

Concepto, objeto, desarrollo, principios fundamentales y preguntas jurídicas típicas y actuales del derecho de policía alemán (Derecho de prevención de riesgos)*

Concept, Purpose, Development, Fundamental Principles and Legal Questions of Typical and Current German Police Law (Law Of Risk Prevention)

Fecha de recepción: 30 de marzo de 2010

Fecha de aprobación: 15 de mayo de 2010

MARTIN IBLER**

Resumen

En Alemania el campo jurídico del derecho de policía es de una importancia particular, porque es uno de los elementos celulares del derecho administrativo de este país. Con el derecho de policía no sólo se quiere tratar el derecho de la policía de manera uniformada. Más bien, se habla de derecho de policía en los casos en que el Estado debe defender, en todos los asuntos, la seguridad y el orden público frente a diversos riesgos¹. Por esto, para el vocablo "derecho de policía" se utilizará equivalentemente los nombres de derecho de seguridad y del orden y derecho de prevención de riesgos. El objetivo, ante todo, del derecho de policía es la prevención de riesgos. Esto es, impedir perjuicios futuros que amenacen a los ciudadanos y al Estado, perjuicios, a saber, que sin la intervención de la policía tendrían una alta probabilidad de ocurrir.

Palabras Clave

Ley de policía, Derecho administrativo, riesgo.

* Artículo de reflexión presentado en la Maestría de Derecho Público, de la Universidad Santo Tomás.

** Profesor y ex-decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Konstanz (Alemania). Profesor de la Maestría en Derecho Público de la Universidad Santo Tomás en convenio con la Universidad de Konstanz. Correo electrónico martin.ibler@uni-konstanz.de. El artículo se basa en la clase correspondiente a la Maestría en Derecho Público. Se conserva el estilo de la conferencia. El autor agradece a los doctorandos de la Universidad de Konstanz Fabián Camilo Martínez Gurrero (LL.M. Konstanz) y José Saúl Trujillo González (LL.M. Konstanz) por ayudar en la traducción y al profesor Álvaro Echeverri Uruburu, decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás por su valiosa revisión estilística final.

¹ Por ejemplo en los casos: Registro de personas (parágrafo 29 Ley de Policía del Estado Federado alemán Baden-Württemberg) y cosas (parágrafo 30), en especial viviendas (parágrafo 31 Ley de Policía), aseguramiento y decomisos (parágrafos 32, 33), vigilancia a través de cámaras de video de sitios públicos (parágrafo 21 Inciso III).

ABSTRACT

In Germany the legal field of animal law is of particular importance because it is one of the cellular elements of administrative law in this country. With the police not only right is to treat the right of the police uniform. Rather, it speaks right to police in cases where the State should be defended, in all matters, security and public order against various risks. Therefore, for the word "police duty" will be used equivalently the names of law enforcement and safety and risk prevention law. The aim, above all, the right of police is the prevention of risks. This is, to prevent future damage that threaten the citizens and the state of damage, namely, that without the intervention of the police would have a high probability of occurrence.

Key Words

Police law, administrative law, risk

DEMARCACIÓN AL DERECHO PENAL

A través de una mirada al futuro, el derecho de policía se diferencia del derecho penal, de acuerdo con la concepción tradicional del derecho alemán, si bien es verdad que la Policía también actúa en la esfera del derecho penal. Pero, en el campo del derecho penal la Policía se desenvuelve como "investigador de la fiscalía" (compárese el parágrafo 152 de la Ley de Organización Jurisdiccional - *Gerichtsverfassungsgesetz*) para la aclaración y persecución de hechos punibles ya perpetrados y no para la prevención de riesgos actuales y futuros. En este sentido el derecho penal se refiere al pasado más que el derecho de policía. También por este aspecto se dice que el derecho de policía es preventivo y el derecho penal es represivo.

La delimitación de las dos ramas jurídicas entre sí no siempre es sencilla, porque a veces una actuación de la policía sirve a ambos objetivos, esto es, a la prevención de riesgos para la seguridad pública así como a la persecución penal.

Un ejemplo; una "medida de doble funcionalidad" de la policía se presenta cuando un comando de la policía dispara a un ladrón de bancos hasta dejarlo fuera de combate, para con ello liberar a unos rehenes y atrapar al ladrón de bancos y arrestarlo de manera que pueda ser castigado. Regularmente se puede distinguir muy bien si la

actuación de la policía es de una defensa frente a riesgos ("preventiva") o una persecución penal ("represiva"). Por esto esa diferenciación se ha vuelto habitual y es aplicada razonablemente desde hace más de cien años.

LA IMPORTANCIA DEL DERECHO DE POLICÍA EN LA ENSEÑANZA UNIVERSITARIA Y EN LA PRÁCTICA

Los estudiantes de derecho en Alemania aprenden el derecho de prevención de riesgos en la asignatura llamada "Derecho de Policía". Al final de esta asignatura los estudiantes deben aprobar un examen escrito al terminar el semestre en la Universidad de Konstanz (y también en muchas otras universidades de ese País). Pero ante todo, el derecho de policía es en toda Alemania una asignatura de los dos exámenes jurídicos de Estado que tiene que practicar y aprobar un estudiante de derecho alemán antes de poder ser juez, fiscal o abogado. El derecho de policía tiene un gran peso para los científicos del derecho, la práctica estatal y administrativa, por sus bases históricas, como ya lo anote al inicio de la ponencia con la figura de la célula. Precisamente, con el derecho de policía surgió, a finales del siglo XIX y principios del siglo XX en Alemania, el derecho público moderno. Así, el derecho administrativo general se desarrolla a partir de los principios y regulaciones generales del derecho de policía. Por ejemplo, el hasta hoy

más importante instrumento de actuación de las autoridades administrativas alemanas que es el acto administrativo, se origina en la así llamada "disposición" policial propia de las autoridades de policía. Hasta hoy en el lenguaje jurídico se designa el acto administrativo también como disposición. Ese uso idiomático se encuentra todavía hoy en la ley que define el concepto de acto administrativo. Un acto administrativo es según esa ley "toda disposición... que toma una autoridad para la regulación de un caso particular, en el área del derecho público y que se dirige a un efecto jurídico exterior inmediato (parágrafo 35 frase primera de la Ley de Procedimiento Administrativo). Algunas regulaciones generales, principios e instrumentos de actuación del derecho de policía se han vuelto parte del derecho administrativo general.

El principio de proporcionalidad llega al derecho administrativo a través del derecho de policía y desde allí inclusive se fortalece como parte del principio del Estado de Derecho y por eso es un principio constitucional. Otras normas generales para una prevención de riesgos –por ejemplo la responsabilidad del causante de un riesgo para la supresión del mismo–, las designamos como "Derecho general de policía". Otras expresiones especiales del derecho de policía en determinadas materias en las que el Estado debe prevenir riesgos especiales, por ejemplo en la rama de la construcción y en la vida económica, se designan como derecho especial de policía. En el derecho especial de policía se cuenta por ejemplo con una gran parte del derecho especial de construcción y del derecho administrativo económico.

EL DERECHO DE POLICÍA COMO MATERIA PARA LA SUPERACIÓN DE NUEVOS RIESGOS (POR EJEMPLO LAS ZONAS CONTAMINADAS)

En virtud a que el derecho de policía es una raíz de nuestro derecho público, es por lo que siempre se puede recurrir al derecho de policía, cuando el Es-

tado se enfrente a nuevos riesgos en la seguridad y el orden público, para la búsqueda de soluciones con respecto a éste. En ciertos casos, entonces, se habla frecuentemente de un renacimiento del derecho general de policía. Un ejemplo de esto lo encontramos en la contaminación del medio ambiente a través de los residuos contaminantes. Desde hace 40 años, en las década de los setenta y de los ochenta del siglo veinte, el público en Alemania empezó a tomar conciencia del riesgo que hay en la contaminación del medio ambiente. En ese entonces no teníamos ninguna regulación especial sobre quién pudiera hacerse responsable de la eliminación de tal riesgo para el medio ambiente, concretamente: ¿Quien debe pagar y llevar a cabo el saneamiento de los terrenos, que fueron contaminados a través de residuos industriales?

