

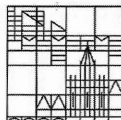
ODUBER ALEXIS RAMÍREZ ARENAS, JULIÁN VALERO TORRIJOS, REMEDIO SÁNCHEZ FERRIZ, ANDRÉS BOIX PALOP, CIRO NOLBERTO GÜECHÁ MEDINA, LORENZO COTINO HUESO, GABRIEL DOMÉNECH PASCUAL, JÖRG EISELE, FABIÁN CAMILO MARTÍNEZ GUERRERO, FERNANDO MADERO MORALES, GABRIEL BARRETO, GUILLERMO CASTRO, HUGO ALEJANDRO SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, MARTIN IBLER, JAIME RODRÍGUEZ NAVAS, JHON JAIRO MORALES ALZATE, JUAN CARLOS DELGADO D'ASTE, SOPHIE SCHÖNBERGER, JOSÉ MARTÍNEZ, MAURICIO TORRES GUARNIZO, PATRICIA CASTRO DE CÁRDENAS, NIELS PETERSEN, ANDREAS POPP, GÖRAN ROLLNERT LIERN, MICHAEL STÖBER, ARIANNA VEDASCHI, JACQUES ZILLER

LAS TENSIONES ENTRE LIBERTAD Y SEGURIDAD



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA
BOGOTÁ

Universität
Konstanz



Las tensiones entre libertad y seguridad / Oduber Alexis Ramírez Arena y otros ;
compiladores Martín Ibler, Ciro Nolberto Güechá Medina. -- Bogotá : Grupo
Editorial Ibáñez, 2017.

392 páginas ; 24 cm.
Incluye bibliografía.
ISBN 978-958-749-722-9

1. Libertad (Derecho) 2. Protección 3. Internet - Medidas de seguridad 4.
Acceso a la información 5. Habeas data I. Ramírez Arena, Oduber Alexis, autor
II. Ibler, Martín, compilador III. Güechá Medina, Ciro Nolberto, compilador.

342.085 cd 21 ed.
A1561461

CEP-Banco de la República-Biblioteca Luis Ángel Arango

© MARTIN IBLER
CIRO NOLBERTO GÜECHÁ MEDINA
(Editores y Compiladores)

© GRUPO EDITORIAL IBÁÑEZ
Carrera 69 Bis N° 36-20 Sur
Teléfonos: 2300731-2386035
LIBRERÍA:
Calle 12 B No. 7-12. L. 1
Tels: 2847524-2835194
www.grupoeditorialibanez.com.

ISBN: 978-958-749-722-9

Diseño de Portada: David Andrés Cortes
Diagramación electrónica: Deissy Alejandra Rodriguez.

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro por cualquier proceso reprográfico
o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo.

Ley 23 de 1982.

® 2017.

CONTENIDO

PRÓLOGO.....	11
LA PROTECCIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD POR LA CIDH Y SU IMPLICACIÓN EN LA SEGURIDAD JURÍDICA DEL ADMINISTRADO ODUBER ALEXIS RAMÍREZ ARENAS.....	13
LIBERTAD Y SEGURIDAD EN INTERNET: EL PAPEL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS JULIÁN VALERO TORRIJOS.....	25
LA SEGURIDAD EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL REFLEXIÓN A LA LUZ DE ALGUNAS CONSIDERACIONES COMPARADAS REMEDIÓ SÁNCHEZ FERRIZ.....	39
LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS DE INSPECCIÓN Y SU EXPANSIÓN AL AMPARO DE RAZONES DE SEGURIDAD FRENTE A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ANDRÉS BOIX PALOP.....	57
LA INEXISTENCIA DE DISCRECIONALIDAD EN LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN Y SU INCIDENCIA EN LOS PRINCIPIOS DE SEGURIDAD Y LIBERTAD CIRO NOLBERTO GÜECHÁ MEDINA.....	71
DERECHOS FUNDAMENTALES Y CONTROL E INVESTIGACIÓN DE LAS COMUNICACIONES Y DE LA INFORMACIÓN QUE ESTÁ EN LA “NUBE”. ESPECIAL ATENCIÓN A LAS MÁS RECIENTES LEYES EN EUROPA LORENZO COTINO HUESO.....	87
CONTROL PREVIO VS. CONTROL POSTERIOR DEL EJERCICIO DE LA LIBERTAD GABRIEL DOMÉNECH PASCUAL.....	105

