

# Seguridad y Libertad en la legislación alemana del tratamiento policial de la información: la posición del Tribunal Constitucional Federal<sup>1</sup>

Maribel González Pascual  
*Universitat Pompeu Fabra*

*SUMARIO:* I. INTRODUCCIÓN. II. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN FRENTE A LA AMENAZA TERRORISTA. III. EL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA. 3.1. *Los imperativos de su carácter de derecho fundamental.* 3.2. *La confidencialidad e integridad de los sistemas informáticos.* IV. EL «PELIGRO» COMO PREMISA DE LA INTERVENCIÓN POLICIAL. V. LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN COMO ESPACIO DE EJERCICIO DE LOS DERECHOS.

## I. INTRODUCCIÓN

La protección de los ciudadanos frente al terrorismo es uno de los grandes retos del poder público. Sentar las bases para que la persecución de dicho fin no implique una pérdida de derechos es una tarea urgente del derecho constitucional. El terrorismo, los delitos de capitales, el tráfico de drogas y personas, y la movilidad internacional de las organizaciones criminales han cambiado las

---

<sup>1</sup> El presente trabajo es fruto de la investigación llevada a cabo en abril de 2006 en el Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. Agradezco los valiosos comentarios de Alejandro Saiz Arnaiz y Rafael Bustos Gisbert que sin duda han permitido mejorar el original.

fronteras de algunos derechos de libertad, especialmente las del derecho a la autodeterminación informativa<sup>2</sup>.

El derecho a la autodeterminación informativa nace para proteger al ciudadano frente al Estado y el poder económico, pero el empleo de la informática con fines delictivos ha hecho surgir una nueva perspectiva. Es innegable que las organizaciones criminales emplean las comunicaciones electrónicas y los medios de la sociedad de la información para cometer sus delitos. Como consecuencia lógica se han incrementado las competencias de las fuerzas de seguridad en el ámbito de la sociedad de la información<sup>3</sup>. En la actualidad, la recopilación y tratamiento de la información es básica en la prevención y persecución de los delitos<sup>4</sup>, ya que los avances de la informática y la digitalización permiten crear una «infraestructura apta para la vigilancia»<sup>5</sup> considerada por muchos fundamental para reprimir los atentados terroristas<sup>6</sup>. Pero la posibilidad de que al hilo de las nuevas potestades policiales se desborden los límites constitucionales de la libertad de autodeterminación informativa es una realidad. No en vano, el derecho a la autodeterminación informativa ha sido el más afectado por el auge de la legislación antiterrorista<sup>7</sup>, hasta el punto de que cada vez hay más normas sobre dicho derecho pero sus garantías han perdido paulatinamente eficacia.

Los atentados del 11-S golpearon tan fuerte en la identidad colectiva que proyectos de ley antes impensables ha sido fervientemente defendidos y en algunos casos aprobados<sup>8</sup>. En este sentido destacan las medidas aprobadas en la RFA bajo la gráfica denominación de «Antiterrorpaket»<sup>9</sup>. En lo que concierne al derecho a la autodeterminación informativa el Tribunal ha declarado recientemente la inconstitucionalidad de diversos preceptos de cuatro leyes en mate-

<sup>2</sup> Tomamos esta denominación por su aceptación en la doctrina alemana, si bien no se sigue en otros sistemas jurídicos. Así este derecho se ha englobado bajo conceptos como el de la *privacy* o *riservatezza*. En el caso español ha sido la denominación protección de datos personales la que ha gozado de mayor consenso. Sobre dicha polémica en derecho español y comparado, SERRANO PEREZ, M. M., *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado*, Civitas, 2003, pp. 33 y ss.

<sup>3</sup> HOFFMANN-RIEM, W., «Informationelle Selbstbestimmung in der Informationsgesellschaft - Auf dem Wege zu einem neuen Konzept des Datenschutzes», *AöR*, 1998, p. 518.

<sup>4</sup> KUGELMANN, D. «Der polizeiliche Gefahrenbegriff in Gefahr?», *DöV*, 2003, p. 781.

<sup>5</sup> HOFFMANN-RIEM, W., «Freiheit und Sicherheit im Angesicht terroristischer Anschläge», *ZRP*, 2002, p. 497.

<sup>6</sup> BULL, H. P., *Datenschutz, Informationsrecht und Rechtspolitik*, Duncker & Humblodt, Berlin, 2005, p. 295. Horn, H. D. «Vorbeugende Rasterfahndung und informationelle Selbstbestimmung», *DöV*, 2003, pp. 746-747. VOLKMANN, U., «Die Verabschiedung der Rasterfahndung als Mittel der vorbeugenden Verbrechensbekämpfung», *Jura*, 2007, pp. 136-137.

<sup>7</sup> RUDOLF, W., «Sicherheit und Grundrechte», *Der Staat des Grundgesetzes-Kontinuität und Wandel*. BRENNER, M., HUBER, P. UND MÖSTL, P. (Hrsg.), Mohr Siebeck, 2004, p. 464. DENNINGER, E. «Freiheit durch Sicherheit?», *KJ*, 2002, p. 473.

<sup>8</sup> HOFFMANN-RIEM, W., «Freiheit...» ob. cit., p. 498.

<sup>9</sup> SAURER, J., «Die Ausweitung sicherheitsrechtlicher Regelungsansprüche im Kontext der Terrorismusbekämpfung» *NVwZ*, 2005, pp. 275 y ss. y ROGGAN, B. «Die neue Sicherheitsarchitektur» der Bundesrepublik Deutschland-Anti-Terror-Datei, gemeinsame Projektdateien und Terrorismusbekämpfungsergänzungsgesetz», *NJW*, 2007, pp. 879 y ss.

ria antiterrorista por vulneración del mismo. Con dichas sentencias vuelve el Bundesverfassungsgericht a ser pionero en la defensa de los derechos ante los avances de la informática. El análisis de dichas sentencias, sus antecedentes y la discusión dogmática subyacente es el objeto de este estudio.

## II. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN FRENTE A LA AMENAZA TERRORISTA

La libertad de los ciudadanos empieza necesariamente en la seguridad de los mismos, primera y última fuente de legitimidad del Estado<sup>10</sup>. Los ciudadanos han renunciado a la autodefensa concediéndole al poder público el monopolio de la fuerza, y el Estado está obligado a salvaguardar la seguridad pública y, con ella, los derechos de los ciudadanos<sup>11</sup>. De este modo, en el marco del Estado constitucional los poderes públicos tienen una doble tarea frente a los derechos, la de no interferir y, paralelamente, la de protegerlos frente a los ataques de terceros. La discusión doctrinal sobre la relación entre ambas dimensiones de los derechos y el camino a seguir en caso de conflicto había caído en el olvido pero las leyes antiterroristas han traído al debate constitucional la cuestión de la tarea del Estado como defensor de los ciudadanos frente a terceros<sup>12</sup>.

La doctrina ha buscado diferentes formas de fundamentar las potestades estatales para alcanzar dicho fin, así se ha afirmado que están implícitas en la Constitución, que se desprenden de la vinculación de los poderes públicos a la Constitución<sup>13</sup> o que son una consecuencia de los propios derechos fundamentales, postura mayoritaria en la doctrina y seguida por el Bundesverfassungsgericht<sup>14</sup> de manera que los bienes jurídicos contenidos en los derechos concretan esta obligación estatal<sup>15</sup>.

Los derechos fundamentales se definen en primer lugar como derechos de libertad que determinan la esfera del individuo frente al Estado, siendo esta función «negativa» innegable. Sin embargo, su configuración estricta como derechos de defensa se consideró insuficiente, aumentando paulatinamente las funciones que se les conferían con base en la dimensión objetiva de los derechos. Sobre esta base se van a reconocer los derechos a actuaciones del Estado tanto para garantizar la participación del ciudadano en las diversas esferas como a prestaciones sociales en sentido estricto, como a una organización y procedi-

---

<sup>10</sup> DI FABIO; «Sicherheit in Freiheit», *N/W*, 2008, p. 422.

<sup>11</sup> KLEIN, E. «Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates» *N/W* 1989, p. 1636.

<sup>12</sup> CALLIES, Ch. «Die Grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis», *JZ*, 2006, p. 321.

<sup>13</sup> De este modo sería una consecuencia del art. 1.3 GG, correlato del art. 9.1 CE.

<sup>14</sup> BVerfGE 49, 24 (56-57).

<sup>15</sup> ISENSEE, J., «Das Grundrecht als Adwehrecht und als staatlich Schutzpflicht», *HdBStR, Band V*, ISENSEE, J. und KIRCHHOF, P., Müller Juristischer, Heidelberg, 1997, pp. 186-187.

mientos adecuados para la consecución de los derechos<sup>16</sup>. En esta evolución se «redescubren» los derechos a la protección<sup>17</sup>.

Todos los derechos fundamentales poseen dos dimensiones, una como derechos de defensa y otra como derechos a protección. La dimensión negativa del derecho fija la libertad del ciudadano frente al Estado y garantiza que no actúe sin una base jurídica. En cuanto al derecho a protección se materializa en la actuación del Estado a favor del derecho fundamental frente al ataque de un tercero. Pero ambas dimensiones velan por el mismo bien jurídico. En el derecho como libertad negativa el Estado es el enemigo potencial, en el derecho a protección es otro particular, sin embargo el obligado en ambos casos es el Estado<sup>18</sup>. Esta es la teoría de la relación triangular en la que el Estado está en un vértice, en otro el ciudadano al que le corresponde la protección (la «víctima») y en el otro el favorecido por la libertad negativa (el «perturbador»)<sup>19</sup>. En consecuencia, el Estado puede vulnerar los derechos porque actúe en la esfera privada o porque no la protege<sup>20</sup>

Lógicamente esta construcción es el resultado del reconocimiento de una dimensión objetiva en los derechos que obliga a todos los poderes públicos a hacer posible la realización de los mismos, incluyendo la defensa de los bienes jurídicos que implican<sup>21</sup>. La gran pregunta es si los derechos a protección y las libertades negativas poseen una estructura jurídica similar. Porque si el derecho a protección está reconocido en la Constitución al máximo nivel goza de su eficacia, siendo un llamamiento directo al legislador, pero también a la administración y poder judicial<sup>22</sup>. Si el fundamento del derecho a protección es la norma que reconoce el derecho, podría tener el mismo valor que su dimensión de defensa.

<sup>16</sup> HESSE, K. «Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland», *EuGRZ*, 1978, pp. 431 y ss.