Los principios del derecho de policía sobre la responsabilidad de ciertos particulares por un riesgo – Delimitación frente a la responsabilidad general

El fondo de esta pregunta jurídica es que no siempre el Estado y los contribuyentes deben hacerse cargo de los pecados contra el medio ambiente ocasionados por nuestros padres y abuelos. Dentro de las reglas generales de Policía, tradicionalmente se entiende, que el causante del riesgo es el responsable de eliminarlo, en este caso, los residuos. En el evento de que ya no se pueda encontrar algún causante, entonces, según las reglas generales de derecho de policía, debe eliminar la contaminación el propietario del predio contaminado. Por el contrario, no pueden ser llamados a la supresión del riesgo a través de acto administrativo terceros que sean ajenos. La responsabilidad jurídica policial del causante y la responsabilidad jurídica policial del propietario exoneran de este modo al Estado – más concretamente: dichas normas exoneran al público en general, y aún más concretamente, al contribuyente, de la tarea de la supresión del riesgo y en especial de los costos de dicha supresión. La responsabilidad jurídica policial de una persona

por un riesgo causado por sí mismo y la responsabilidad jurídica policial del propietario de una cosa peligrosa, fueron desde siempre un claro principio del derecho de policía al que los causantes y los propietarios pueden adaptarse.

Si bien, para el profano imparcial de momento es difícil entender por qué no todo riesgo es suprimido inmediata y exclusivamente por el Estado. ¿Al fin y al cabo para qué mantenemos una policía? Pero a un Estado libre y de Derecho no le interesa solucionar todos los problemas inmediatamente con la policía, los ciudadanos deben involucrarse, aún si se trata de prevención de riesgos para la seguridad y el orden público. Por eso, es correcto que el Estado obligue en primera línea a eliminar el riesgo para la seguridad y el orden público a quien a través de su comportamiento lo ha causado. También es correcto –dentro de ciertos límites– que el Estado obligue al propietario de una cosa a suprimir el riesgo que proviene de ésta.

El principio del derecho de policía sobre la responsabilidad del dueño por sus bienes peligrosos

Este principio de la responsabilidad de la propiedad está incorporado incluso en nuestra Constitución, en el derecho fundamental de la propiedad en la Ley Fundamental. La Ley Fundamental concretamente, no sólo protege la propiedad sino que también determina: “La propiedad obliga. Su uso debe servir al mismo tiempo al bien común” (Art. 14 inciso 2 Ley Fundamental). En el derecho de policía, y en las leyes de policía de todos los estados federados alemanes, se ve concretizado este mandato constitucional a través de la responsabilidad policial del propietario de la cosa. Por ejemplo el parágrafo 7 de la Ley de Policía del Estado federado alemán de Baden Württemberg: “Si la seguridad o el orden público se ven amenazados por el estado de una cosa, la policía tiene que tomar medidas frente a su propietario o frente aquel que se encuentre efectivamente en poder de la cosa”.

El principio del derecho de policía sobre la responsabilidad del causante de un riesgo

Para efectos de la responsabilidad jurídica policial del causante de un riesgo, determina el parágrafo 6, inciso primero de la misma Ley de Policía: “Si la seguridad o el orden público se ven amenazados o perturbados a través del comportamiento de una persona, la policía tiene que tomar medidas frente a quien ha causado la amenaza o la perturbación”.

El principio de responsabilidad jurídica policial del autor de un riesgo causado por él y el principio de responsabilidad policial del propietario de las cosas peligrosas aseguran, además, que la persona relacionada con el riesgo puede combatirlo efectivamente a causa de su cercanía. El propietario de un inmueble muchas veces es quién mejor sabe exactamente, por ejemplo, dónde se encuentran los residuos contaminantes existentes en éste (En qué sitio, a qué profundidad), y el causante de una contaminación del suelo la mayoría de las veces sabe mejor, de qué sustancia peligrosa se trata y cómo llegar a ella. Estas reglas fijas de la responsabilidad jurídica policial (“obligación policial”) del causante del riesgo y del propietario de una cosa peligrosa sirven de igual forma a la seguridad jurídica. Por ello, ellas son expresiones características del derecho de policía en Estado de Derecho.

Sin embargo, a veces, con nuevos riesgos surgen nuevos problemas jurídicos, que no pueden ser resueltos solamente a través de las reglas tradicionales de los principios del derecho de policía. Cuando se descubre la contaminación de un predio la mayoría de las veces los causantes ya han muerto. ¿Puede ahora la Policía recurrir a los descendientes o a los herederos del causante para que supriman la contaminación peligrosa del suelo? Esta pregunta del derecho especial de policía finalmente la ha resuelto el legislador alemán con una nueva ley, la Ley Federal de Protección del Suelo. Según ella,

todos los sucesores universales⁴ tienen que sanear los residuos contaminantes (parágrafo 4 inciso 3, frase primera de la Ley Federal de Protección del Suelo - *Bundesbodenschutzgesetz*). A pesar de su determinación en la ley la nueva regulación sigue siendo discutida en sus particularidades. Es dudoso, en especial, si ella se encuentra acorde con la prohibición de la retroactividad de la ley (principio de prohibición de la retroactividad).

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL CIUDADANO CONTRA LA INTERVENCIÓN DE LA POLICÍA PARA LA PREVENCIÓN DE RIESGOS

Junto a la seguridad jurídica en el derecho de policía de un Estado de Derecho, debe asegurarse la garantía de que nadie sea obligado injustamente a combatir un riesgo de otra persona o a actuar en el lugar del Estado o en lugar del público. Por esto es indispensable para un derecho de policía de un Estado de Derecho que un ciudadano obligado a la prevención de un riesgo, lo que muchas veces es difícil y costoso, tenga la oportunidad de defenderse.

La importancia de lo contencioso-administrativo por tribunales administrativos en el ámbito del derecho de policía

Para eso no es suficiente en un Estado de Derecho, la posibilidad de una reclamación ante las autoridades superiores de la que se exige la prevención del riesgo. Más bien, un ciudadano sólo puede defender sus derechos de manera efectiva, cuando él a través de una demanda se puede dirigir a un tribunal que está compuesto de jueces independientes. Mientras que el ciudadano se presenta ante una autoridad, sólo como un peticionario subordinado, el derecho de protección jurídica del ciudadano ante los tribunales de lo contencioso

administrativo, en el cual el dominio se traslada al juez, conlleva a que en el proceso administrativo la autoridad de policía se desplace de su anterior posición de dominio del proceso, a la posición de demandado. Primeramente, en el proceso administrativo existe igualdad de mecanismos, en Alemania hablamos de la "igualdad de armas", entre la policía y el ciudadano, que es necesaria, para que el ciudadano se pueda defender frente a la orden de la policía. En el proceso administrativo, los jueces determinan imparcialmente y sin estar sometidos a órdenes, si la policía debía obligar al ciudadano a la prevención del riesgo o si la policía vulneró derechos del ciudadano, lo cual es necesario para que éste se pueda defender efectivamente frente a una orden de policía. En el proceso administrativo deciden jueces independientes no vinculados acerca de, si la policía tenía el derecho de obligar al ciudadano para que él prevenga un riesgo, o si la policía ha infringido derechos del ciudadano. Por supuesto, la protección por parte de un tribunal de lo contencioso administrativo en la rama del derecho de policía tiene que configurarse de acuerdo con la ley de manera que la prevención de un riesgo no se retrase demasiado. Esto se logra en la mayoría de los casos con un auto de protección jurídica provisional, es decir, especialmente rápido, o bien, en tanto que la policía pueda ser controlada posteriormente, cuando el riesgo ya ha sido suprimido y resuelto. Es la así llamada demanda de constatación continuada (*Fortsetzungsfeststellungsklage*). Esta demanda es un instrumento desarrollado por la jurisprudencia con el que los jueces pueden controlar intervenciones del poder soberano en los derechos del ciudadano, aunque estas intervenciones se hayan solucionado, por ejemplo, con el paso del tiempo.

