als staatskritische Absolutheitsregel - Laudatio für Burkhard Hirsch”, *KritV* 2006, p. 295 y ss., 298, califica la dignidad humana como una “regla de lo absoluto crítica para el Estado”. En este mismo sentido, Wolfram Höfling/Steffen Augsberg, “Luftsicherheit, Grundrechtsregime und Ausnahmezustand”, *JZ* 2005, p. 1080 y ss. con muchas referencias. No existe ningún balance (mal balance) de las vidas individuales; los pasajeros moribundos de la aeronave capturada son tan dignos de protección como las (potenciales) víctimas de la colisión en tierra: acertadamente *loc. cit.*, 1082; así mismo, además, Horst Dreier, *Grenzen des Tötungsverbotes - Teil 1*, *JZ* 2007, pp. 261 y ss., 265.

el Tribunal Constitucional cerrar la puerta en un examen de la proporcionalidad, al exponer: “Ciertamente habrá siempre formas de criminalidad especialmente graves y sus correspondientes situaciones sospechosas que hacen parecer que para algunos la efectividad de la administración de la justicia penal como un interés relativo al bien común parezca más importante que la preservación de la dignidad humana del presunto culpable. Sin embargo, una valoración de este tipo le queda vedada al Estado a tenor de los Arts. 1, pfo. 1 y 79, pfo. 3 de la Constitución”. Se debe celebrar que el Tribunal también recoja esta idea y la aplique argumentativamente en su reciente sentencia de 27 de febrero de 2008 sobre “infiltración secreta en un sistema informático” (“rastreo-online”).

El carácter absoluto del enunciado de la dignidad humana y del “núcleo protegido” de ella deducido tampoco se pone en tela de juicio por la afirmación del Tribunal acerca de que las conversaciones que contengan datos sobre delitos cometidos, “no pertenecen al ámbito nuclear intangible de la vida privada” (BVerfGE, 109, 279, 319). Manfred Baldus (JZ 2008, 218, 224) concluye a partir de esto que se puede extraer un argumento a favor de una relativización “susceptible de ponderación” de “lo más íntimo”. ¿Qué puede haber “más íntimo”, advierte este autor, que la conversación de un asesino aguijoneado por sus remordimientos con un sacerdote sentado en el confesionario, o la de un delincuente luchando consigo mismo en torno a la confesión en el despacho de su defensor? Y no obstante, continúa, el Tribunal Constitucional ha denegado la protección absoluta de estas comunicaciones.

Yo comprendo de modo distinto al Tribunal. Y es que Baldus no tiene en cuenta que el Tribunal destaca precisamente la confesión y la conversación con el abogado defensor como comunicaciones especialmente dignas de protección con “personas de especial confianza”. “De este modo la protección de las confesiones pertenece ... al contenido constitucional, propio de la dignidad humana, de la práctica de la religión en el sentido del Art. 4, pfo. 1 y 2 de la Constitución Alemana. También a la conversación con el abogado defensor le incumbe la función, importante para la preservación de la dignidad humana, de contribuir a que el acusado no se convierta en un mero objeto en el proceso penal” (BVerfGE 109, 279, 322). Aquí la actividad de intervención secreta del Estado ha de hallar un límite absoluto. Si fuera de modo distinto, se derribarían unos pilares fundamentales del proceso penal del Estado de Derecho.

La degradación relativizadora del núcleo de protección, preceptuado constitucionalmente, a un mero factor de ponderación no se produce tampoco (a pesar de que existen opiniones en contra), cuando en un primer momento se obtienen datos que son posiblemente relevantes para el núcleo de protección, después se examina su relevancia y, por último, en caso de que sean relevantes para el núcleo de protección, son inmediatamente borrados. El Tribunal ha aprobado explícitamente tal concepto de protección en dos niveles. En muchas ocasiones sólo se puede discernir y juzgar tras una comprobación del carácter de los datos. Pensemos, por ejemplo, en textos escritos en un idioma extranjero, poco habitual aquí. Si de la inspección resulta “que los datos que se han tomado son relevantes para el núcleo de protección, éstos han de ser borrados inmediatamente. Su divulgación o utilización quedan

excluidas”, sostiene el Tribunal (Rdn. 283). El carácter “absoluto” de la protección se muestra precisamente, por tanto, en que los datos no pueden ser utilizados ni divulgados en interés de una persecución penal de mayor predicamento o de algún otro bien común.

Si el Tribunal Constitucional sigue reconociendo *límites absolutos* en las posibilidades de intervención jurídicamente permitidas, que han sido confirmados de manera impresionante en la sentencia sobre el «Großer Lauschangriff»⁵⁷, incluso frente a las más graves situaciones de amenaza, entonces no es verdad que haya “capitulado jurídicamente”, como se ha dicho⁵⁸. Más bien refuerza la idea de que el Espacio europeo de “libertad, seguridad y justicia”, al que pertenece la República Federal Alemana, ha de realizarse en un orden de libertad y no puede inaugurar el camino hacia un (¿nuevo?) “orden de poder mundial” (*Weltgewaltordnung*)⁵⁹.

57. BVerfGE 109, 279 y 314.

58. Así, no obstante, Christof Gramm, “Der wehrlose Verfassungsstaat?” en: *DVBl.* 2006, pp. 653, 661. En sentido similar, Hillgruber (*supra* nota 20), p. 215. También falla el reproche de autismo constitucional y de una “exégesis constitucional introvertida y legalista”, que hace Josef Isensee, “Not kennt Gebot”, en: *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, de 21 de enero de 2008, Nr. 17, p. 10. Pues Isensee parte de una valoración superior del deber de protección frente a la función defensiva de los derechos de libertad, que no se puede fundamentar constitucionalmente. Irremisiblemente concluye en el cálculo (¡estimación!) y enumeración de las víctimas.

59. Vid. sobre esto el “Informe” de Denninger en *KJ* 2005 (*supra* nota. 52), pp. 359 y ss. También allí, pp. 364 y ss., la crítica a las tesis de Karl Otto Hondrich, que ha puesto en discusión el concepto de “orden de poder mundial”.