<sup>17</sup> KLEIN, E., ob. cit., p. 1633. Se «redescubren» porque los derechos a protección se encuadran en la tradición liberal de los derechos en cuanto su fundamentación reside en el modelo contractualista del Estado. La renuncia a la autodefensa sólo se comprende si el particular recibe protección por parte del poder público. ALEXI, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2001, p. 440.

<sup>18</sup> Esta teoría guarda una profunda relación con la conocida construcción de la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales en el constitucionalismo alemán. Los derechos fundamentales en cuanto derechos subjetivos son oponibles frente a los poderes públicos no así frente a los particulares. Sin embargo, al ser valores superiores del ordenamiento deben desplegar su eficacia en el conjunto del ordenamiento, también sobre el que regula las relaciones estrictamente entre particulares. De este modo, se legitima con base en los propios derechos la potestad del poder público de mantenimiento de la paz social, mediante la «ficción» de considerar que los conflictos entre dos particulares son, en realidad, el conflicto de cada uno de ellos con el Estado. KLEIN, E. ob. cit., pp. 1639-1640.

<sup>19</sup> CALLIES, Ch., ob. cit., p. 326.

<sup>20</sup> ISENSEE, J, ob. cit., p. 145.

<sup>21</sup> Sobre las implicaciones de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales en la fijación de las funciones que han de cumplir, véase *in totum* JARAS, H. D., «Funktionen und Dimensionen der Grundrechte», *Handbuch der Grundrechte. Band II*, MERTEN, D. und PAPIER, H. J. (Hrsg), Müller, Heidelberg, 2006, pp. 625 y ss.

<sup>22</sup> WAHL, R. und MASING, J., «Schutz durch Eingriff», *JZ*, 1990, p. 556.

La doctrina mayoritaria ha defendido la existencia de un derecho subjetivo a la protección frente al poder público<sup>23</sup>, pero paralelamente reconoce sus problemas de justiciabilidad ya que no conlleva un derecho a una medida concreta<sup>24</sup>. Esto relativiza ese carácter de derecho subjetivo accionable frente al poder público<sup>25</sup>. No en vano la dimensión negativa de los derechos es terreno abonado para la dogmática, el punto de partida, desde el que se juzgan las dimensiones y alcance de los derechos, también su vis como derechos a protección<sup>26</sup>.

En su dimensión negativa el derecho fundamental es un derecho subjetivo que puede reclamarse pero como derecho de defensa precisa ser desarrollado por ley, tanto para conseguir su objetivo, como para legitimar la interferencia en el derecho del otro particular. De una parte, se trata de la clásica necesidad de una ley con legitimidad democrática para interferir en los derechos. De la otra, el derecho a protección abstracto debe ser concretado, mediante la selección del medio adecuado en la ley. De esta manera estamos ante una tarea estatal en sentido objetivo que deriva del derecho subjetivo del particular. Mientras que las libertades negativas son, desde el principio, concebidas como derechos subjetivos<sup>27</sup>, el derecho a protección se fundamenta y es obra de la interpretación<sup>28</sup>.

En esta labor de concretar el derecho a protección y establecer su relación con el derecho de no injerencia es una referencia indispensable la obra de Isensee que intenta elaborar un esquema básico a seguir en la búsqueda de un equilibrio. Así, la premisa es la vulneración o amenaza del ámbito protegido de un derecho, con la consiguiente obligación de protegerlo. El destinatario de esta obligación es el poder público en el marco de sus competencias y conforme a los límites habituales de sus potestades. No implica una competencia para la injerencia en el derecho, sino una tarea pública a cumplir conforme a competencias previamente existentes. El objetivo a proteger depende de la sensibilidad del bien en peligro, de la intensidad y tipo de vulneración, así como de la capacidad de defensa del sujeto afectado. La tarea del Estado se limita a las posibilidades reales, en otros términos, la seguridad absoluta es un fin inalcanzable. Además hay un estándar mínimo que no puede ser cruzado por la norma que pretende proteger el derecho.

Por último, el legislador tiene libertad para elegir el medio pero debe ser efectivo, suficiente y cumplir las exigencias del derecho constitucional, es decir,

---

<sup>23</sup> ERICHSEN, H. U., «Grundrechtliche Schutzpflichten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», *Jura*, 1997, p. 85.

<sup>24</sup> En esta línea, la conocida obra de Lübke Wolz ponía de relieve que la discusión acerca de si los derechos fundamentales eran sólo libertades negativas o implicaban una obligación estatal de hacer era meramente nominal. El problema real reside en la diferente justiciabilidad de una acción pública y una omisión pública. LÜBBE-WOLZ, G. *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte*, Nomos, Baden-Baden, 1988, pp. 34 y ss.

<sup>25</sup> CALLIES, Ch, ob. cit., pp. 327-329.

<sup>26</sup> ISENSEE, J., ob. cit., p. 155.

<sup>27</sup> ISENSEE, J., ob. cit., p. 148.

<sup>28</sup> ISENSEE, J., ob. cit., p. 154.

las competencias en el ámbito federal, las potestades de cada órgano, la reserva de ley, y todas las exigencias del Estado de derecho, especialmente los derechos de terceros que pueden ser afectados por la medida.

En un platillo de la balanza están las exigencias constitucionales derivadas de los derechos del que provoca la vulneración del derecho, en el otro los derechos de la víctima protegidos por las demandas del mínimo inviolable<sup>29</sup>. Frente al «perturbador» el Estado tiene la obligación de no excederse en las injerencias en su derechos, frente a la víctima la de evitar la disminución de sus derechos más allá de lo intolerable.

Asimismo, a la hora de valorar la adecuación del medio, cabe exigir una constatación por parte del legislador de que existe un riesgo, categoría más incierta que la de peligro, que otorga al legislador una mayor libertad<sup>30</sup>. El control judicial de esta concreción del legislador debe partir de la igualdad entre ambas dimensiones del derecho. Si en la esfera del deber de defensa sólo puede realizarse un control de la evidencia, tampoco puede llevarse a cabo un análisis riguroso del contenido desde la comprensión del derecho como libertad negativa, aún cuando fuese factible. Ya que sólo así se conseguirá la adecuación simetría entre los derechos del «perturbador» y la «víctima»<sup>31</sup>.

El conflicto entre los derechos del afectado y el que causa la vulneración o amenaza no se resuelve mediante el recurso a la ponderación, ya que el disfrute del derecho presupone el mantenimiento de la paz social. Se debe llevar a cabo una concreción del espacio del derecho, en otros términos, debe delimitarse el derecho que debe preservarse, no ponderarse con el de la víctima<sup>32</sup>. Distinto es el supuesto de terceros no implicados afectados por la medida<sup>33</sup>. Ahora bien, si el deber de protección nace en la norma que reconoce el derecho, y tiene el mismo valor que su dimensión negativa, el resultado de su confrontación con otro derecho dependerá del rango de cada derecho, en el caso de amenazas o vulneración del derecho a la vida humana, ésta tiene un rango superior<sup>34</sup>.

Si se aplica este esquema a las potestades de las fuerzas de seguridad del Estado frente a los grupos terroristas, el primer paso es constatar que existe una situación de amenaza a la seguridad pública que, en el caso del terrorismo, se concreta en el derecho a protección del derecho a la vida e integridad física<sup>35</sup>. Este sería el primer derecho implicado. Para defender dicho derecho los medios que otorga la sociedad de la información se consideran imprescindibles,

---

<sup>29</sup> ISENSEE, J., ob. cit., p. 191.

<sup>30</sup> ISENSEE, J., ob. cit., p. 199.

<sup>31</sup> CALLIES, Ch, ob. cit., p. 330.

<sup>32</sup> ISENSEE, J., ob. cit., p. 236.

<sup>33</sup> ISENSEE, J., ob. cit., p. 243.

<sup>34</sup> CALLIES, Ch, ob. cit., p. 327).

<sup>35</sup> De hecho el Tribunal ha reconocido el derecho a la protección sin ambages sólo respecto del derecho a la vida y a la integridad física, respecto de otros derechos su posición ha sido calificada de «tímida», ERICHSEN, H. U., ob. cit., p. 86-87.

aunque impliquen una injerencia del poder público en el derecho a la autodeterminación informativa<sup>36</sup>. Este sería el segundo derecho implicado.

Si las medidas sólo afectan el derecho a la autodeterminación informativa del causante de la vulneración o la amenaza, el legislador no necesita llevar a cabo una ponderación, sólo ha de respetar un mínimo intangible, que en el sistema alemán se cristaliza en la dignidad humana. En el caso de que afecte al derecho a la autodeterminación informativa de terceros, aunque el legislador dispone de un margen de apreciación, debe justificar la selección concreta del medio de acuerdo con las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad.

No obstante, en todo caso, los dos derechos en conflicto serían el derecho a la vida y el derecho a la autodeterminación informativa. Al ser el primero de rango superior, legitima las injerencias en otros derechos constatada la existencia de un riesgo, no cabe exigir un peligro concreto. De este modo, si se parte de una simetría entre el derecho a protección y el derecho como libertad negativa, ante el riesgo de un ataque terrorista, el derecho a la vida se impondría de manera palmaria al derecho a la autodeterminación informativa.

Frente a esta construcción se ha enfatizado recientemente que el Estado debe proteger una sociedad de hombres libres<sup>37</sup>. En realidad las grandes fuentes de legitimación del poder son, junto con la seguridad, la libertad y la igualdad, y su legitimación final frente a los ciudadanos depende del equilibrio que sea capaz de alcanzar entre los distintos valores. Ciertamente los valores no están completamente fijados sino que dependen de la concepción de la propia sociedad, las posibilidades económicas y las situaciones reales de peligro<sup>38</sup>.

Sin embargo, pese a que la teoría del elemento objetivo de los derechos pueda ser el gran hallazgo doctrinal en el constitucionalismo alemán de posguerra<sup>39</sup>, hasta los mayores defensores de su virtualidad y actualidad afirman que cualquier constitución que defienda la libertad otorga primacía a la dimensión negativa de los derechos fundamentales<sup>40</sup>. Es precisa una labor rigurosa de concreción de los valores concurrentes que permita alcanzar un equilibrio. El resultado no ha de favorecer indefectiblemente al derecho como libertad negativa, pudiendo prevalecer el derecho de protección<sup>41</sup>, pero debe seguirse el esquema clásico en cuanto al control de las actuaciones del poder público. En otros términos, respeto absoluto a la dignidad humana, a la reserva de ley, y cumplimiento estricto del principio de proporcionalidad.

---

<sup>36</sup> BULL, H. P., ob. cit., pp. 296 y ss.

<sup>37</sup> DI FABIO, U., ob. cit., p. 422.

<sup>38</sup> HOFFMAN-RIEM, W., «Freiheit und..», ob. cit., p. 498.