Derechos subjetivos como requisito para la protección judicial por tribunales de lo contencioso-administrativo en Alemania

Una efectiva protección jurídica del ciudadano presupone –en todo caso así lo vemos en Alemania–

⁴ Además son responsables el causante, el propietario del inmueble y el poseedor del inmueble que efectivamente ejerce ocupación material sobre el mismo.

derechos subjetivos del ciudadano. Nuestro Estado de Derecho nos garantiza numerosos derechos, que podemos oponer contra a él mismo y contra su policía. Además del derecho fundamental de propiedad que ya lo he mencionado, hay otros derechos fundamentales de los ciudadanos garantizados por la Constitución, como el derecho a la vida y a la salud; el derecho a la libertad de profesión y oficio; la libertad de opinión; el derecho de asociación, el derecho a la autodeterminación de la información, el derecho fundamental a la familia y el matrimonio; la inviolabilidad del domicilio, hasta la llamada libertad de acción, el cual implica al dejar hacer a cada uno lo que quiera, mientras no infrinja el orden jurídico o los derechos de los demás.

EL PRINCIPIO DE CERTEZA EN EL DERECHO DE POLICÍA

Para poder crear seguridad jurídica, y garantizar una efectiva protección jurídica a través de los tribunales, así como los derechos de los ciudadanos frente al Estado y su policía, en un Estado de Derecho las leyes en la rama del derecho de policía también tienen que explicitar para las autoridades de policía y los jueces que ejercen el control, bajo qué condiciones exactas la policía puede obligar al ciudadano a la prevención del riesgo. Debe existir claridad de cuándo en realidad se puede hablar de un riesgo para la seguridad o el orden público, que permita el requerimiento de los ciudadanos de policía. Y en realidad ¿Qué debe entenderse exactamente bajo seguridad y orden público? ¿Bajo qué condiciones se puede considerar como causante de un riesgo, a aquel a quien la policía ha obligado a eliminar el riesgo?

Para responder a tales preguntas, son necesarias reglas y directrices precisas. En un Estado de Derecho Democrático es deseable que dichas reglas y directrices sean expedidas por el Parlamento, es decir, que sean promulgadas a través de leyes formales. Sin embargo, los parlamentarios no tienen

la suficiente capacidad por el volumen de trabajo de ocuparse con intensidad constante de cada pregunta individual, en cada área del derecho. Por esto tiene que bastar que el Parlamento regule en una ley los principios fundamentales de una materia. Los detalles se pueden dejar a criterio de otro, es decir, a la reglamentación de la administración que expide decretos; a la administración que ejecuta las leyes y a los decretos en los casos particulares y, por último, pero no menos importante, a los tribunales. Los tribunales comprueban en muchos procesos la aplicación de la ley por parte de la policía y aclaran con sus sentencias los preceptos legales caso por caso y con ello eliminan dudas de interpretación. Así se crea una jurisprudencia consolidada que poco a poco desarrolla respuestas seguras a cuestiones jurídicas que se repiten constantemente. Una así llamada "jurisprudencia fomentadora" del derecho puede y debe complementar las decisiones del legislador parlamentario y mejorar la seguridad jurídica del Estado de Derecho. Si la solución de cuestiones particulares ha ganado una estructura fija a través de las decisiones judiciales, el parlamento puede, dado el caso, recurrir a ellas y completar y precisar sus leyes con escasa cantidad de trabajo. En el evento de que los parlamentarios no estén de acuerdo con el desarrollo de la jurisprudencia, puedan indicar una nueva dirección, mediante una modificación a la ley. Mi ejemplo a principio de la ponencia sobre la contaminación del medio ambiente a través de los residuos, confirma lo que acaba de decirse. En el año 1998 las responsabilidades del causante y del propietario de un suelo contaminado fueron parcialmente completadas y confirmadas en la nueva Ley Federal de Protección del Suelo, lo que ahora, como antes, en su núcleo es el derecho de policía.

La famosa cláusula general de policía

De ese modo el derecho de policía alemán se ha desarrollado durante mucho tiempo. Su punto de partida fundamental fue un código redactado por encargo de Federico II de Prusia (Federico el

Grande). Se trató del famoso Código de Derecho General Prusiano de 1794 (*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*). Éste determinaba que: "La función de la policía es lograr las medidas necesarias para mantener la calma, la seguridad y el orden públicos y para eliminar los riesgos que amenacen al público o a sus miembros".

A esa célebre cláusula general de policía recurrieron alrededor de 70 años después, en el último tercio del siglo XIX los recién creados tribunales administrativos como reglamento determinante para las actuaciones de la policía y para su control judicial. Las decisiones de los tribunales han precisado esta cláusula general cada vez más. Con esas precisiones del derecho de policía, el tribunal superior administrativo prusiano de Berlín ganó una amplia e indiscutida función modelo, es decir, no sólo para Prusia, sino también para los países no prusianos de Alemania, como Baden, cuyo código de penas policivas de 1863/71 conocía una similar cláusula general de prevención del riesgo, e incluso, para el derecho de policía de Austria y Suiza.

La precisión del concepto "riesgo" a través de la sentencia sobre "colina Kreuzberg" del Tribunal Superior Administrativo Prusiano

Especialmente célebre fue la conocida sentencia *Kreuzberg* del Tribunal Superior Administrativo prusiano de 1880 (que inclusive hoy todo buen estudiante de Derecho debe conocer). En esa sentencia *Kreuzberg*, el Tribunal Administrativo Superior prusiano estipuló, que la policía, a causa de la cláusula general de policía, sólo puede intervenir en los derechos de los ciudadanos en defensa de la seguridad y el orden público, pero no por otros motivos.

Kreuzberg es una colina en Berlín sobre la que se encuentra desde 1821 un monumento conmemorativo de la Guerra de Independencia de Prusia contra Napoleón (1813-1815). En el caso de la sentencia de *Kreuzberg* se trata de la promulgación del reglamento de policía de la jefatura superior

de policía real para Berlín en el año 1879, que se llamó decreto de policía "para la protección del monumento construido en memoria de la victoria en la guerra de liberación (contra Napoleón) como monumento nacional". Dicho decreto de policía ordenaba que las construcciones de edificios en los barrios alrededor del monumento a la victoria en la colina *Kreuzberg* en lo sucesivo sólo podrían ser construidos, cuando la vista a los pies de la ciudad del momento, no se entorpeciera y, viceversa, la vista del monumento desde la ciudad no se perjudicara. Basado en ese decreto de policía, al propietario de un inmueble le fue negado el permiso de construcción, porque su edificio sería muy alto y la vista sería obstruida. El enojado constructor se acordó de la frase célebre "¡Todavía hay jueces en Berlín!"⁵ y elevó una demanda.

Los magistrados del tribunal administrativo le otorgaron el derecho. Ellos subrayaron, en primer lugar, que la limitación a una construcción interviene en el derecho de propiedad del constructor. Las condiciones de una intervención de tal peso las tiene que formular el legislador de manera muy clara con arreglo al Estado de Derecho. El tribunal consideró, que la cláusula general de policía para la prevención de riesgos del código del Derecho general prusiano podría brindar la autorización legal necesaria para la limitación de la construcción, lo cual terminó por rechazar. Según la cláusula general de policía las autoridades sólo podían expedir reglamentos de construcción "para el mantenimiento de la calma (orden), seguridad y orden público, así como para la prevención de un riesgo inminente para el público o sus miembros".

Las autoridades de policía, apoyadas en la cláusula general de policía para prevención de riesgos, de-

⁵ La frase ¡Señor, hay todavía jueces en Berlín? según la leyenda, fueron enunciadas una vez por el molinero del palacio de Sanssouci al rey Federico II de Prusia. Según la leyenda el rey quería ordenar la demolición del molino a causa de su ruido. Esta leyenda es una ficción, pero el mito de una justicia correcta vinculada con esta cita se convirtió en el comentario estándar para sentencias dignas de credibilidad en Alemania.

bían expedir reglamentos de construcción para la protección contra incendios, contra inestabilidad de las edificaciones y para la protección de la salud, pero no podían expedir tales reglamentos por otros motivos, que no tuviesen relación con éstos, es decir, ni para la protección de tradiciones ni para la protección contra construcciones poco estéticas.