LUCHA CONTRA EL TERRORISMO A TRAVÉS DEL DERECHO PENAL JÖRG EISELE	121
COMPETENCIAS Y ATRIBUCIONES ESTATALES PARA EL FORTALECIMIENTO DE LA ACCIÓN PENAL EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN FABIÁN CAMILO MARTÍNEZ GUERRERO	133
¿HACIA UNA ARISTOCRACIA JUDICIAL? DE LA ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD: DE LA LIBERTAD COMO ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA A LA SEGURIDAD O INSEGURIDAD JURÍDICA EN UN ESTADO SOCIAL DE DERECHO FERNANDO MADERO MORALES	147
RESTRICCIONES A LAS LIBERTADES PARA LA PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD DEL ESTADO. LIBERTAD DE EXPRESIÓN, INFORMACIÓN Y PRENSA GABRIEL BARRETO	159
CONTEXTO Y CERTEZA DE LOS LÍMITES APLICATIVOS DE LA VIGILANCIA ESTATAL Y DEL HABEAS DATA EN EL DERECHO COLOMBIANO GUILLERMO CASTRO	175
EL DERECHO A LA LIBRE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA VS. LA SEGURIDAD DE LOS ESTADOS EN LAS FRONTERAS HUGO ALEJANDRO SÁNCHEZ HERNÁNDEZ.....	191
LUCHA CONTRA “PELIGROS” COMO TAREA DEL ESTADO CON LA COLABORACIÓN DE PARTICULARES MARTIN IBLER.....	205
SEGURIDAD Y LEGÍTIMA DEFENSA COLECTIVA EN EL ORDEN INTERNO: UN ESTUDIO DE CASO. JAIME RODRÍGUEZ NAVAS	219
LIMITES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA FUERZA PÚBLICA EN LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN JOHN JAIRO MORALES ALZATE.....	229
DINÁMICA JURISPRUDENCIAL DEL CONSEJO DE ESTADO FRENTE A LA RESPONSABILIDAD DE LA NACIÓN POR LA FALLA DEL SERVICIO DE LOS AGENTES DE LA FUERZA PÚBLICA JUAN CARLOS DELGADO D’ASTE	245

LIBERTAD Y SEGURIDAD EN EL MUNDO DIGITALIZADO - PROTECCIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y VIGILANCIA INTERNACIONAL DE DATOS SOPHIE SCHÖNBERGER.....	257
SEGURIDAD CIBERNÉTICA: DESAFÍOS PARA EL ESTADO DE DERECHO JOSÉ MARTÍNEZ SORIA	269
ANÁLISIS ECONÓMICO DEL “POSCONFLICTO” LA REESTRUCTURACIÓN DE LAS FUERZAS ARMADAS MAURICIO TORRES GUARNIZO.....	283
RESTRICCIÓN DE LA LIBERTAD CONFORME A LA CARTA POLÍTICA COLOMBIANA Y AL SISTEMA PENAL ACUSATORIO PATRICIA CASTRO DE CÁRDENAS	293
EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS MEDIDAS CONTRA EL TERRORISMO NIELS PETERSEN	305
DERECHO DE SEGURIDAD PARA LOS EX-RECLUSOS ANDREAS POPP	315
SEGURIDAD, TERRORISMO Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN. EL MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL DE LA INCITACIÓN AL TERRORISMO GÖRAN ROLLNERT LIERN.....	327
ADMISIBILIDAD Y LÍMITES DE LA VIDEOVIGILANCIA PRIVADA MICHAEL STÖBER	341
EL SECRETO DE ESTADO EN EL MARCO CONSTITUCIONAL, LEGISLATIVO Y JURISPRUDENCIAL ITALIANO ARIANNA VEDASCHI.....	357
RAÍCES Y SIGNIFICACIÓN DEL CONCEPTO DE ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA JACQUES ZILLER.....	375