<sup>39</sup> WAHL, R. «Die objektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte im internationalen Vergleich», *Handbuch der Grundrechte. Band II*, ob. cit., p. 746.

<sup>40</sup> DI FABIO, U., «Zur Theorie eines grundrechtlichen Wertesystems», *Handbuch der Grundrechte. Band II*, ob. cit., p. 1049.

<sup>41</sup> Posibilidad que el *Bundesverfassungsgericht* ha aceptado recientemente Sentencia de 15. Febrero. 2006. (Absatz 150) <[http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20060215\\_1bvr035705.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20060215_1bvr035705.html)>

Como pusiera de relieve Schlink, defender la existencia de una libertad preestatal protegida mediante una serie de límites no implica hablar del particular en una esfera sin Estado en la que vería más respetadas sus libertades. Es preestatal la libertad cuyo uso no debe ser justificado, mientras que el Estado debe justificar su intervención. Este diferente reparto de la obligación de fundamentación de los propios actos es el punto neurálgico del principio de separación de poderes del Estado de derecho. La libertad no debe ser, como principio general, justificada pero cualquier límite a la misma sí, y hay un conjunto concreto de posibilidades de justificación. Cuanto más deficitarias son las condiciones de la vida en comunidad más numerosos son los fines legítimos por cuya consecución el legislador puede utilizar su potestad configuradora y, además, limitar los derechos, pero insistir en la dimensión de los derechos a protección no puede conllevar ni recortar el desarrollo de las libertades en un Estado social, ni obviar los problemas de la vida en comunidad<sup>42</sup>.

### 3. EL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA

No puede estudiarse el derecho a la autodeterminación informativa en Alemania sin recordar la famosa sentencia sobre la ley del censo. Dicha ley no despertó ninguna polémica en la clase política pero sí en la sociedad<sup>43</sup> siendo objeto de recurso de amparo ante el Bundesverfassungsgericht. Se puso de manifiesto de este modo el temor de la sociedad alemana a convertirse en «hombres de cristal» que, sometidos a continua vigilancia, sienten que todas sus decisiones e, incluso, sus rasgos más característicos pueden ser dados a conocer sin su consentimiento<sup>44</sup>.

Tras una compleja evolución jurisprudencial<sup>45</sup>, el Bundesverfassungsgericht construye el derecho a la autodeterminación informativa como derecho fundamental autónomo en la citada sentencia. Para ello toma como herra-

<sup>42</sup> SCHLINK, B., «Freiheit durch Eingriffsabwehr. Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion», *EuGRZ*, 1984, pp. 467-468.

<sup>43</sup> SCHLINK, B. «Das Recht der informationellen Selbstbestimmung», *Der Staat*, 1986, pp. 233-34.

<sup>44</sup> HAVERKATE, G., «Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem», *VVDStRL*, 1987, p. 247.

<sup>45</sup> El Bundesverfassungsgericht comenzó insertando el derecho a la autodeterminación normativa en el derecho a la intimidad. En un momento posterior elabora la teoría de las esferas, conforme a la cual hay tres esferas: la más interna del individuo, la privada en sentido amplio y la social, disfrutando de un nivel de protección cada vez menor. Esta jurisprudencia comienza a superarse con la sentencia Mikrocensus, en la que el Tribunal reconoce los peligros que encierra para el individuo el acceso por otros sujetos a todo un conjunto de datos de su persona siendo «cosificado», motivo por el cual amplía el concepto de vida privada. El punto álgido de esta evolución será la sentencia sobre la ley del censo, en la que se reconoce la entidad propia del derecho de autodeterminación informativa. Sobre esta evolución ALBERS, M. *Informationelle Selbstbestimmung* Nomos, Baden-Baden, 2005, pp. 140 y ss. ARENAS RAMIRO, M. *El derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 381 y ss. También en España el derecho a la protección de datos chocó con fuertes resistencias para desgajarse como derecho independiente del derecho a la intimidad, siendo reconocida su reconocimiento como derecho autónomo a partir de la STC 254/ 1993. Un análisis de esta evolución jurisprudencial en, LUCAS

mientas indispensables la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad recogidos en los arts 1 y 2 de la Grundgesetz respectivamente.

La información sobre los particulares, afirma, se almacena actualmente en ficheros que pueden contener un número ilimitado de datos y en segundos transferirse a otros organismos, para ser objeto de un tratamiento que permita, incluso, trazar el perfil de los ciudadanos sin que tengan conocimiento de este hecho. Esta posibilidad antes no existía y ejerce una enorme presión sobre los particulares que desconocen exactamente qué información circula sobre ellos, en qué esferas y con qué fin. Esta inseguridad perjudica la capacidad de actuar y decidir en libertad, porque quien teme que sus actos estén siendo anotados, registrados, analizados y divulgados renuncia a cualquier comportamiento que pueda conllevar dichas consecuencias. De este modo no es libre para actuar ni para decidir, pierde su capacidad de autodeterminación. La consecuencia es una disminución del desarrollo personal y social del conjunto de la sociedad democrática, ya que la autodeterminación en las decisiones y actuaciones de los individuos que la conforman constituye su propia esencia.

En conclusión, el libre desarrollo de la personalidad exige como premisa la protección frente a una ilimitada recogida, almacenamiento, tratamiento y transferencia de datos personales. Las oportunidades de tratamiento de la información que ofrece la informática amplían el alcance de los datos personales, ya no se protege sólo el dato aislado, sino también la puesta en común de datos aparentemente inocuos, porque esta operación permite trazar el perfil del propio individuo arrebatándole su anonimato. De ahí que estos datos deban ser almacenados con un fin que debe ser predeterminado por el legislador y conocido por el individuo. El particular debe saber quién, cuándo, cuáles y con que propósito dispone de sus datos. La información del ciudadano debe ser la regla y la determinación del fin con el que se almacenan es indispensable, el cual no puede modificarse más que mediante otra ley<sup>46</sup>. Almacenar datos que no sean anónimos con fines indeterminados o por determinar es absolutamente incompatible con el reconocimiento de este derecho. Derecho que, en cuanto derecho fundamental, goza de las garantías derivadas de la reserva de ley y del principio de proporcionalidad<sup>47</sup>.

Esta magnífica construcción tuvo algunas críticas de tono menor en la doctrina alemana<sup>48</sup> siendo en general aplaudida y hasta la fecha mantenida por el Bundesverfassungsgericht<sup>49</sup>. Dicha sentencia fijó que la protección de datos

---

MURILLO DE LA CUEVA, P., «La construcción del derecho a la autodeterminación informativa», *REP*, núm. 194, 1999, pp. 42 y ss

<sup>46</sup> KUTSCHA, M., «Datenschutz durch Zweckbindung-ein Auslaufmodell?», *ZRP*, 1999, p. 157.

<sup>47</sup> BVerfGE 65, 1(42-46).

<sup>48</sup> Al respecto, con abundante cita bibliográfica, SCHLINK, B., «Das Recht...», ob. cit., p. 234.

<sup>49</sup> Asimismo ejerció una innegable influencia en la jurisprudencia de nuestro TC. Al respecto el *leading case* es la STC 292/ 2000. Aunque la sentencia cita como avales la jurisprudencia del TEDH y la normativa comunitaria, como a la CDFUE, es de orientación claramente germana. El TC reconoce que el particular tiene un haz de derechos de disposición sobre sus datos personales, que no se identifican con la esfera privada, este derecho se conecta a la necesidad de conocer el fin con el que se almacenan esos datos. Este nuevo derecho fundamental es consecuencia, va a decir el TC de la necesidad de garantizar «la esfera de los

atañe directamente la garantía de los derechos fundamentales, en concreto el libre desarrollo de la personalidad, tratándose de un derecho autónomo pese a su no reconocimiento explícito en la Grundgesetz<sup>50</sup>.

Es indudable que los avances informáticos han implicado que la temida sociedad de hombres de cristal sea ahora aún más probable por eso se ha defendido que esta jurisprudencia del Bundesverfassungsgericht es particularmente necesaria<sup>51</sup>. Sin embargo ya en los años 80 surgió el debate acerca de un posible conflicto entre la autodeterminación informativa del particular y las demandas de la seguridad pública de la sociedad<sup>52</sup>. En este sentido en el año 2001 las agencias de protección de datos, tanto de los Länder como del Bund advirtieron de las excesivas competencias de la policía en relación con los datos personales de los ciudadanos<sup>53</sup>.

El Bundesverfassungsgericht fija su posición respecto a los límites que el derecho de autodeterminación informativa implica para la política antiterrorista a propósito de diversas leyes aprobadas por los Länder de Nordrhein-Westfalen, Hessen y Schleswig-Holstein. Se trata de las conocidas como leyes de «peinado» de los archivos, cotejo de matrículas e investigación on-line. La última de estas sentencias lleva al Tribunal a analizar el impacto de los avances informáticos y de Internet en la vida diaria de los ciudadanos, marcando una jurisprudencia claramente novedosa que justifica un análisis en cierta medida separado de la misma.

### 3.1. *Los imperativos de su carácter de derecho fundamental*

Las leyes sobre «peinado de archivos» son objeto de la sentencia de 4 de abril del 2006<sup>54</sup>. Esta técnica de investigación policial rastrea los ficheros auto-

---

*bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada, inextricablemente unidos al respeto de la dignidad personal»* (FJ 6.º) De modo que como consecuencia del desarrollo de la personalidad y la dignidad humana, se afirma expresamente que en el art. 18.4 CE se recoge un nuevo derecho, la protección de datos personales. Y este derecho tiene como límites el al contenido esencial, la reserva de ley y el cumplimiento del principio de proporcionalidad. El paralelismo con la jurisprudencia del Bundesverfassungsgericht difícilmente podría ser mayor.

<sup>50</sup> HOFFMANN-RIEM, W., «Informationelle...» ob. cit., p. 519. El derecho a la autodeterminación informativa se mantiene como derecho de creación jurisprudencial sin anclaje constitucional en el plano federal, pero las Constituciones de los Länder sí han recogido expresamente este derecho. En este sentido han sido particularmente activas las Constituciones de los Länder que conformaban la RDA. Los llamados «nuevos Länder» regularon exhaustivamente este derecho, siendo una idea compartida en los mismos la necesidad de su reconocimiento constitucional. Las experiencias de vigilancia y espionaje de la propia ciudadanía por parte de la Stasi jugaron un importante papel en esta preocupación por garantizar la libertad de los ciudadanos frente a las potestades públicas de obtención de información. Al respecto, VOGELGESANG, K. «Verfassungsregelungen zum Datenschutz», *Computer und Recht*, 1995, pp. 554 y ss.