Una autorización ilimitada entraría en contradicción con el principio del Código de Derecho General Prusiano "que todo propietario...puede construir tan alto como él a bien tenga". En el Reglamento de Policía de 1879, la prevención del riesgo que éste contemplaba no sería el caso. La conservación de una vista sin obstáculos hacía la colina *Kreuzberg* y desde allí hacía la ciudad no tiene ninguna conexión con la prevención de un riesgo, sino, que sirve para el cuidado de la tradición y el impedimento de feas obras de construcción.

Si el legislador quiere que la policía limite los derechos de los ciudadanos por otras razones diferentes a la prevención de riesgos, entonces no es suficiente la cláusula general de policía, sino que el Parlamento tiene que crear bases jurídicas especiales para la intervención policial por otras razones.

A partir de la sentencia de *Kreuzberg* se crearon durante más de 50 años, hasta el fin de la República de Weimar, a través de una permanente y uniforme jurisprudencia en el derecho de policía, estructuras manejables y claramente previsibles del Estado de Derecho. De ahí que Prusia pudiera, al final de la efímera República de Weimar, fundir a través de la aprobación de la ley administrativa de policía de 1931, la anterior jurisprudencia. Las frases centrales de esta ley -1) cláusula de policía como base jurídica sólo para la prevención exclusivamente de riesgos reales, 2) La responsabilidad del causante del riesgo y responsabilidad del propietario de una cosa peligrosa, continúan vivos hasta hoy sin interrupción en las leyes de policía de todos los Estados federados alemanes.

La precisión del concepto del causante del riesgo a través de la sentencia del maniquí

Naturalmente la ley administrativa de policía de 1931 no podía contemplar cada matiz de la jurisprudencia en texto, por eso, con frecuencia se tenía que recurrir a la anterior jurisprudencia. Dentro de ella se encuentran, por ejemplo, otras dos sentencias célebres del tribunal superior administrativo prusiano, que han precisado bajo qué condiciones se puede considerar a alguien como causante de un riesgo, de manera que la policía deba intervenir contra esa persona: se trata de la "sentencia del maniquí" y de la "sentencia de la canción de la isla de *Borkum*".

El caso del "maniquí" del año 1901 (que fue confirmada en un segundo caso semejante en el año 1929⁶) se trataba del propietario de un almacén en una estrecha calle del centro de Berlín donde expuso figuras, que realizaban acrobacias movidos a través de un mecanismo. En ese entonces aquello fue tan espectacular que se amontonó una gran cantidad de curiosos sobre la acera de la vitrina. Los peatones que querían seguir adelante tenían por obligación que cambiarse a la calzada vehicular. Para evitar de la manera más efectiva el riesgo a la vida y a la integridad física que corrían los peatones, la policía exigió al propietario del almacén que retirara las figuras de la vitrina. Contra ese mandamiento policial, el propietario del local demandó y expuso que él no era el causante del riesgo, sino los mirones que se amontonaban por libre voluntad frente a su vitrina, bloqueando en esta forma la acera y obligando a los peatones a usar la calzada vehicular para avanzar. A consecuencia del reconocido principio del Estado de Derecho, según el cual la policía sólo puede intervenir contra quien en virtud de su comportamiento cause un riesgo, la policía tendría que intervenir

6 PROVG (Tribunal Contencioso-Administrativo Superior de Prusia), en: Amtliche Entscheidungssammlung (Recopilación oficial de decisiones del Tribunal Contencioso-Administrativo Superior de Prusia), tomo 40, pp. 216 y ss.

contra los mirones pero no contra él (dueño del local). El tribunal administrativo superior se pronunció en sentido contrario, sosteniendo: El causante de un riesgo es también aquel que indirectamente lo ha causado, porque fue el propietario del local quien mediante la exposición de maniquís quiso atraer los curiosos.

Incertidumbres que quedan a pesar de la precisión del concepto del causante del riesgo - La sentencia de la canción de la isla de *Borkum*

En una igualmente célebre sentencia, el caso de la canción de la isla *Borkum*, el tribunal superior administrativo decidió de diferente manera: No todo el que contribuya indirectamente a la producción de un riesgo puede ser obligado por la policía a evitarlo, si otros han causado directamente el riesgo. Se trataba de lo siguiente: A principios del siglo XX en la isla *Borkum* en el mar del norte, se tocaba periódicamente por la banda de música municipal, en aquel entonces la conocida marcha militar en aquel entonces: "Somos solidarios firmes y fieles, hipp, hipp, hurra". Con esta melodía muchos turistas en *Borkum* frecuentemente cantaban la canción compuesta alrededor de 1903, llamada canción de la isla *Borkum*.

Esta alababa en tres estrofas la belleza de la isla y el poder curativo de los balnearios de *Borkum*, pero en la última estrofa terminaba, con un escandaloso texto antisemita⁷. Sólo veinte años después de su interpretación continúa, la autoridad competente de policía prohibió por primera vez a la banda de música municipal tocar esta marcha. En consecuencia, el municipio interpuso una demanda contra la orden de la policía. El Tribunal Administrativo Superior le otorgó la razón a la comunidad y

anuló la prohibición. No era la música instrumental de la banda municipal lo que ponía en peligro la seguridad y el orden público, sino el canto del texto antisemita por parte de los turistas, sobre todo porque la canción en algunas ocasiones era cantada sin música. Los causantes responsables eran en realidad los cantantes entre los turistas, y la policía debía intervenir en contra de ellos. La sentencia es discutida hasta hoy. La mayoría de las veces es criticada, y según mi opinión con razón, porque en virtud del extendido antisemitismo en los balnearios alemanes a orillas del mar del norte en ese entonces, la reacción del público tenía que ser clara para la banda de música, es decir, que el tocar esta melodía llevaba automáticamente a que se cantara la melodía antisemita.

Márgenes valorativos de la administración (y los tribunales administrativos) a pesar de la precisión del concepto jurídico indeterminado "riesgo" – Abuso de la cláusula general en el régimen nacional socialista (los así llamados casos de suicidio y del boxeo femenino)

aa. Los así llamados casos de suicidio

El que el legislador no haya sido cuidadoso y fijado por escrito cada matiz del derecho aplicable en la misma ley, y que por eso, se haya tenido que confiar en la jurisprudencia –a veces dudosa como lo muestra el caso de la canción de *Borkum*–, no se debe sólo a la falta de capacidad de trabajo del legislador parlamentario. Las leyes útiles en el derecho de policía tenían (y tienen hasta hoy) que ser formuladas, además, tan abiertamente, que ellas ofrezcan a la policía una base legal frente a nuevos riesgos, para su prevención y para que se pueda actuar contra los causantes. Después de todo un eventual cambio paulatino en la opinión general, se puede soportar mejor sin que al mismo tiempo, la ley tenga que ser cambiada. Por eso el legislador ha conservado conceptos (jurídicos) relativamente indeterminados, como "riesgo para la seguridad y el orden público", con la esperanza

⁷ El texto de la canción está impreso en la recopilación de decisiones del tribunal superior administrativo de Prusia: PrOVG 80, 176 (177 ss.): En la playa de la isla *Borkum* solo tiene valor la alemanidad, la bandera es sólo alemana, (mantenemos puro el escudo de honor de Alemania como sea) quien se acerca a ti con pies planos, con la nariz torcida y los cabellos rizados, no debe disfrutar tu playa, el debe irse, debe irse, fuera!

de poder trasladar en adelante la precisión a los tribunales. En el Estado de Derecho del imperio alemán (1871-1918) y en la República de Weimar (1919- 1932) esa expectativa era justificada. Pero el Estado de injusticia del nacional socialismo que siguió después de 1933, utilizó las cláusulas generales para sus fines completamente diferentes. Los nazis exigían interpretar la cláusula general de la ley para la transformación del Estado a la luz de la ideología nacional-socialista. Los tribunales acogían paulatinamente esa exigencia nazi, porque algún magistrado erradamente creía que incluir las directrices nacional-socialistas en casos políticos no relevantes era inofensivo. Un ejemplo para esto eran los llamados casos de suicidio.