LUCHA CONTRA "PELIGROS" COMO TAREA DEL ESTADO CON LA COLABORACIÓN DE PARTICULARES

MARTIN IBLER¹

A. LUCHA CONTRA PELIGROS COMO TAREA DEL ESTADO

A las tareas que el Estado en principio no deja a nadie más, sino que las cumple a través de sus funcionarios, pertenecen típicamente la persecución penal y la lucha contra peligros para la seguridad pública. Hasta hoy es el servicio de protección de seguridad el fin más importante del Estado.

En Alemania empezó la toma de estas tareas de seguridad por el Estado en la Edad Media. En 1495 el emperador alemán ordenó la eterna paz general. Esto prohíbe la violencia autorizada, hasta entonces, entre personas privadas, particularmente la venganza, venganza de sangre y el llamado altercado. Como sustitución para la pérdida del derecho a tomarse la justicia por su mano a través de altercado, fue encargada a la autoridad la solución de disputas; con ello, la autoridad se hace cargo a la vez del cuidado de la seguridad pública.

Hacia el final del Sacro Imperio Romano de la nación alemana (existente entre 963 y 1806) indica la entonces más grande compilación de leyes, el Código Prusiano de 1794, la tarea de luchar contra peligros para la seguridad pública, expresamente a la policía. Mientras que la persecución penal como tarea del Estado permaneció indiscutible, paulatinamente cambió el entendimiento de la tarea del Estado sobre la seguridad pública.

¹ Profesor y exdecano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Konstanz (Alemania), doctor honoris causa de la Universidad Santo Tomás (USTA), Bogotá. Profesor de la Maestría en Derecho Público de la Universidad Santo Tomás en convenio con la Universidad de Konstanz. El autor quiere expresar su agradecimiento a la abogada Diana Carolina Sanabria Ramírez (USTA) por su ayuda con la traducción de esta ponencia.

Ésta, originariamente, se tenía abarcada como un derecho del soberano y su policía, tutelar absolutamente a los súbditos para lograr, de este modo, el bienestar y la felicidad de todos. En el siglo XIX se impuso un estrecho entendimiento: Su meta debería ser sólo la lucha contra peligros para proteger a los ciudadanos y al Estado frente a daños futuros a la seguridad pública.

A decir verdad, esta obligación del Estado no está formulada así en la Ley Fundamental de 1949. Se desprende de la interpretación de esa Constitución, que la lucha contra peligros rige, para nosotros, como la más importante de las tareas del Estado². Incluso, la Ley Fundamental tampoco define las palabras “peligro para la seguridad pública”. Estos conceptos son aclarados en el derecho de policía³. Peligro es una situación en la que con suficiente probabilidad es producido, en tiempo previsible, un daño a la seguridad pública. Seguridad pública es un estado que se compone de tres elementos: El orden jurídico, los bienes jurídicos del individuo y el funcionamiento del Estado tienen que permanecer íntegros.

La Ley Fundamental exige adicionalmente en el artículo 33, párrafo 4, que el desempeño de tareas estatales, como asunto permanente, tiene que ser encargado, por regla general, a los funcionarios públicos. Con ello, consta para Alemania que la lucha contra peligros es una tarea que el Estado debe cumplir a través de agentes de policía. Pero ni la formulación de este artículo (“por lo general”), ni otras normas de la Constitución excluyen el cumplimiento de la tarea del estado de lucha contra peligros recurriendo a capacidades, conocimientos y fuerza financiera de los ciudadanos, cuando esto sirve a una protección efectiva contra peligro público.