<sup>51</sup> RONELLENFITSCH, «Datenschutzrechtliche Schranken bei der Terrorismusbekämpfung», *DuD*, 2007, p. 562.

<sup>52</sup> GUSY, Ch, ob. cit., p. 52.

<sup>53</sup> RUDOLF, W., ob. cit., p. 471.

<sup>54</sup> BVerfG, 1 BvR 518/02 vom 4.4.2006, Absatz-Nr. (1-184), <[http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20060404\\_1bvr051802.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20060404_1bvr051802.html)>

matizados de datos en la búsqueda de posibles sospechosos conforme a una serie de criterios que concurrirían en los miembros de los grupos terroristas. De este modo se «peinan» los archivos accediendo a los datos de ciudadanos sin que exista, en principio, la menor sospecha sobre ellos. Esta técnica se reguló en Alemania en los 70 en el marco de la lucha antiterrorista pero apenas se había usado hasta el 11-S.

Tras dichos atentados las autoridades policiales de los Länder, con la cooperación del ministerio del interior federal, emplearon esta técnica para hallar posibles miembros de células islamistas durmientes. Con dicho fin se almacenaron, trataron, transfirieron y cruzaron datos de universidades, censos y registros de extranjeros, conforme a los siguientes criterios: hombre, entre 18 y 40 años, estudiante o antiguo estudiante, musulmán, que haya nacido o tenga la nacionalidad de países de mayoría musulmana. En definitiva, un conjunto de características que concurrían en los que prepararon el atentado en USA, algunos de los cuales vivían en Alemania

En cuanto al cotejo de matrículas en sentencia de 11 de marzo del 2008<sup>55</sup> se juzgan las leyes de Hessen y Schleswig-Holstein que, en el marco de la lucha antiterrorista, prevenían el almacenamiento y cotejo de números de matrículas seleccionadas al azar. Con este fin los coches eran grabados mediante una videocámara, se extraía el número de la matrícula y se volcaba en los ficheros de la policía. Si se conseguía alguna coincidencia la policía recibía un aviso, si no la había los datos del coche eran cancelados y desaparecían de los archivos. Los aparatos de video vigilancia podían ser móviles o fijos, los que estaban fijos podían tomar los datos en ambas direcciones, es decir, también cuando el coche regresaba. Estas grabaciones no sólo afectaban al número de la matrícula sino que también eran grabados los ocupantes del coche.

El Bundesverfassungsgericht reitera sin modificaciones su jurisprudencia sobre el derecho a la autodeterminación informativa como derivación del libre desarrollo de la personalidad. El ciudadano, para ser libre, necesita determinar o, al menos, saber qué información concerniente a su persona está disponible en las distintas esferas. Con este fin, el derecho a la autodeterminación informativa protege frente a ilimitados almacenamientos, tratamientos y transferencias de datos que se refieran a un individuo o que puedan ser individualizados<sup>56</sup>. Conforme a esta definición las técnicas de peinado de los archivos son susceptibles de interferir en el derecho, ya que permiten a la policía almacenar, tratar y transferir datos<sup>57</sup>. Esta posible interferencia es particularmente evidente porque los datos que se almacenan, en algunos casos, son datos sensibles<sup>58</sup>.

Pero dado que no existen datos inocuos *per se* el tratamiento de los números de matrícula puede llevar una lesión del derecho. No habría amenaza al

---

<sup>55</sup> BVerfG, 1 BvR 2074/05 vom 11.3.2008, Absatz-Nr. (1-185), <[http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20080311\\_1bvr207405.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20080311_1bvr207405.html)>

<sup>56</sup> BVerfG, 1 BvR 518/02 vom 4.4.2006 Absätze 68-69.

<sup>57</sup> BVerfG, 1 BvR 518/02 vom 4.4.2006 Absatz 70.

<sup>58</sup> BVerfG, 1 BvR 518/02 vom 4.4.2006. Absatz 72.

derecho si, contrastadas las matrículas con los ficheros policiales, y permaneciendo siempre los datos como datos anónimos, se destruyen<sup>59</sup>. Sin embargo, si se produce la coincidencia, comienza un peligro concreto para la libertad de acción y la privacidad de la persona que el derecho a la autodeterminación informativa protege<sup>60</sup>. Saber a qué hora pasa un coche y por dónde implica dar a conocer al poder público las actividades del dueño del coche e, incluso, las de sus acompañantes. Además no sólo se produce la filmación de ese momento sino que en un breve lapso de tiempo se recogen datos que pueden ser el fundamento de futuras medidas policiales<sup>61</sup>. La injerencia en el derecho de autodeterminación informativa es palmaria.

Paralelamente el Tribunal reconoce que existe un derecho a protección con base en el derecho a la vida por el que vela legislación antiterrorista. Este derecho contiene una obligación del Estado de defender la integridad física y la vida de los particulares, también frente a terceros<sup>62</sup>. Sin embargo, el Estado no puede desatender los derechos individuales implicados en esta acción de defensa, sino que debe ponderar en abstracto buscando el equilibrio entre los derechos en conflicto<sup>63</sup>. Debe respetar los límites a la posibilidad de injerencia en los derechos fundamentales, límites que también constriñen el alcance del deber de protección del Estado.

Los derechos fundamentales buscan preservar ante todo esferas de libertad de los individuos frente al poder público, son derechos de defensa frente al Estado. La función de los derechos fundamentales como valores del ordenamiento y los deberes derivados de dicha función fortalecen la eficacia de los derechos, pero su raíz es el significado primario del derecho fundamental como derecho de defensa<sup>64</sup>. En otros términos, los derechos fundamentales son, ante todo, libertades negativas y ésta es la dimensión que ha de primar. El paulatino reconocimiento de otras funciones de los derechos no empece el papel central de los derechos en sentido negativo, de manera que el sistema de derechos de la Grundgesetz está ante todo configurado por derechos de defensa frente al poder público<sup>65</sup>.

La concurrencia entre el derecho a la vida y la autodeterminación informativa no es tan sencilla de resolver, no estamos ante un derecho de carácter primario y fundamental, como el derecho a la vida, frente a otro derecho de «menor valor». El Estado, con el fin de salvaguardar la seguridad pública, fin legítimo que busca preservar la vida e integridad física de los ciudadanos, toma una serie de medidas susceptibles de interferir en la autodeterminación informativa. Este es el derecho fundamental implicado. Por supuesto el derecho

<sup>59</sup> BVerfG, 1 BvR 2074/05 vom 11.3.2008. Absätze 68-69.

<sup>60</sup> BVerfG, 1 BvR 2074/05 vom 11.3.2008 Absatz 71.

<sup>61</sup> BVerfG, 1 BvR 2074/05 vom 11.3.2008 Absatz 73.

<sup>62</sup> BVerfG, 1 BvR 518/02 vom 4.4.2006. Absatz 92.

<sup>63</sup> BVerfG, 1 BvR 518/02 vom 4.4.2006. Absatz 88.

<sup>64</sup> BVerfG, 1 BvR 518/02 vom 4.4.2006. Absatz 129.

<sup>65</sup> SACHS, M. «Abwehrrechte» *Handbuch der Grundrechte. Band II*, ob. cit., p. 657.

autodeterminación no carece de límites que deben estar previstos en una ley que goce de las características de claridad y concreción, tener un fin constitucionalmente legítimo y respetar el principio de proporcionalidad.

Asimismo existe una serie de parámetros que determinan la importancia de una injerencia en el derecho de autodeterminación informativa tanto por su cualidad como por su intensidad. Es necesario tener en cuenta la información del sujeto que puede verse comprometida, tanto los datos aisladamente considerados como su puesta en común. Además será determinante si el sujeto ha llevado a cabo alguna conducta que justifique el almacenamiento de dichos datos o esta acción no deriva de la actividad concreta del particular. En el segundo caso cualquier individuo puede estar controlado y no puede evitarlo. No solamente puede ser elevado el número de sujetos implicados sino que la definición de los posibles afectados en un futuro es incierta<sup>66</sup>, una medida de alcance general tiene un mayor impacto en el derecho. Por último, es fundamental conocer qué actividades públicas pueden derivarse del tratamiento de los datos, para determinar las consecuencias para los individuos en la injerencia en su derecho a la autodeterminación informativa. No sólo es importante el tratamiento de datos concreto si no también las acciones públicas subsiguientes<sup>67</sup>.

Por tanto, para valorar la injerencia en el derecho debe tomarse en consideración cuantos titulares del mismo están siendo afectados, bajo que premisas y si su comportamiento ha generado esa actuación. Asimismo, es fundamental concretar si tras esas medidas el individuo sigue siendo anónimo, qué información personal ha sido afectada y qué consecuencias negativas pueden derivarse<sup>68</sup>.

Además, algunas de las medidas cuestionadas hacían posible que se trazase un perfil de las personas, algo vetado por el propio reconocimiento del derecho a la autodeterminación informativa<sup>69</sup>. Asimismo el fin de las medidas era tan amplio e indefinido que podía conllevar una observación policial de los ciudadanos, ya que podían usarse para perseguir delitos incluso antes de que hubiera una mera sospecha acerca de un ciudadano<sup>70</sup>. Esta indeterminación no sólo vulneraba la reserva de ley sino la importancia del fin en el reconocimiento del derecho, ya que debe fijarse con claridad si la medida pretende perseguir el delito o prevenirla<sup>71</sup>.

---

<sup>66</sup> Al respecto merece la pena reseñar como el Bundesverfassungsgericht toma en consideración el incremento de las medidas policiales en los últimos años. Este hecho ha intensificado la actividad policial en relación con los datos de que dispone, no sólo tiene información de personas encausadas, acusadas o sospechosas, también puede tener, por ejemplo, datos de testigos o de personas que se hayan podido relacionar con las personas inmersas en procesos, aunque ellos mismos no lo estén BVerfG, 1 BvR 2074/05 vom 11.3.2008. Absatz 102.

<sup>67</sup> BVerfG, 1 BvR 2074/05 vom 11.3.2008. Absätze 75-80.

<sup>68</sup> BVerfG, 1 BvR 518/02 vom 4.4.2006. Absätze 94-95.

<sup>69</sup> BVerfG, 1 BvR 518/02 vom 4.4.2006. Absatz 106.

<sup>70</sup> BVerfG, 1 BvR 2074/05 vom 11.3.2008. Absatz 149.

<sup>71</sup> BVerfG, 1 BvR 2074/05 vom 11.3.2008. Absatz 151.