El Tribunal Administrativo Superior prusiano hasta el fin de la República de Weimar no vio ningún riesgo para la seguridad y el orden público en un suicidio, de manera que la policía no tenía permiso para impedir un suicidio. La literatura nazi denominó esto como falso y creyó que mediante estos casos podía mostrar ejemplarmente lo típico de su ideología. Sin embargo, la páfida segunda intención era hacer propaganda a favor del nacional-socialismo mediante casos que incluso en un Estado de Derecho se hubieran podido decidir de otra forma y así justificar el nacional-socialismo para cualquier aplicación del derecho: así, los Nazis afirmaban en estos casos de suicidio, que la integridad del pueblo sería lesionada, si uno de sus miembros se mata y se ilustraba insistentemente que se trataba, "de mantener el sustentador de la familia". A principios de 1939 el tribunal superior administrativo renunció expresamente a su posición anterior en contra de la ideología nacional socialista y decidió⁸: "Arriesgar grave e inútilmente la propia vida siempre va en contra del derecho de policía, y no sólo si se puede constatar un riesgo a otros niveles porque

al arriesgar su vida el particular como miembro del pueblo daña los intereses del pueblo." Los nacional-socialistas celebraron la sentencia como punto crucial a favor de la concepción de la policía en el Estado Nazi.

bb. La sentencia del boxeo femenino

Como otro ejemplo clásico de la transformación de los valores en el Estado nazi se invoca la sentencia sobre el boxeo femenino⁹. Aquí el tribunal administrativo superior prusiano ya en el año 1933 decidió, que la policía debía prohibir las peleas de boxeo femenino, porque ellas, según la ideología nazi, infringían el orden público. "Conforme a estas modificadas ideas, es incompatible con las características esenciales de la mujer, con su posición y su dignidad dentro del pueblo, que para la satisfacción de la curiosidad aparezcan en locales públicos personas del sexo femenino que en combate se golpeen mutuamente y busquen ocasionarse lesiones unas a otras".

Consecuencias de la cláusula general de policía en el Estado de Derecho: precisión del fundamento de la intervención para la actividad de la policía

De ese desarrollo en el tercer Reich, nuestro actual Estado de Derecho aprendió la lección de que las leyes de policía tienen que ser formuladas de una forma más precisa de lo que hasta entonces se había hecho. Las bases jurídicas consagradas en la ley para la intervención de la policía deben determinar de la manera más clara los requisitos típicos y las consecuencias jurídicas. Si bien la cláusula de policía, con su amplio requisito típico ("riesgo para la seguridad pública") y su consecuencia jurídica no específica, es decir, redactada con amplitud ("se podrán adoptar las medidas necesarias"), sigue siendo indispensable para que la policía tenga

8 Decisión del Tribunal superior administrativo de Prusia ProVG, Sentencia del 19. 11. 1933, publicada en la revista *Juristische Wochenschrift* 1934 pp. 63 y s.

9 Otros casos de aplicación son la evacuación de un local después de una amenaza de bomba, la evacuación de una casa por inundación, y la expulsión de un lugar por una reunión prohibida.

una base legal para la intervención también en el caso de nuevos riesgos.

Pero hoy en día la cláusula general de policía ha sido precisada en tres direcciones –y con ello se ha sido limitada en su ámbito de aplicación–: Los bienes jurídicos que la policía puede proteger (así llamados “bienes de protección policial”) han sido determinados de manera más exacta. Algunas leyes han limitado, y con ello precisado, las medidas (consecuencias jurídicas) que la policía puede emprender. Además, el concepto de “riesgo”, como requisito para la intervención de la policía, fue definido con mayor claridad que antes.

Precisión de los bienes jurídicos que la policía puede proteger en virtud de la cláusula general de policía

En primer lugar, el valor por el que la policía tiene permitido intervenir para su protección –la “seguridad pública”– ha sido precisado más concretamente que antes por la jurisprudencia (y después de ella por la legislación): La seguridad pública es un estado en el que: (1) se mantiene el orden jurídico objetivo y en el que, (2) los derechos individuales permanecen intactos y en el que, (3) se garantiza la capacidad funcional de todos los organismos estatales.

Precisión de las medidas que la policía puede adoptar por medio de bases legales específicas

En segundo lugar, los legisladores modernos se han esforzado por crear bases legales especiales y redactadas con mayor precisión para la intervención de la policía en caso de riesgos especiales, pero que ocurren con frecuencia (por una parte, las así llamadas autorizaciones estándar en el código de policía, y por otra, las autorizaciones en leyes que regulan materias especiales de la prevención de riesgos, como por ejemplo, la ley de protección del suelo o el código de tránsito). Para tales casos de “lex-specialis” los legisladores

han determinado más concretamente, al mismo tiempo, las medidas (consecuencias jurídicas) que puede adoptar la policía.

aa. El ejemplo de la orden de expulsión, en especial la de la vivienda en casos de violencia intrafamiliar

Pero ante todo, los legisladores modernos de los estados federados se han esforzado para precisar más detalladamente los especiales, pero frecuentes riesgos adicionales, creando detalladas bases jurídicas para la intervención policial. Así, por ejemplo, hasta hoy todos los Estados federados, por último en 2008 el Estado Federado de *Baden-Württemberg*, en el que se encuentra la ciudad de *Konstanz* han acogido un precepto legal en sus leyes de policía, según el cual la policía tiene permitido ordenar la expulsión de un lugar. A través de la expulsión de un lugar, una persona sería expulsada transitoriamente de este, o transitoriamente se le prohibiría la entrada a un sitio, si deben asegurarse actos oficiales o maniobras de rescate. El nuevo párrafo 27a párrafo 1 de la ley de policía del Estado Federado de *Baden-Württemberg* señala: “Para la prevención de un riesgo o para la supresión de una perturbación la policía puede expulsar provisionalmente a una persona de un sitio o prohibirle transitoriamente el ingreso a un lugar (Expulsión de un lugar)”¹.

La expulsión de un lugar, según la ley de policía de los Estados federados, sólo puede ser ordenada temporalmente. Lo que se tiene que entender por temporal depende de la clase del riesgo. Si de acuerdo con sus características el riesgo no se puede limitar en el tiempo (como por ejemplo el tráfico de drogas, consumo de drogas o las acciones violentas), entonces la expulsión del lugar en cuanto representa una medida adecuada, es admisible por corto tiempo. Las opiniones, están muy divididas: van desde las pocas horas, hasta dos semanas. La condición de la expulsión de un lugar es siempre la “prevención del riesgo”.

Consecuentemente la expulsión, conforme a los ya expuestos principios de policía, normalmente es admisible contra el causante del riesgo.

Un motivo importante para esta reforma sobre la expulsión de un lugar, fueron los múltiples casos en los que un padre de familia era violento con su familia. En tales casos, la policía expulsa de su vivienda al padre de familia violento y le prohíbe regresar. Esta orden era fundamentada por la policía del estado federado de Baden-Württemberg en la cláusula general de policía, hasta la expedición de la reforma en el año 2008.

En la literatura jurídica se criticó especialmente que estas expulsiones de la vivienda se basaran en la cláusula general de policía (§§ 1, 3 de la ley de policía del Estado federado alemán de Baden-Württemberg). Los críticos destacaban que se trata siempre de intervenciones de peso en los derechos fundamentales: en especial resultan afectados los derechos al matrimonio y a la familia, a la inviolabilidad del domicilio y dado el caso, a la propiedad del cónyuge expulsado, y de manera general la libertad de acción termina siendo limitada. Es dudoso si la cláusula general de policía para la prevención de riesgos es suficiente como base para intervenciones tan graves, sobre todo porque la ley de policía no está prevista para la limitación del matrimonio y la familia. Tampoco dice nada la cláusula general de policía sobre la duración admisible de la expulsión de la vivienda.