B. COLABORACIÓN DE PARTICULARES EN LA TAREA DEL ESTADO DE LUCHA CONTRA PELIGROS

Además, desde tiempos inmemoriales es reconocido que el Estado no siempre y no en cada caso puede ofrecer una protección completa frente a cada peligro a través de fuerza propia, sin limitar excesivamente la libertad

² Cfr. p.e. Gusy, Christoph. “Rechtsgüterschutz als Staatsaufgabe, Verfassungsfragen der Staatsaufgabe Sicherheit“. En: *Revista Die öffentliche Verwaltung*, 1996, pp. 573 y ss. (574, 577 y s).

³ Cfr. p.e. IBLER, Martin. „Polizeirecht Baden-Württemberg“. En: ENNUSCHAT/IBLER/REMMERT (ed.), *Öffentliches Recht in Baden-Württemberg*, § 2 núm. marg. 63 y ss.

de las personas. También la protección de la libertad es una tarea del Estado⁴. Justamente un Estado de Derecho tiene que aceptar y arriesgar que su policía no pueda eliminar cada peligro. De esta manera surgen vacíos de protección incluso con peligros conocidos, pero sobre todo con nuevos, en particular, por los terrorismos internacionales y el crimen organizado. También desarrollos que son deseables, en particular el desarrollo científico y tecnológico, pueden traer consigo nuevos peligros. Para prevenir los vacíos de seguridad, el Estado integra a determinadas personas privadas en la lucha contra peligros por varias figuras jurídicas.

I. FORMAS BÁSICAS DE UNA PARTICIPACIÓN DE PARTICULARES EN EL CUMPLIMIENTO DE LA TAREA DEL ESTADO DE LUCHA CONTRA PELIGROS (UNA SELECCIÓN)

1. ENCARGO A PARTICULARES DE FUNCIONES PÚBLICAS CON PODER ESTATAL ("BELEIHUNG")

Una primera categoría es el llamado encargo a particulares de funciones públicas. Hablamos de encargo, cuando el Estado federado encarga ampliamente tareas estatales a determinadas personas privadas mediante ley o en virtud de ley, y estas personas son dotadas de poder soberano, para el cumplimiento de dichas tareas, por ejemplo, con la facultad de emitir actos administrativos. El particular no es incorporado en el aparato estatal, sobre todo no es él un funcionario público. Aunque el encargo de los particulares con facultades estatales con ocasión del artículo 33, párrafo 4 de la Ley Fundamental debe permanecer como la excepción, ocurre bastante frecuente, también para la lucha contra peligros. Un ejemplo de ello son los pilotos. La Ley Federal de Seguridad Aérea – "Luftsicherheitsgesetz" –⁵ encarga en su parágrafo 12 al capitán de vuelo "como particular con funciones públicas" la tarea, de cuidar durante el vuelo de la conservación de la seguridad a bordo y, para ello, le da las facultades soberanas necesarias. Él puede, entre otras cosas, comprobar la identidad de una persona, asegurar objetos, registrar una persona o cosas y atar a una persona, cuando hechos justifican la suposición de que la persona atacará o dañará al piloto o a terceros. Es por ello que el piloto

⁴ WALLERATH, Maximilian. *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6ª ed. 2009, § 2 núm. marg. 22.

⁵ Boletín oficial de la República Federal de Alemania de 2005, tomo I, pp. 78 y ss.

está vinculado especial y explícitamente al principio de proporcionalidad, el cual no rige precisamente para la actividad de personas privadas.