En lo que respecta al conjunto de afectados, estas medidas convierten en sospechosos a grupos de personas con independencia de sus actos, sin que estén necesariamente relacionados con un hecho sucedido o susceptible de suceder. Se traza un perfil del posible actor en algunos delitos y se va mucho más allá de los márgenes habituales de las investigaciones policiales<sup>72</sup>. Es más, estas medidas pueden ser desconocidas para los afectados<sup>73</sup> y no se especifica si se van a usar para observar a medio o largo plazo<sup>74</sup>. El número de afectados es elevado e incierto.

En cuanto a los efectos, pueden implicar que algunos particulares sean discriminados u objeto de medidas estatales de entidad<sup>75</sup>. Incluso en el caso de los archivos policiales estamos ante el empleo de características personales como criterio diferenciador que, en algunos casos, están recogidas en el art. 3.3 *Grundgesetz* al hilo de la prohibición de discriminación. Es el caso evidente del empleo de la religión u origen de los ciudadanos para someterlos o no a una actuación policial<sup>76</sup>. Este hecho obliga ponderar en qué medida están siendo tratadas dichas personas de manera distinta en su derecho a la autodeterminación informativa<sup>77</sup>. Las actuaciones policiales derivadas de este almacenamiento de datos pueden llevar a que determinados grupos sean estigmatizados, al verse públicamente sometidos a persecución como sospechosos, con la posible repercusión, incluso, sobre su profesión o vida personal<sup>78</sup>.

Pero también en el caso de las matrículas pueden verse otros derechos afectados, ya que el lugar en el que se pueda encontrar el aparato de video vigilancia, y el conjunto de datos de los que la policía disponga pueden permitir no solamente conocer los movimientos de los ciudadanos sino otros comportamientos. Así, si están cerca de un lugar en el que se celebre una reunión la instalación de un aparato video vigilancia permitiría suponer la participación del ciudadano en la misma interfiriendo entonces la medida en el ejercicio del derecho de reunión<sup>79</sup>.

<sup>72</sup> BVerfG, 1 BvR 518/02 vom 4.4.2006. Absatz 105.

<sup>73</sup> BVerfG, 1 BvR 2074/05 vom 11.3.2008. Absatz 89.

<sup>74</sup> BVerfG, 1 BvR 2074/05 vom 11.3.2008. Absatz 119.

<sup>75</sup> BVerfG, 1 BvR 518/02 vom 4.4.2006. Absatz 107 Al respecto la sentencia relata como 140 estudiantes universitarios fueron interrogados en las dependencias policiales de Hamburgo por ser musulmanes, asimismo se les exigió la presentación de documentos como cuentas bancarias, credenciales como estudiantes, contratos de alquiler, de trabajo, justificantes de viajes o, incluso, tarjetas de miembros de asociaciones. El único criterio para someterlos a estas medidas fue su origen, sexo, edad y religión. Absatz 110.

<sup>76</sup> En este sentido se ha puesto de relieve que el principio de igualdad está sufriendo con estas medidas ya que en particular extranjeros y musulmanes son, por dicha circunstancia, objeto de un tratamiento diferenciado por parte del poder público. Esta circunstancia conlleva que se acentúe la seguridad, olvidando que en el Estado constitucional moderado la igualdad es también fuente central de legitimación del poder público. HOFFMAN-RIEM, W., «Freiheit..», p. 498.

<sup>77</sup> BVerfG, 1 BvR 518/02 vom 4.4.2006 Absatz 111.

<sup>78</sup> BVerfG, 1 BvR 518/02 vom 4.4.2006. Absatz 108.

<sup>79</sup> BVerfG, 1 BvR 2074/05 vom 11.3.2008. Absätze 88-89.

Pese a la importancia de estas injerencias en el derecho, tanto por su intensidad como por su cualidad, las normas no respetaban ni la reserva de ley ni el principio de proporcionalidad. Por lo que respecta a la reserva de ley la indeterminación de la norma que regulaba el cotejo de matrículas era tal que una interpretación conforme a la Constitución sería tanto como vaciar de contenido la propia reserva de ley<sup>80</sup>. Incluso era una indeterminación perseguida por el legislador, ya que del análisis del proceso legislativo el Tribunal deduce que, pese a que se puso de manifiesto la imprecisión de la norma, los legisladores quisieron «dejar la puerta abierta» para futuras medidas relativas a la criminalidad organizada<sup>81</sup>.

Además, tanto las medidas de peinado de archivos como el cotejo de matrículas eran contrarias al principio de proporcionalidad. En el caso de las matrículas afirma el Bundesverfassungsgericht que la medida es necesaria, en tanto puede posibilitar futuras acciones policiales de prevención o persecución del delito y sería adecuada ya que es difícil imaginar una medida que consiga la misma ampliación de la capacidad de información policial mediante una menor injerencia en el derecho, pero no respeta la proporcionalidad en sentido estricto<sup>82</sup>. El Estado debe ponderar entre el deber de proteger a los ciudadanos y la injerencia en el derecho, y en este caso la observación policial no guarda proporción con el bien que se quiere proteger<sup>83</sup>. Puede afectar a cualquier ciudadano, la sociedad entera tiene la sensación de sentirse vigilada y el conjunto de la misma pierde su autodeterminación<sup>84</sup> además ni se limitaba a puntos especialmente conflictivos, ni se ceñía a determinados hechos delictivos<sup>85</sup>.

En el caso del peinado de archivos la medida ni era adecuada ni proporcional en sentido estricto, el alcance de la injerencia en el derecho era tan intenso que no cabía legitimarlo haciendo un llamamiento a la seguridad pública y la protección a la vida, pese a ser fines legítimos. El Tribunal pone de relieve que esta táctica se usó en la política antiterrorista para localizar a los miembros del «Movimiento 2 de Junio», «Células Revolucionarias» y la «Banda Baader-Meinhof», pero se limitaba su empleo a un grupo concreto de sospechosos y los criterios de búsqueda tenían un impacto mucho menor sobre los afectados y una lógica policial clara<sup>86</sup>. Pero tras el 11-S múltiples normas no se dirigen a sospechosos o personas en situación de riesgo, no se lleva a cabo un análisis real de la posibilidad de un peligro para el derecho a la vida<sup>87</sup>.

<sup>80</sup> BVerfG, 1 BvR 2074/05 vom 11.3.2008 Absatz 153.

<sup>81</sup> BVerfG, 1 BvR 2074/05 vom 11.3.2008 Absatz 156.

<sup>82</sup> BVerfG, 1 BvR 2074/05 vom 11.3.2008 Absätze 165-167.

<sup>83</sup> BVerfG, 1 BvR 2074/05 vom 11.3.2008 Absätze 171-172.

<sup>84</sup> BVerfG, 1 BvR 2074/05 vom 11.3.2008 Absatz 173.

<sup>85</sup> BVerfG, 1 BvR 2074/05 vom 11.3.2008 Absätze 174-175.

<sup>86</sup> BVerfG, 1 BvR 518/02 vom 4.4.2006. Absatz 119. En este sentido la policía sabía que los miembros de estos grupos no pagan los recibos del gas y la electricidad, de modo que se hacía un peinado de aquéllos que debían dichos suministros dentro de una lista previa de sospechosos.

<sup>87</sup> BVerfG, 1 BvR 518/02 vom 4.4.2006. Absatz 139.

El Estado no puede renunciar a calcular la probabilidad real del peligro que justifica la medida que afecta el derecho a la autodeterminación informativa<sup>88</sup>. Aunque quepa afirmar que cuando hablamos de terrorismo el riesgo para la vida e integridad física son evidentes<sup>89</sup>, o que el peligro está en cualquier lugar y es real<sup>90</sup>, no puede legitimarse una medida estatal de restricción de un derecho fundamental con una declaración de principio. El Estado tiene la obligación de legitimar siempre su interferencia en el derecho. Si el fundamento de la legislación antiterrorista es una situación de peligro, ésta tiene que alcanzar cierto grado de concreción.

### 3.2. *La confidencialidad e integridad de los sistemas informáticos*

Pero el Bundesverfassungsgericht no sólo defiende su jurisprudencia tradicional sobre la autodeterminación informativa, sino que confiere rango de derecho fundamental a la protección de la integridad de los soportes informáticos y las comunicaciones por medio de Internet. El uso personal y confidencial de los PC por parte de los ciudadanos y, muy en particular de Internet, está protegido por la Grundgesetz. El Tribunal afirma que se viola el derecho al libre desarrollo de la personalidad al vulnerar la confidencialidad e integridad de los sistemas de información. La ocasión para esta nueva jurisprudencia se la brinda un recurso de amparo contra ley la Ley del Land Nordrhein-Westfalen de defensa de la Constitución de 20 de diciembre del 2006<sup>91</sup>.

Dicha ley otorgaba dos potestades básicas al Defensor de la Constitución, observar y realizar descubrimientos en Internet, y acceder a sistemas informáticos. La primera medida implicaba el acceso a los contenidos en Internet usando por ejemplo Web-Browsers, así como la participación en Chat, o páginas Web poco accesibles, incluyendo el uso de un password facilitado por algún informador para acceder a direcciones de correo electrónico o páginas Web protegidas<sup>92</sup>. En cuanto al otro método es la llamada investigación online, e implica la infiltración en sistemas informáticos ajenos empleado fallos en la seguridad de los mismos o instalando programas espía.

---

<sup>88</sup> BVerfG, 1 BvR 518/02 vom 4.4.2006. Absatz 137.

<sup>89</sup> BULL, H. P., ob. cit., p. 314

<sup>90</sup> VOLKMANN, U., ob. cit., pp. 136-137.

<sup>91</sup> BVerfG, 1 BvR 370/07 vom 27.2.2008, <[http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20080227\\_1bvr037007.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20080227_1bvr037007.html)>

<sup>92</sup> En este caso el Tribunal considera que el derecho más implicado es el secreto de las comunicaciones, y no abarca la protección de la confianza en un extraño (Absätze 289-290) Los poderes públicos no pueden obtener el password de los particulares sin su autorización con el fin de entrar en su mail o en chats de carácter privado. Pero sí pueden participar en chats de acceso libre. (Absatz 293) Sin embargo, no respetaba tampoco en este punto ni la reserva de ley ni el principio de proporcionalidad. La norma no era clara y no había ponderado correctamente la importancia de los derechos en conflicto, ya que permitía acceder a contenidos sensibles, incluso de terceros no implicados (Absätze 295-297).

Estos programas pueden permitir observar la utilización del sistema e, incluso, dirigirlo desde fuera<sup>93</sup>.

Asegura que el derecho al libre desarrollo de la personalidad garantiza aquellos elementos de la misma no protegidos por otros derechos de la Grundgesetz siendo también parte esencial de la personalidad. La utilización de la informática ha adquirido un significado para el desarrollo de la personalidad imprevisible, abriendo las puertas al particular hacia posibilidades de desarrollo completamente nuevas, pero también ha creado nuevos peligros. La informática está omnipresente en la sociedad y su empleo es para muchos ciudadanos central en su modo de vida<sup>94</sup>.