Los críticos en la literatura jurídica consideraban que el Principio de Certeza exige una regulación más precisa que la cláusula general para una intervención tan grave como la expulsión de la propia vivienda, ante todo, cuando se trata de un típico grupo de casos que además se presenta con frecuencia. Por esto, el Parlamento del Estado Federado de Baden-Württemberg decidió crear una base legal especial para la intervención en la reforma legislativa de octubre de 2008.

El nuevo párrafo 27a párrafo 3 frase 1 de la Ley de Policía de Baden-Württemberg expresa: "La Policía podrá expulsar de su vivienda y de su área directamente contigua a una persona cuando esto sea necesario para la protección de otra u otro habitante de esa vivienda (persona amenazada o lesionada) ante un riesgo considerable e inminente (expulsión de la vivienda)".

Para excluir en un futuro que el cónyuge expulsado de la vivienda regrese después de poco tiempo a su domicilio y se comporte con violencia nuevamente o que aceche al cónyuge débil en otro lugar, la ley modificada determina en el párrafo 27a párrafo 3 frase 2 lo siguiente: "Si ciertos hechos fundamentan la suposición de que un riesgo considerable continúa después de la expulsión de la vivienda, la policía puede prohibirle a la persona expulsada regresar a la vivienda o a su área directamente contigua (prohibición de reingreso) y acercarse a la persona lesionada o amenazada (prohibición de acercamiento)".

Sin embargo, con la nueva regulación de la expulsión de la vivienda en casos de violencia doméstica, no se acaban todos los reparos constitucionales. Todavía no se han aclarado con suficiencia las dudas que pueden presentarse en la República Federal de Alemania, porque la Ley Fundamental distribuyó las competencias legislativas entre la Federación y los Estados Federados. Los casos de violencia doméstica, por cierto, también fueron regulados por la Federación en una ley, la Ley Federal de Protección contra la Violencia.

Esta ley federal posibilita en casos de violencia intrafamiliar la asignación de la vivienda al compañero golpeado a través de un tribunal ordinario. En tanto, esta ley federal para la protección del cónyuge en peligro regula la expulsión de la vivienda, no se debe aplicar la ley de policía de los estados federados en estos casos; porque según la jerarquía de normas que está fijada en la Constitución

alemana, el derecho federal tiene preferencia ante el derecho de los estados federados (artículo 31 de la ley fundamental: "El derecho federal deroga el derecho de los estados federados"). Al mismo tiempo la ley federal impone requisitos un poco diferentes para la expulsión de la vivienda que las previstas en la ley de policía, para la protección del afectado. Ante todo, según la ley federal, siempre tiene que decidir un tribunal, y no solamente la autoridad de policía.

El requisito de la intervención de un tribunal es un ejemplo de la así llamada reserva judicial. La reserva judicial opera en el Estado de Derecho, precisamente para intervenciones graves en los derechos fundamentales, mediante una protección más fuerte de los mismos. En una expulsión de la vivienda, la intervención de un juez protege de manera más fuerte el importante derecho fundamental a la vivienda –que también le asiste al cónyuge violento– a cuando es la Policía la única que decide sobre la expulsión de la vivienda.

En conclusión, se debe decir, que una expulsión de la vivienda por la policía con base en el derecho de policía general sólo es procedente, siempre y cuando el cónyuge maltratado, no pueda conseguir ayuda judicial de acuerdo con el derecho federal. Según esto, en el futuro las expulsiones de vivienda apoyadas en el derecho de policía de los Estados Federados, sólo serán admisibles como máximo por 1 ó 2 días, porque en este espacio de tiempo se puede recibir de un tribunal civil un derecho provisional durante el tiempo restante de acuerdo con la ley federal.

Por tal razón, la regulación un poco divergente, según la cual el Estado Federado Baden-Württemberg en el nuevo párrafo 27a párrafos 4 y 5 de la Ley de Policía permite a ésta ordenar una duración de la expulsión de la vivienda más larga (hasta 4 semanas como máximo), tiene que ser interpretada conforme a la Constitución. La regulación ya no puede ser aplicada por la policía en tanto un

tribunal pueda decidir con base en la Ley Federal de Protección contra la Violencia.

bb. El ejemplo de la vigilancia policial de lugares públicos por medio de cámaras de video

Voy a pasar al siguiente ejemplo: siguiendo el modelo inglés es permitida, desde hace pocos años en Alemania, la vigilancia policial por cámaras en lugares públicos y esto ocurre por ejemplo; en las ciudades de *Mannheim* y *Singen*, por supuesto no tan frecuentemente como en Inglaterra. Una vigilancia por cámaras está sujeta en un Estado de Derecho a límites. Este sistema interviene en un derecho fundamental importante de la persona filmada, a saber, en su derecho de autodeterminación informativa, es decir, en el derecho de cada persona a determinar por sí mismo quién sabe qué y cuándo sobre ella. En tanto este método de vigilancia sea utilizado con base en las leyes de policía de los estados federados y eso hoy en día es la práctica, –de acuerdo con los preceptos del Estado de Derecho con respecto al derecho de policía descritos al inicio de la ponencia– este sólo debe ser utilizado para la prevención de riesgos actuales y futuros, pero no para la persecución penal. Por eso, la vigilancia por cámaras en lugares públicos, según las leyes de policía de los estados federados, tiene que permanecer limitada a la prevención de riesgos.

Sin embargo, justamente, en el caso de la vigilancia por cámaras, la diferenciación frente a la persecución penal represiva es difícil: ¿Cómo se puede comprobar si el filmar la venta de estupefacientes sirve como prueba para conducir un proceso penal –represivo– de tráfico de estupefacientes? o si ¿sirve para evitar el riesgo impidiendo la venta –preventivo–?, o ¿si incluso persigue ambos fines? Eso tiene que ser predeterminado y delimitado claramente a través de una ley a causa de la vinculada intromisión en los derechos fundamentales y las diferentes divisiones de competencia en el Estado Federal de Derecho. La cláusula general de policía

para la prevención del riesgo no es suficiente para esto, por distintas razones: ella permite una intervención de la policía a través de actos individuales, es decir, actos administrativos y sólo para evitar un riesgo concreto. Por el contrario, la vigilancia por cámaras debe ser posible sin motivo concreto, en tanto se haya demostrado, según la experiencia, que un lugar es peligroso para la seguridad pública. La vigilancia por cámaras es por ello eficaz en la antesala de riesgos concretos.

En segundo lugar, la vigilancia por cámaras debe, al mismo tiempo, servir como factor de intimidación frente a delitos, porque cualquier autor potencial tiene que temer, que en un proceso penal futuro materiales probatorios se pueden grabar y guardar como pruebas en su contra. Por eso, la vigilancia por cámaras cae en una zona gris entre la prevención del riesgo y la represiva persecución penal. En Alemania ello plantea difíciles cuestiones de derecho constitucional, porque en principio los Estados federados tienen la competencia legislativa para la prevención de riesgos; pero la persecución penal está a cargo de la Federación.

En tercer lugar, las medidas de policía con base en la cláusula general de policía para la prevención de riesgos en principio sólo son permitidas contra el responsable de un riesgo. Sin embargo, la cámara de video capta normalmente a todos los transeúntes sin tener en cuenta si ellos venden o no estupefacientes. Es decir, los legisladores de los estados federados tuvieron que decidirse en sus leyes de policía a acoger prescripciones especiales, que exigen razones específicas para una vigilancia por cámaras, conforme a la ley, con respecto a cualquier individuo. Una condición importante es que la vigilancia por cámaras sea abiertamente conocida por todos. La grabación oculta sería una infracción contra el derecho fundamental de cualquier persona a la determinación informativa. Incluso, las grabaciones públicas no son permitidas en todas partes o sitios, sino sólo en determinados lugares en los que según muestra la experiencia

la seguridad pública pueda ser perturbada. Puede ser dudoso qué es una toma pública y qué es un lugar en el que según la experiencia se perturba el orden público. Aquí los tribunales deben como siempre en el derecho de policía de un Estado de Derecho, precisar los detalles paulatinamente en sus jurisprudencias.