2. AYUDA EN LA ADMINISTRACIÓN POR PARTICULARES (“VERWALTUNGSHILFE”)

Una segunda categoría de la participación en la tarea del Estado de protección contra peligro es el empleo de personas privadas como ayudante administrativo. Un ayudante administrativo no ostenta –contrario a un particular con funciones públicas– facultades soberanas; él permanece del todo como persona privada. Un ejemplo típico es la empresa de remolques, que es llamada por la policía luego de un accidente de tráfico para que remueva los autos accidentados de la calle. La policía celebra con la empresa un contrato privado de obra. Sobre estas bases, la empresa operará bajo el derecho privado y por lo tanto no está sujeta a la supervisión de Estado. Ella sólo debe remolcar los autos, lo que le está permitido hacer incluso si el propietario del auto no estuviera de acuerdo. Decimos que el ayudante administrativo actúa como “brazo extendido de la policía” en el despeje del lugar peligroso del accidente, mejor dicho, actúa como “herramienta”, sin ser en sí policía; sin embargo, su actuar se le atribuye a la policía⁶.

3. DEBER DE POLICÍA (“POLIZEIPFLICHT”) Y LLAMADOS PARECIDOS A LOS PARTICULARES AL SERVICIO

Una importante tercera forma de integración de particulares en la lucha contra peligros se estipula en Alemania en las leyes de policía de la Federación y de los Estados federados. Estas declaran a determinadas personas como corresponsables para la eliminación de peligros⁷.

a. *Corresponsabilidad del propietario y del poseedor de un objeto peligroso*

Son corresponsables de la lucha contra peligros según las leyes de policía, por un lado, personas que son propietarias de un objeto peligroso o las que tienen el control físico sobre un objeto peligroso. Corresponsable significa concretamente que la policía puede recurrir a esos ciudadanos a través de

⁶ P.e. WALLERATH, Maximilian. *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6ª ed. 2009, § 3 núm. marg. 62.

⁷ Cfr. p.e. §§ 6, 7 de la Ley de Policía del estado federado Baden-Württemberg.

acto administrativo para la lucha contra el peligro. La policía determina y declara si existe un peligro y decide qué debe hacerse para combatirlo; luego, de acuerdo con su discrecionalidad, ordena al propietario del objeto peligroso implementar determinadas medidas. El propietario de un terreno contaminado puede recibir orden de la policía para que drague la tierra contaminada e implemente un confinamiento de residuos peligrosos. El propietario de una casa en ruinas puede recibir orden de demolerla. Los costos de esta eliminación del peligro deben ser asumidos, en principio, por el propietario. Lo que se impuso a cada propietario por ley y, a su vez, se precisó "responsabilidad legal policial" por el estado peligroso de un objeto propio, lo que puede justificar el legislador con el artículo 14, párrafo 2 de la Constitución alemana. Esta norma reza: "La propiedad obliga. Su uso debe servir al mismo tiempo al bien común". Después el legislador puede presuponer que un propietario "prudente" se ocupa de que su objeto no quebrante la seguridad pública. Para el titular del control físico sobre un objeto peligroso rige lo respectivo de acuerdo con el concepto de propietario de la Ley Fundamental (diferente del concepto de propietario del Código Civil Alemán), el cual incluye al poseedor regular.

b. Corresponsabilidad del causante de un peligro

Las Leyes de Policía declaran como igualmente corresponsable a personas que con su comportamiento hayan causado peligro para la seguridad pública. Corresponsable significa también aquí que la policía investigue la presencia de un peligro y, luego, de acuerdo con su debida discrecionalidad, pueda ordenar al causante del peligro, mediante acto administrativo, eliminar el peligro y acarrear con los costos de dicha eliminación. La responsabilidad legal policial que, por ley, se precisa e impone al causante de peligro por su comportamiento peligroso no tiene objeción constitucional. Parecido a lo que sucede con "un propietario prudente" que se ocupa de que su propiedad no quebrante la seguridad pública, es un "agente prudente" quien se esfuerza por actuar sin generar peligro para la seguridad pública.