En tanto el alcance tradicional de los derechos de autodeterminación informativa o del derecho al secreto de las comunicaciones no protege al ciudadano ante las nuevas circunstancias, es preciso volver al derecho al libre desarrollo de la personalidad y avanzar en su configuración. El Tribunal destaca la importancia de los sistemas informáticos. No sólo la mayoría de los hogares alemanes disponen de uno, sino que las utilidades de los ordenadores han avanzado de manera tan considerable que son centrales en nuestro trabajo y en nuestras actividades de esparcimiento.

La infiltración de un programa espía va mucho más allá del ámbito protegido por el secreto de las comunicaciones, no sólo se investigan las comunicaciones, sino que se accede al empleo de carácter estrictamente personal del ordenador, al contenido de múltiples datos e, incluso, al comportamiento en la propia vivienda<sup>95</sup>.

El derecho al desarrollo de la personalidad rellena los huecos que surgen en la defensa de los derechos y ahora alcanza la confidencialidad de los sistemas informáticos. Tomando pie en el derecho a la autodeterminación informativa garantiza al titular del particular su esfera personal frente a la intervención del Estado no sólo respecto del mantenimiento concreto de una comunicación (que nos llevaría al secreto de las comunicaciones), ni cuando se están almacenando datos, sino también cuando se produce el acceso al sistema informático<sup>96</sup>.

Se produce una injerencia en los derechos si la integridad del sistema informático es puesta en peligro permitiendo que sus funciones, prestaciones y contenido del mismo sean accesibles a terceros y se protegen tanto datos almacenados como archivos temporales siempre que utilicemos un sistema que consideramos propio, independientemente de que no dispongamos de los adecuados sistemas de seguridad<sup>97</sup>.

---

<sup>93</sup> Este sistema permitía acceder a los archivos del PC (documentos, e-mails, páginas de Internet visitadas..), a las conversaciones que se llevasen a cabo usando el PC vía telefónica o en Chat, a cualquier Password, y a la Webcam o al micrófono. HUBER, B., «Trojaner mit Schlapput-Heimliche Online-Durchsuchung nach dem Nordrhein-Westfälischen Verfassungsgesetz», *NVwZ*, 2007, p. 881.

<sup>94</sup> BVerfG, 1 BvR 370/07 vom 27.2.2008. Absätze 168-170.

<sup>95</sup> BVerfG, 1 BvR 370/07 vom 27.2.2008. Absatz 188.

<sup>96</sup> BVerfG, 1 BvR 370/07 vom 27.2.2008. Absatz 201.

<sup>97</sup> BVerfG, 1 BvR 370/07 vom 27.2.2008. Absätze 203-206.

En el caso concreto de la investigación online secreta incluso puede peligrar el contenido del derecho protegido por la dignidad humana. A ese ámbito pertenece la posibilidad de expresar sentimientos, reflexiones, opiniones y experiencias sin miedo a que lleguen a conocimiento de los poderes públicos. Permitir el acceso a los sistemas informáticos, dado el almacenamiento en los PC de datos con un contenido altamente personal, pone en peligro ese espacio del derecho que la Grundgesetz ha protegido frente a cualquier intromisión. Ningún bien jurídico puede legitimar una medida que implique su invasión<sup>98</sup>.

Esta importancia de los PC es si cabe aun mayor cuando hablamos de las relaciones en red, siendo necesario destacar el empleo creciente por la población de Internet de manera habitual. Internet ya no es sólo un espacio en el que buscar información sino sobre todo una manera de crear y mantener relaciones sociales, sustituyendo a los medios habituales de comunicación a distancia. Pero trae consigo nuevos peligros, porque es tal la cantidad y variedad de datos de los ciudadanos que circulan en Internet que permiten con facilidad trazar un perfil<sup>99</sup>.

De este modo el Tribunal, como gran parte de la doctrina, destaca la importancia de Internet en la autodeterminación informativa. Si tradicionalmente se puso el acento en su posible uso con fines delictivos hoy se destaca la necesidad de proteger derechos que se desarrollan en la red<sup>100</sup>. Por lo que respecta a la autodeterminación informativa, Internet es una fuente de información, planteándose la cuestión de si los datos que en ella aparecen pueden ser recopilados y tratados sin límites<sup>101</sup>. En cuanto al tratamiento permite almacenar, transferir y tratar a gran velocidad una cantidad ingente de datos. Es una red abierta, opaca en la que el usuario deja un «rastreo digital» fácil<sup>102</sup>. Las posibilidades que ofrece para que nuestro perfil sea claramente trazado y nuestro frágil anonimato desaparezca son inmensas<sup>103</sup>.

Esta comprensión dinámica y flexible del derecho a la autodeterminación informativa estaba implícita en la sentencia sobre la ley del censo, en cuanto reconocía al derecho como instrumento fundamental del individuo para desarrollar su personalidad mediante la participación en el proceso comunicativo<sup>104</sup>. Al respecto la doctrina había puesto de relieve que el derecho no es una simple protección frente a los peligros del tratamiento de la información sino

<sup>98</sup> BVerfG, 1 BvR 370/07 vom 27.2.2008. Absätze 271-272.

<sup>99</sup> BVerfG, 1 BvR 370/07 vom 27.2.2008. Absätze 171-178.

<sup>100</sup> BALLESTEROS MOFFA, L. A., *La privacidad electrónica. Internet en el centro de protección*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 48

<sup>101</sup> Aunque las autoridades pueden acceder a los contenidos que libremente el ciudadano deja para el libre acceso en Internet, el empleo de los datos así recopilados y su puesta en común con otros datos personales deben cumplir las exigencias derivadas del derecho de autodeterminación informativa (Absätze 306-309).

<sup>102</sup> GUERRERO PICO, M. C., *El impacto de Internet en el Derecho Fundamental a la Protección de Datos de Carácter Personal*, Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 340-341.

<sup>103</sup> Al respecto véase la recomendación 3/97 «Anonimato en Internet» del WP29 Grupo de Trabajo sobre la protección de las personas en lo que respecta al tratamiento de datos personales <[http:// ec.europa.eu / justice\\_home /fsj/ privacy/docs/wpdocs/1997/wp6\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/1997/wp6_es.pdf)>

<sup>104</sup> HOFFMANN-RIEM, W., «Informationelle..», ob. cit., p. 521.

que, además, es la garantía de las condiciones jurídicas necesarias para un desarrollo comunicativo de los hombres. El fin último del derecho es fijar reglas de contacto, cooperación, comunicación entre los titulares del derecho<sup>105</sup>.

La libertad no es sólo la libertad de cada individuo aisladamente considerado, sino con y por medio de los demás. En las comunicaciones modernas esta idea de la ampliación de la libertad mediante reciprocidad es explícita y precisa de un paradigma de los derechos interactivo<sup>106</sup>. De ahí que la autodeterminación informativa deba asegurar el mantenimiento y funcionamiento de las relaciones sociales en red bajo las condiciones de la sociedad del riesgo. En el marco de un desarrollo tecnológico que amplía tanto el potencial de utilidades de las nuevas tecnologías como el número de peligros<sup>107</sup>, sin descuidar ninguna de las dos dimensiones. La autodeterminación informativa debe tener un alcance mayor cuanto más influencia tienen las nuevas tecnologías en nuestro desarrollo de la personalidad, y sus garantías deben ser más sólidas a medida que se incrementan el número de amenazas

El Bundesverfassungsgericht reitera que no es un derecho ilimitado y que pueden establecerse injerencias en el mismo tanto para prevenir como para perseguir las actividades delictivas, pero siempre cumpliendo los límites constitucionales. En este sentido la ley no cumplía con el principio de reserva de ley, ya que no respetaba las exigencias de concreción y claridad<sup>108</sup>. Pero tampoco cumplía con las exigencias del principio de proporcionalidad<sup>109</sup>.

Vuelve a insistir el Tribunal en que los ciudadanos tienen *ex arts 1 y 2 GG* un derecho a protección, y es cierto que Internet se usa por los terroristas para planificar sus atentados y que la política criminal debe establecer mecanismos para impedir este uso de las nuevas tecnologías. En este sentido la medida era necesaria, incluso aunque pueda dudarse de su efectividad por los conocimientos informáticos de los grupos terroristas así como por la escasa información que vaya a obtenerse. Pero entraba en los márgenes del cálculo de un legislador democrático Y era adecuada, aunque se haya discutido que pueda haber otras menos gravosas, dado que se pretendía recopilar pruebas inculpatórias recabar información<sup>110</sup>. Pero no era proporcional en sentido estricto<sup>111</sup>. La medida prevista implicaba una injerencia en el derecho de elevada intensidad que no guardaba relación con el bien jurídico que se pretendía salvaguardar<sup>112</sup>.

<sup>105</sup> GUSY, Ch., ob. cit., pp. 58-59.

<sup>106</sup> HOFFMANN-RIEM, W., «Informationelle..», ob. cit., p. 521.

<sup>107</sup> HOFFMANN-RIEM, W., «Informationelle..», ob. cit., pp. 536-537.

<sup>108</sup> BVerfG, 1 BvR 370/07 vom 27.2.2008. Absätze 207-208. La norma establecía que la investigación era lícita si no interfería en los derechos del art. 10 GG, obligando a valorar por la Administración en cada caso si dicha injerencia respetaba o no dicho derecho para llevar a cabo la investigación. (Absatz 213) Además el campo de aplicación de la norma no estaba limitado a la lucha contra el terrorismo ni de manera expresa ni de un modo que se pudiera deducir. (Absatz 219).

<sup>109</sup> BVerfG, 1 BvR 370/07 vom 27.2.2008. Absatz 218.

<sup>110</sup> BVerfG, 1 BvR 370/07 vom 27.2.2008. Absätze 220-223.

<sup>111</sup> BVerfG, 1 BvR 370/07 vom 27.2.2008. Absatz 226.

<sup>112</sup> BVerfG, 1 BvR 370/07 vom 27.2.2008. Absatz 229.

Podía interferir en las comunicaciones del individuo lo que arrastraba dos problemas, en primer lugar la desconfianza de los particulares hacia sus sistemas de comunicación y, en segundo, la injerencia en las comunicaciones y datos de terceros. Además permitía infiltrar programas espía que actuaran durante largos períodos de tiempo<sup>113</sup>. Asimismo se podía acceder al conocimiento de las costumbres del particular, incluidas las netamente sociales, siendo preciso tomar en consideración la heterogeneidad de la información que podía adquirirse<sup>114</sup>. Por último, las técnicas informáticas empleadas podían provocar problemas informáticos conllevando incluso la pérdida de datos, error informático que podía pasar a los equipos de terceros<sup>115</sup>.