En Baden-Württemberg existen, desde hace poco tiempo, las primeras sentencias judiciales. Ellas concluyeron que la vigilancia por cámaras es conforme a derecho. Ante todo, el tribunal administrativo de *Mannheim* en una larga sentencia en julio de 2003, ha precisado de manera probada en el Estado de Derecho, a través de una interpretación cuidadosa, los requisitos de los nuevos preceptos de la ley de policía¹⁰. Conceptos jurídicos indeterminados como "riesgo" y "lugares" en los que la experiencia muestra que se vulnera la seguridad pública", sólo respetan la garantía constitucional de precisión exigida por el Estado de Derecho (*Bestimmtheitsgebot*) de la ley fundamental, si dichos conceptos jurídicos indeterminados pueden ser precisados de manera vinculante a través de la interpretación legal, de modo que se pueda prever que le está y qué no le está permitido a la policía en cada caso concreto. El tribunal superior administrativo ha declarado cuáles son esas condiciones de manera clara a favor de las capacidades funcionales del Estado y al mismo tiempo las ha interpretado restrictivamente para la protección del ciudadano. Por ejemplo, como lugares en los que según la experiencia, se vulnera la seguridad pública, sólo se tienen en cuenta los focos de criminalidad comprobados. Sin embargo, no creo que con ello se enmudezca a la crítica, porque ahora como antes, la regulación legal de la vigilancia por cámara es muy complicada y poco clara. Así y todo, la vigilancia por cámara en las ciudades de *Singen* y *Mannheim* fue cancelada, porque al

10 Tribunal Administrativo Superior del Estado Federado Alemán Baden Württemberg, publicada en la revista *Verwaltungsblätter Baden-Württemberg* 2004, pp. 20 y ss (25 s.).

parecer no fue demostrable un verdadero foco de criminalidad en ciertos lugares.

A esto se añade que el legislador de Baden-Württemberg modificó nuevamente los detalles de la vigilancia por cámara en la reforma de la Ley de Policía del 14 de octubre de 2008.

Las nuevas preguntas al derecho de policía en un Estado de Derecho que plantean la vigilancia por cámara y la expulsión de la vivienda del padre violento no son siempre fáciles de solucionar, pero con las herramientas tradicionales del Estado Derecho, se pueden resolver estas cuestiones de manera satisfactoria.

Precisión del concepto "riesgo"

Para garantizar de mejor manera que la policía actúe conforme al Estado de Derecho, los tribunales –en tercer lugar– han comprendido el concepto de riesgo para la seguridad pública de una manera más concreta, a través de la interpretación. Según ésta, se presenta un riesgo relevante para el derecho de policía en cuanto que un pronóstico verificable por un juez resulte que existe una situación en la que es suficientemente probable la ocurrencia de daños para el ordenamiento jurídico, para los derechos de los particulares o para la funcionalidad de las instituciones estatales. Con el requisito "daño" se aclara en esta definición que una simple afectación o una simple desventaja todavía no constituyen un riesgo en el sentido del derecho de policía. Del requisito "suficiente probabilidad" se sigue que un simple daño hipotético, cuya ocurrencia todavía es incierta (una así llamada contingencia), todavía no constituye un riesgo para cuya prevención la policía pueda intervenir en los derechos del ciudadano. Con mayor razón, la policía no puede intervenir en los derechos de los ciudadanos con base en simples especulaciones.

DESAÍOS AÚN NO SUFICIENTEMENTE SUPERADOS PARA LA DOGMÁTICA DEL DERECHO DE POLICÍA

Evidentemente, en la vida cotidiana siempre se presentan nuevas situaciones críticas, las cuales pueden amenazar a las personas y al Estado. El ordenamiento jurídico debe reaccionar a estas circunstancias con el fin de proteger adecuadamente a los ciudadanos, pero sin coartar de manera excesiva su libertad.

¿Intervención de la policía para la protección frente a amenazas en la "antesala" de un riesgo policial? ¿De la prevención de riesgos a la previsión de riesgos?

Al inicio de la ponencia resalté que en Alemania la policía puede intervenir en los derechos del ciudadano para evitar –de manera preventiva– daños para el Estado o para el ciudadano, que sin la intervención de la policía, ocurrirían con suficiente probabilidad, y que la policía puede intervenir, en virtud del derecho penal –de manera represiva– para perseguir delitos. Sin embargo, con esto, el ciudadano no está protegido frente a todas las contingencias. Aún cuando la seguridad absoluta no puede ser el objetivo de nuestro Estado de Derecho –porque con la densidad normativa necesaria para ello se perdería la libertad individual–, pueden existir contingencias que el Estado, a través de sus leyes y de su policía, tenga que evitar. Por tanto, es una tarea del legislador, de la jurisprudencia y de la ciencia jurídica, descubrir la relación apropiada entre seguridad y libertad.

Un ejemplo ilustrativo sobre esto se puede ver en el caso que tuvo que decidir el tribunal superior de Hamburgo en junio de 2009¹¹. Un ciudadano egipcio acudió a la policía en Hamburgo para comunicar que en la parada de autobuses había

11 Tribunal Administrativo Superior del Estado Federado Alemán Hamburgo, publicada en la revista: *Neue Zeitschrift fuer Verwaltungsrecht* 2009, pp. 878 y ss.

escuchado una conversación de tres hombres de apariencia árabe, uno de ellos cargaba un morral. Los tres hombres observaban un auto de la policía que se encontraba cerca y uno de ellos habría dicho en árabe: "No tengas miedo. Dame el morral, no importa lo que pase, con lo que vamos a hacer mañana seremos héroes ante Alá". Posteriormente, uno de los hombres habría citado versos del Corán, y la conversación continuó sobre temas del Corán hasta que ingresaron a un bus del transporte público. El bus tenía instalada una cámara de vigilancia.

Con base en la declaración del testigo y con el trasfondo de los atentados terroristas en aumento en el mundo, la policía decidió buscar a los tres hombres. Después de que varias medidas no dieron resultado, la policía decidió, para la prevención de riesgos, buscar a los hombres con la ayuda del público. Así, la policía informó a los medios de comunicación, los cuales publicaron el caso y las imágenes registradas por la cámara de video en los noticieros de televisión, los periódicos y en Internet.

Al verse en los noticieros de televisión, los tres hombres se reportaron ante las autoridades y resultó que no eran peligrosos.

Posteriormente, los tres hombres demandaron a la policía, solicitando que la justicia determinara que su búsqueda a través de los medios de comunicación había sido contraria a la ley.

El tribunal superior de Hamburgo consideró fundada la demanda por las siguientes razones: la búsqueda pública, en la que se divulgaron las fotos de los tres hombres, era una intervención en su derecho a la personalidad (Art. 2 párr. 1 de la Ley Fundamental - LF), especialmente, en su derecho a la auto determinación informativa (Art. 2 párr. 1 en conexidad con el Art. 1 párr. 1 LF). Para esta intervención la policía necesitaba una base jurídica (base legal de intervención). Como tal, sólo se podía considerar el párrafo § 21 frase 1 Nr. 2 del

la ley sobre el manejo de datos de la policía de Hamburgo, dicha norma señala lo siguiente: "La policía puede transmitir datos personales a entidades fuera del ámbito oficial en tanto que esto sea necesario para la prevención o eliminación de perjuicios considerables para el bien común (= primera alternativa) o afectaciones graves de posiciones jurídicas individuales de importancia, para la prevención de riesgos para la integridad corporal, la vida, salud, libertad personal o valores patrimoniales cuantiosos. (= segunda alternativa)".