Esta injerencia, para poder guardar una relación con el interés que pretendía salvaguardar debería haber hecho referencia a un peligro concreto, aunque velase por un bien jurídico de elevado rango constitucional. Además en todo caso tendría que haber previsto los mecanismos necesarios para proteger los derechos de todos los afectados<sup>116</sup>.

#### 4. EL «PELIGRO» COMO PREMISA DE LA INTERVENCIÓN POLICIAL

La importancia de esta jurisprudencia no se limita a la concreción y desarrollo de una novedosa línea jurisprudencial en relación con la autodeterminación informativa, sino que el Tribunal manifiesta su posición frente al desarrollo de la política antiterrorista de los últimos años. En este sentido adopta una postura crítica que enfatiza la necesidad de ser especialmente cautos ante la concurrencia de derechos fundamentales, hace hincapié en la ambigüedad creciente que rodea las actividades policiales de prevención y persecución del delito y llama la atención al legislador democrático al que compele a no hacer dejación de su tarea como defensor de los derechos fundamentales<sup>117</sup>.

Es decir, el Tribunal contesta la expansión de la política antiterrorista no sólo desde la salvaguarda de la autodeterminación informativa, sino también desde el mantenimiento de las premisas básicas de la actuación del poder público. En este sentido exige la previsión de la actuación de las fuerzas de seguridad en una ley. El legislador tiene que fijar el motivo, fin y límites de la injerencia de manera clara y precisa, permitiendo conocer de manera indubitada las premisas fácticas de la misma<sup>118</sup>. Dicha premisa es la necesidad de un «peligro».

Evidentemente no puede exigírsele al concepto de «peligro», como criterio legitimador de la actuación policial que prevea todas las posibles situaciones ya

---

<sup>113</sup> BVerfG, 1 BvR 370/07 vom 27.2.2008. Absätze 233. 234.

<sup>114</sup> BVerfG, 1 BvR 370/07 vom 27.2.2008. Absätze 236-237.

<sup>115</sup> BVerfG, 1 BvR 370/07 vom 27.2.2008. Absatz 241.

<sup>116</sup> BVerfG, 1 BvR 370/07 vom 27.2.2008. Absatz 242.

<sup>117</sup> VOLKMANN, U. ob. cit., pp. 137-138.

<sup>118</sup> BVerfG, 1 BvR 370/07 vom 27.2.2008. Absatz 209.

que debe permitir también la respuesta del poder público ante hechos claramente imprevisibles. La falta de absoluta certeza es inevitable, sin embargo la decisión sobre la existencia real de un peligro es el producto de la ponderación en cada caso concreto, perfectamente identificado, y siempre en el marco de la no arbitrariedad de la actuación del poder público. Cada vez que se le confieren a la policía nuevas tareas cabe la posibilidad de que se desborde el concepto de peligro. A juicio de la doctrina las nuevas potestades de recopilación y tratamiento de la información han llevado a que se pierda la exigencia de un peligro concreto para fundamentar la intervención policial<sup>119</sup>. Se ha cambiado la comprensión del trabajo policial al pasar a un Estado de «prevención del riesgo» en el marco de la sociedad de la información<sup>120</sup>.

En esta línea los defensores del derecho a protección como status del ciudadano frente al Estado consideran que su premisa es la existencia de un riesgo para el derecho de la «víctima»<sup>121</sup>, no de un peligro que exige una concreción mayor. El peligro como premisa de la potestad policial ya no sería válido ante la crueldad y realidad de la amenaza terrorista<sup>122</sup>.

Frente a esta posición, el Tribunal afirma que en la tensión entre el deber del Estado de salvaguardar los bienes jurídicos y el interés del particular en la conservación de sus derechos constitucionalmente reconocidos, le corresponde al legislador ponderar los intereses en conflicto y llegar a un cierto equilibrio. Esto implica que las injerencias elevadas en los derechos fundamentales sólo pueden producirse para defender bienes jurídicos concretos y no antes de llegar a un cierto estado de sospecha o constatación de un peligro cierto.

La prohibición de injerencias desproporcionadas en los derechos es un límite al deber del Estado de proteger otros bienes jurídicos. En tanto en cuanto las leyes antiterroristas sirven a la defensa frente a un peligro, para valorar la fundamentación de la injerencia en el derecho es determinante el tipo de peligro que amenaza al bien jurídico, ya que legitima dicha injerencia<sup>123</sup>. La vida, la integridad física de las personas o las amenazas a la existencia del Estado son bienes de especial trascendencia, pero su protección no justifica una medida que ponga en juego la propia personalidad de los afectados sin una situación de clara amenaza<sup>124</sup>.

Un peligro es un hecho dañino que ya empezó o uno cuyo acontecimiento es inmediato o que con probabilidad rayando la seguridad va a suceder<sup>125</sup>. Ni la situación internacional generada tras el 11 M, ni las tensiones en las relaciones internacionales justifican estas medidas. Un peligro real es un ataque

<sup>119</sup> KUGELMANN, D., ob. cit., p. 783.

<sup>120</sup> Ibid, p. 789.

<sup>121</sup> ISENSEE, J., ob. cit., p. 199.

<sup>122</sup> VOLKMANN, U. ob. cit., p. 137.

<sup>123</sup> BVerfG, 1 BvR 370/07 vom 27.2.2008. Absätze 243-244.

<sup>124</sup> BVerfG, 1 BvR 370/07 vom 27.2.2008. Absätze 247-248.

<sup>125</sup> BVerfG, 1 BvR 518/02 vom 4.4.2006. Absatz 142.

terrorista que se prepara en Alemania, con independencia de donde vaya a tener lugar<sup>126</sup>.

La correcta definición de lo que debe ser considerado una situación de peligro es una derivación del principio de proporcionalidad, y el legislador no puede prever la injerencia en el derecho antes de alcanzar un determinado nivel de sospecha o peligro del bien jurídico que pretende proteger<sup>127</sup>. Y los criterios para detectar una situación de peligro son la concreción del supuesto de amenaza, su inmediatez y la identificación de las personas que lo provocan. En otros términos, los supuestos de hecho que autorizan la injerencia deben, en cierta medida, ser concretizables<sup>128</sup>.

Esta defensa del peligro real y concreto como premisa para la legislación antiterrorista es una de las disidencias principales de la magistrada Haas en la sentencia sobre el peinado de archivos. En su voto particular recuerda que la libertad se debe garantizar mediante la conservación de la seguridad pública, porque quien teme ser objeto de un atentado no es libre. La gravedad de los atentados islamistas en Nueva York, Madrid o Londres obligaría a cambiar los presupuestos desde los que se juzgaban las técnicas policiales de prevención y persecución de los delitos, siendo preciso aceptar que éstas han cambiado. La amenaza es real porque se han producido atentados en Europa y porque la RFA ha sido públicamente declarada objetivo de los grupos extremistas. El ciudadano que vive con miedo evitará las concentraciones masivas, el transporte público, los acontecimientos oficiales, etc. En definitiva no será libre. Y el Estado debe responder a ese miedo de la población.

Sin embargo, el ciudadano tiene derecho a ser libre mediante la seguridad pero no a ser libre del miedo, no puede reclamar protección frente a su propia histeria<sup>129</sup>. Si no se determina el peligro que legitima la actuación policial por la proximidad en el tiempo y espacio del hecho dañino, las acciones policiales son tan inabarcables como el mismo riesgo que se pretende evitar<sup>130</sup>. El aumento de seguridad no es gratuito en términos de libertad<sup>131</sup>.

El planteamiento basado exclusivamente en la necesidad de una mayor seguridad no sólo parte de que el ciudadano tiene un derecho a la seguridad sino que le otorga competencias al Estado. La lógica del riesgo no es la del peligro, que se basa en la potencial criminalidad y que busca prevenir comportamientos delictivos previa sospecha, sino que en la relación ciudadano-Estado se

---

<sup>126</sup> BVerfG, 1 BvR 518/02 vom 4.4.2006. Absatz 147.

<sup>127</sup> BVerfG, 1 BvR 518/02 vom 4.4.2006. Absatz 137. Al respecto recuerda que una reunión sólo puede ser disuelta o prohibida cuando vayan a producirse de manera inmediata y altamente probable circunstancias que pongan en peligro bienes jurídicos dignos de protección. Y esta exigencia nace en el principio de proporcionalidad.

<sup>128</sup> BVerfG, 1 BvR 370/07 vom 27.2.2008. Absatz 251.

<sup>129</sup> ISENSEE, J., ob. cit., p. 223.

<sup>130</sup> DENNINGER, E., ob. cit., p. 471.

<sup>131</sup> HOFFMAN-RIEM, W., «Freiheit..», p. 498.

le da la vuelta a la carga de la prueba. El «riesgo» existe siempre y la normalidad se convierte en la excepción a demostrar<sup>132</sup>.

El Derecho no se ajusta a la hipótesis del riesgo. El derecho busca hacer compatibles la seguridad y la libertad con base en peligros concretos no en riesgos difusos. Se dirige a un momento cercano, a una persona identificada, esto desaparece cuando se buscan «células durmientes», posibles «suicidas». Pero no puede ponerse en marcha el mecanismo disciplinario cuando no está definido el bien jurídico, faltan las referencias claves de la situación de peligro, y está completamente abierto quien puede ser el agresor. Los instrumentos del Estado de Derecho son también escasos cuando se pretende identificar personas «peligrosas» sin que exista sospecha alguna sobre ellas<sup>133</sup>. La discriminación de muchos ciudadanos es en este contexto inevitable, y el miedo al terrorismo podría cambiarse por el miedo a las medidas policiales<sup>134</sup>.

Por supuesto no se trata de negar la necesidad de nuevas medidas. Como afirma Di Fabio aquellos que movidos por un pragmatismo primario definen la implantación de medidas excepcionales y la necesidad de sacrificios que implican reanimar tiempos pasados ponen en tela de juicio la civilización occidental. Pero quien ve una amenaza a los derechos fundamentales en cada medida antiterrorista, y afirma que estamos ante un Estado totalitario que espía a los ciudadanos pierde también su credibilidad<sup>135</sup>.

Entre ambos polos se sitúa el Bundesverfassungsgericht que no niega la necesidad de las medidas antiterroristas, ni cierra las puertas a políticas que interfieran en la autodeterminación informativa respetadas las cautelas constitucionales. Pero evalúa la necesidad y oportunidad de cada medida frente a los peligros que genera y los beneficios que realmente reporta. Respecto a esta última variable remarca como su efectividad es más cuestionable, no en vano una de las críticas principales a la legislación antiterrorista es la falta de una estimación de la efectividad real de cada medida<sup>136</sup>.

Así, a propósito de la investigación online, el Bundesverfassungsgericht pone de manifiesto que en virtud de los conocimientos informáticos de que posiblemente dispongan los terroristas, es muy dudosa la efectividad de la medida aprobada por el Land<sup>137</sup>, hecho que había puesto de relieve la doctrina<sup>138</sup>. En cuanto al «peinado» de archivos, recuerda que ni en el caso de los 5,2 millones de personas a cuyos datos se accedió, ni de las 300.000 en las que se almacenaron ni de las 32.000 de las que se sospechó y se tomaron diversas medidas se pudo demostrar ni su pertenencia a células durmientes ni que hubieran

<sup>132</sup> DENNINGER, E., ob. cit., p. 473.

<sup>133</sup> HOFFMAN-RIEM, W., «Freiheit..», p. 499.

<sup>134</sup> HOFFMAN-RIEM, W., «Freiheit..», p. 500.

<sup>135</sup> DI FABIO, U. «Sicherheit...», ob. cit., p. 429.

<sup>136</sup> RAU, M., «Country Report on Germany», *Terrorism as a Challenge for National and International Law: Security versus Liberty?*, WALTER, Ch. et al., Springer, Heidelberg, 2004, p. 311.

<sup>137</sup> BVerfG, 1 BvR 370/07 vom 27.2.2008. Absatz 221.

<sup>138</sup> HORNING, G., «Ermächtigungsgrundlage für die «Online-Durchsuchung?», *DuD*, 2007, p. 576.

tenido contacto con ellas. Tras esta labor no adquirieron ni la consideración de sospechosos<sup>139</sup>. Asimismo afirma que se corre el riesgo de que estas medidas se acaben usando para perseguir la delincuencia común<sup>140</sup>. La cuestionable efectividad de estas medidas fortalece el argumento de obligar al legislador a calcular la posibilidad real de una amenaza y, en consecuencia, la oportunidad de la medida.

## 5. LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN COMO ESPACIO DE EJERCICIO DE LOS DERECHOS

El progreso de la sociedad de la información permite dos perspectivas, o como amenaza de nuestros derechos de la que defenderse o como un espacio en el que ejercerlos digno de protección<sup>141</sup>. El miedo, del todo comprensible, a la amenaza terrorista lleva a enfatizar la primera visión. La posibilidad de crear redes de información de los cuerpos de seguridad ofrece herramientas antes impensables en la lucha contra las nuevas formas de delincuencia frente a la que la sociedad se siente inerme. Como ha puesto de relieve Hoffmann Riem, cuando una persona está dispuesta a suicidarse para cometer un atentado, la pena no puede tener un efecto disuasorio. De este modo se ha perdido, en cierta forma, un medio que antes nos hacía sentirnos seguros, hecho que nos empuja a buscar nuevos modos de combatir la delincuencia<sup>142</sup>.

Sin embargo, argumentar que el derecho a la vida ocupa un lugar preferente, de manera que la libertad de autodeterminación informativa debe ceder de manera natural frente a él, es una simplificación excesiva de los valores en juego. Olvida la importancia que tiene para el ciudadano la conservación de su anonimato, las consecuencias que puede conllevar la pérdida del mismo y la necesidad de especial justificación y posterior limitación de cualquier competencia del poder público que pueda interferir en las libertades del ciudadano.

El miedo no puede ser la premisa de las potestades de las fuerzas de seguridad. Aceptar que la existencia de un riesgo vago es suficiente, permite convertir a cualquier ciudadano en sospechoso de pretender vulnerar el derecho de otros ciudadanos, legitimando la injerencia de los poderes públicos en sus libertades. Las cautelas del Estado de Derecho se desmoronan bajo el peso de esta consideración<sup>143</sup>.

Pero para un poder público es demasiado tentadora la consecución de éxitos policiales<sup>144</sup>. En este sentido no sólo las leyes antiterroristas han sido aprobadas por holgadas mayorías parlamentarias sino aceptadas por el poder

---

<sup>139</sup> BVerfG, 1 BvR 518/02 vom 4.4.2006. Absatz 120.

<sup>140</sup> BVerfG, 1 BvR 2074/05 vom 11.3.2008 Absatz 156.

<sup>141</sup> HOFFMANN-RIEM, W., «Informationelle..», ob. cit., pp. 536-537.

<sup>142</sup> HOFFMANN-RIEM, W., «Freiheit..», ob. cit., p. 499.

<sup>143</sup> ROELLECKE, G., «Der Rechtsstaat im Kampf gegen den Terror», *JZ*, 2006, p. 268.

<sup>144</sup> HOFFMANN-RIEM, W., «Informationelle..», ob. cit., p. 519.

judicial. Al respecto es un indicio nada desdeñable que apenas se conozcan casos de miembros de la jurisdicción ordinaria que hayan cuestionado alguna de las medidas adoptadas como consecuencia del «Antiterror Paket»<sup>145</sup>. Todos los casos que se le han planteado al Bundesverfassungsgericht han utilizado la vía del recurso de amparo bien frente a las leyes<sup>146</sup>, bien frente a la inacción del poder judicial<sup>147</sup>.

Estos recursos han permitido al Bundesverfassungsgericht recordarle al legislador que puede reequilibrar la seguridad y la libertad conforme a las nuevas necesidades, pero no desplazar las fronteras de tal modo que impliquen injerencias prohibidas en los derechos. Los propios defensores de la existencia de un derecho a protección han puesto de relieve que no puede conllevar una disminución de la protección de las libertades del individuo frente al Estado<sup>148</sup>. La función de los derechos como protectores del individuo frente a los excesos del poder público no debe perder el papel central que le corresponde.

En definitiva, afirma el Tribunal, el Estado debe luchar contra el terrorismo dentro de los márgenes y con las armas del Estado de Derecho. Sólo el mantenimiento de las normas propias del Estado de Derecho demuestra su fuerza frente a sus enemigos y estos límites son también válidos cuando se trata de los fines centrales de seguridad pública y protección de la población<sup>149</sup>. En otros términos, la pregunta es si las exigencias actuales del derecho a protección bastan para estar por encima de cautelas en algunos casos construidas ya en el s. XIX<sup>150</sup>.

En lo que respecta a la libertad de autodeterminación, la cuestión era si debía cambiarse una jurisprudencia que gozaba de consenso y que había sido considerada una de las grandes construcciones en materia de derechos del Bundesverfassungsgericht. Al respecto el Tribunal no sólo ha mantenido una construcción valiente<sup>151</sup> sino que ha avanzado en la defensa de los derechos. Los soportes informáticos y las relaciones en red gozan de protección. La confidencialidad e integridad de los archivos que almacenamos en nuestros PC forman parte del libre desarrollo de la personalidad y merecen la protección que se le

<sup>145</sup> ACHELPÖHLER, W. UND NIEHAUS, H. «Rasterfahndung als Mittel zur Verhinderung von Anschlägen islamistischer Terroristen in Deutschland», *DtV* 2003, p. 53, VOLKMANN, U., ob. cit., p. 133, RAU, M., ob. cit., p. 243-244.

<sup>146</sup> Tanto la investigación online como el cotejo de matrículas son objeto de recurso de amparo frente a ley. No son las primeras leyes antiterroristas que llega al Bundesverfassungsgericht gracias al recurso de amparo interpuesto por particulares, en este sentido destaca el recurso de amparo contra la Ley de Seguridad Aérea resuelto por sentencia de 15 de febrero de 2006. Sobre dicha sentencia GONZALEZ PASCUAL, M., «Cuestiones constitucionales planteadas por la legislación antiterrorista (el ejemplo alemán)», *RVIP*, núm 77, 2007, pp. 209 y ss.

<sup>147</sup> Es el caso de la sentencia sobre «peinado» de los archivos en el que diversos ciudadanos afectados por la medida recurrieron contra las decisiones de los juzgados de Düsseldorf que respaldaron las medidas policiales.

<sup>148</sup> ISENSEE, J., ob. cit., p. 170.

<sup>149</sup> BVerfG, 1 BvR 518/02 vom 4.4.2006. Absatz 128.

<sup>150</sup> WAHL, R. und MASING, J., «Schutz...» ob. cit., p. 556.

<sup>151</sup> SCHLINK, B., «Das Recht...», ob. cit., p. 250.

confiere a los restantes derechos fundamentales. El papel que la informática hoy ocupa en la rutina de gran parte de la población ha encontrado de este modo reflejo en la jurisprudencia del Bundesverfassungsgericht. La sentencia sobre la investigación online ha permitido al Tribunal poner de manifiesto que los PC son un instrumento de ejercicio de derechos fundamentales, y desconocer este hecho puede incluso suponer una vulneración de la dignidad, porque los ciudadanos vuelcan en sus ordenadores los aspectos más personales e íntimos de sus vidas.

Sin embargo, las leyes antiterroristas se han extendido por toda Europa, y normas como las que el Bundesverfassungsgericht ha declarado inconstitucionales se han aprobado en diversos países. Por poner algunos ejemplos, tanto en Francia como en Reino Unido se han aprobado sendas leyes de filmación arbitraria y posterior cotejo de matriculas<sup>152</sup>, o la investigación online ha sido aprobada por Suiza<sup>153</sup> y se mantiene como proyecto del Gobierno Federal en la propia Alemania<sup>154</sup>.

Es indudable que es preciso dotar a las fuerzas de seguridad de instrumentos para luchar contra el terrorismo, no obstante a la doctrina constitucional le corresponde extender en idéntica medida las cautelas que permitan preservar los derechos fundamentales. En este sentido el Bundesverfassungsgericht ha dado el primer paso, los próximos años demostrarán si sus últimas sentencias gozarán de la misma acogida que obtuvo su sentencia sobre la ley del censo.

---

<sup>152</sup> BVerfG, 1 BvR 2074/05 vom 11.3.2008. Absatz 3

<sup>153</sup> HORNUNG, G., ob. cit., p. 575

<sup>154</sup> Declaraciones del ministro Wolfgang Schäuble en el Bundestag el 20 de junio del 2008 <[http://www.bmi.bund.de/cln\\_012/nn\\_662956/Internet/Content/Nachrichten/Reden/2008/06/BM\\_\\_BT\\_\\_BKAG2.html](http://www.bmi.bund.de/cln_012/nn_662956/Internet/Content/Nachrichten/Reden/2008/06/BM__BT__BKAG2.html)>

# DOCUMENTOS