Las fotos divulgadas de los demandantes constituían datos personales y la policía las entregó a los noticieros de televisión y los periódicos, es decir, a entidades fuera del ámbito oficial. Si se entiende el tenor literal del párrafo 21 en un sentido amplio, también se podría decir que la policía quería evitar perjuicios considerables para el bien común, como lo exige la primera alternativa de la norma. Quizá se podría observar –con una visión extensiva– como realizado también el tenor literal de la segunda alternativa–prevención de riesgos para la integridad corporal, la vida, etc.

No obstante, el tribunal superior de Hamburgo negó la aplicabilidad de esta base legal de intervención para el presente caso. Los requisitos de ambas alternativas eran, en parte muy indeterminados y no lo suficientemente claros; por tal razón, la norma debía interpretarse restrictivamente y de manera conforme a la Constitución, a la luz de los principios de determinación y de proporcionalidad inherentes al Estado de Derecho. A mayor importancia del derecho fundamental en el que interviene la policía, y entre más grave sea la intervención permitida por una norma, los requisitos allí contenidos tienen que ser más precisos y claros.

La primera alternativa del párrafo 21 permite la transmisión de datos incluso para la prevención de perjuicios considerables para el bien común. En la opinión del tribunal esto es inusual porque en el derecho de policía, tradicionalmente ésta

sólo puede intervenir para prevenir un riesgo. En vista de la gran importancia del derecho a la autodeterminación informativa, para permitir la transmisión de datos personales al público, el legislador hubiera tenido que imponer requisitos más precisos que diferenciaran la gravedad de la intervención respectiva.

También la segunda alternativa del párrafo 21 tiene, en opinión del tribunal, que ser interpretada restrictivamente a la luz del principio de constitucional de determinación. Conforme a la Constitución la policía solo puede divulgar datos personales a los medios de comunicación cuando realmente se trata de la prevención o para evitar un riesgo. Por tal razón, debe tratarse de una situación en la que si no se transmiten los datos a los medios, con suficiente probabilidad se producirían daños para la seguridad pública en un tiempo previsible. De acuerdo con lo anterior, deben diferenciarse los casos en los que la policía no sabe a ciencia cierta si una situación riesgosa tiene que ser prevenida o evitada. Si la ley sobre la transmisión de datos personales permitir la divulgación pública de datos personales apenas para establecer si existe en lo absoluto un riesgo (la así llamada intervención para la investigación de si existe un riesgo, es decir, para la previsión de riesgos en la antesala de la prevención de riesgos), entonces el legislador tendría que imponer requisitos precisos que se dirijan específicamente a la así llamada "situación previa" (es decir, a una situación en la antesala de un riesgo). Sin embargo, eso no fue hecho por el legislador con la claridad y precisión necesarias.

Como consecuencia, la policía de Hamburgo, de acuerdo con la interpretación conforme a la Constitución del párrafo 21 de la ley para el manejo de datos de la policía de Hamburgo, sólo puede divulgar datos al público si realmente existe un riesgo concreto. Por tal razón, no es suficiente una simple, así llamada, "sospecha de riesgo", para la que si bien existiendo indicios que denotan un

riesgo, en el marco de un análisis comprensivo de la situación, tales indicios no son suficientes para emitir un juicio sobre la posible ocurrencia de daños, o sobre si respecto del riesgo presente se puede esperar con una probabilidad suficiente la ocurrencia de un daño.

¿Lucha preventiva contra la criminalidad con base en el derecho de policía?

En la ciencia jurídica alemana actualmente se discute si puede utilizarse a la policía no sólo para la prevención de riesgos concretos con base en el derecho de policía –de manera preventiva–, y para la persecución criminal con base en el derecho penal –de manera represiva–, sino también si además de la prevención de riesgos y de la persecución criminal existen otras tareas para la policía: la prevención de delitos futuros (así llamada prevención criminal) y la previsión de que si se cometen delitos en el futuro, éstos puedan ser perseguidos de manera más efectiva (la así llamada previsión para la persecución de delitos futuros). No puedo adentrarme en las particularidades de esta discusión en esta ocasión. Sin embargo, puede decirse en contra de un desprendimiento así de revolucionario de las competencias de la policía respecto del requisito de un riesgo concreto, o en otras palabras, en contra de una nueva orientación parcial del derecho de policía, se perdería la previsibilidad del derecho de policía que caracteriza nuestro Estado de Derecho.

La unificación de Europa como reto para un derecho de policía jurídico-estatal

Otro gran desafío para el Derecho de Policía de nuestro Estado de Derecho se avisara precisamente con la unificación de Europa.

En el marco de su cooperación policial, los Estados miembros de la Unión Europea, a través de un tratado de derecho internacional, crearon una autoridad europea de policía, la organización internacional de nombre EUROPOL. Esta autoridad euro-

pea de policía es un instrumento de cooperación de los Estados miembros de la Unión Europea para la lucha contra el crimen organizado en las áreas del tráfico ilegal de drogas, tráfico ilegal de sustancias nucleares, tráfico ilegal de inmigrantes, trata de personas, terrorismo, falsificación de dinero y lavado de activos. La autoridad de policía europea debe reunir información, seleccionarla, analizarla y ponerla a disposición de los Estados miembros. La autoridad tiene su sede en la ciudad holandesa de la Haya y comenzó actividades en 1999.

La EUROPOL hace a la policía europea más eficaz que antes, aún cuando hasta ahora sólo este limitada a la recolección y puesta a disposición de las policías nacionales de la información recolectada. A pesar que ha mejorado la eficacia de la policía, la autoridad europea de policía se ha expuesto a considerables críticas por su actual forma de actuación. Pues ha reducido sensiblemente el nivel de conformidad del derecho de policía con el Estado de Derecho que se había alcanzado en Alemania. Así se debilita la protección de datos de los ciudadanos y con ello también el derecho al libre desarrollo de la personalidad, en especial, el ya mencionado derecho de autodeterminación informativa. Además, el derecho europeo no separa como el alemán entre actuaciones preventivas y represivas de la policía. Por eso, la EUROPOL puede recolectar datos para la prevención de riesgos y para la persecución penal. Se suprime así una forma especial de la división de poderes, que para el Estado federal alemán es típica y que debe limitar el poder estatal soberano para la protección de los ciudadanos. En Alemania se vinculan a la distinción entre preventivos y represivos, diferentes competencias legislativas: Para el derecho penal es competente el legislador federal, para el derecho de policía en principio el estado federado. Para la protección de datos, esta protección por

la división de poderes se elimina en el futuro. Sin embargo, el más grave retroceso se presenta porque la protección jurídica del ciudadano a través de los tribunales administrativos se excluye frente a la EUROPOL. La autoridad de policía europea no es una autoridad nacional, contra la cual se podría apelar ante un tribunal alemán. El derecho europeo tampoco prevé controles por parte de jueces independientes con respecto a la autoridad europea de policía, especialmente, hasta ahora, el tribunal europeo en Luxemburgo no es competente. La autoridad de policía europea, EUROPOL, fortalece la eficacia de la policía, pero hasta ahora, a costa, del Estado de Derecho en el derecho de policía. Por eso Alemania debe promover con mayor fuerza las garantías tradicionales del Estado de Derecho en el derecho de policía con ocasión de la cooperación policial en Europa. De otra parte, está fuera de duda que la criminalidad internacional en una Europa creciente, es un gran desafío para la policía, que justamente tiene que ser superado para la protección del Estado de Derecho y sus ciudadanos. Por eso no vamos a poder imponer cada avance de nuestro derecho de policía en el resto de Europa. Pero ¿Qué es renunciable, y qué es indispensable? Renunciable es quizás la separación dogmática entre las bases legales represivas y preventivas, si se puede lograr el objetivo que allí se persigue –la protección del ciudadano a través de bases legales precisamente delimitadas para la policía– de otra manera. Esto puede lograrse de forma exitosa a través de la formulación clara de las bases legales. Indispensable, sin embargo, sería que los tribunales de lo contencioso administrativo pudieran controlar, para protección de los derechos de los ciudadanos, las actuaciones de la policía europea. Por esa razón se debe valorar especialmente que el tribunal europeo reciba una competencia sobre las actuaciones de la autoridad de policía europea de *"lege ferenda"*.