c. Integración de otras personas responsables de un peligro

Mediante ley, el Estado puede imponer, en casos especiales, corresponsabilidad a otras personas para la lucha contra un peligro para la

seguridad pública, siempre y cuando la responsabilidad estatal para la lucha contra peligros no sea abandonada. Los legisladores alemanes estipularon como corresponsables para la lucha contra peligros a las siguientes personas: Los titulares de custodia (por ejemplo, padres), cuando niños y jóvenes hasta los 16 años han producido el peligro, además de los antiguos propietarios de terrenos contaminados, así como los sucesores universales (en particular, los herederos) cuyo comportamiento ha causado un peligro. También a ellos puede la policía ordenarles, mediante acto administrativo, la eliminación del peligro e imponerles los costos de ello.

d. Lucha contra peligros con la ayuda de no-perturbadores

También puede el Estado en casos especiales de emergencia, en los que la policía no puede recurrir ni a un propietario ni a un causante de peligro para la lucha contra peligros, y tampoco son suficientes los medios propios de la policía para la lucha contra peligros (o sea, en el llamado estado de emergencia policial), puede la policía obligar a personas completamente ajenas, llamadas no-perturbadoras, mediante acto administrativo a combatir el peligro siempre y cuando esos terceros estén en la posición de la lucha contra el peligro, por ejemplo, a través de conocimientos y capacidades especiales. Pero diferente de lo que sucede con el propietario y con responsables de un peligro por su comportamiento, el Estado no puede imponerle al no-perturbador los costos de la eliminación del peligro.

4. EL LLAMADO LEGAL A LOS PARTICULARES AL SERVICIO DE LOS PARTICULARES PARA LA LUCHA CONTRA PELIGROS (“INPFLICHTNAHME PRIVATER”), FUERA DEL DERECHO DE POLICÍA

Aparte de los hasta ahora mencionados grupos de casos, clasificados en el derecho de policía, el Estado alemán contribuye por medio de otras figuras jurídicas a la lucha contra peligros y recurre para esto a los particulares. Una reconocida figura jurídica es el “llamado legal a los particulares al servicio”.

a. El llamado legal a los particulares al servicio las empresas petroleras para el almacenamiento de petróleo

Un ejemplo típico de esto es la obligación de las petroleras para el almacenamiento de petróleo con el fin de prevenir crisis del petróleo. En

los años 50 y 60, el acelerado avance tecnológico en Alemania guió a una dependencia del petróleo, que tuvo que ser importado en un 90% de países fuera de Europa. Por esto, una ley de 1965 debió precaver peligros que amenazaban debido a la dependencia de las importaciones. Eso obligó a los dueños de empresas a introducir los productos derivados del petróleo (gasolina, diésel, aceite combustible, entre otros) o a fabricar(los) del petróleo importado, a invertir a expensas propias de sus empresas en una reserva de 45 o 65 días.

El Tribunal Constitucional Federal Alemán vio en esta reserva de petróleo (ya en 1971) "una tarea pública,... en estricto sentido, una tarea estatal"... para prevenir "la generalidad de peligros amenazantes"...; aquí el Tribunal Constitucional Federal Alemán pone como límite a la potestad del legislador el derecho fundamental a la libertad del ejercicio de profesión⁸.

Este llamado legal a los particulares al servicio se diferencia de la expuesta responsabilidad legal del propietario y del poseedor regular de un objeto peligroso, así como de la responsabilidad del agente por su actuar peligroso. Las petroleras también serán hechas responsables en virtud de ley, pero a decir verdad, ellas no tienen nada que ver con el peligro amenazante; ellas no cuentan con ningún objeto peligroso y tampoco causan un peligro con su comportamiento. Su posición se asemeja mucho más a la de un tercero, que en efecto excepcionalmente es llamado por el Estado para combatir el peligro, como los no-perturbadores en el caso de emergencia policial, cuando ni el propietario o el agente responsable, ni el Estado a través de la policía, pueden eliminar el peligro. A diferencia de estos, las petroleras tienen que acarrear por sí mismas con todos los costos y tampoco tienen derecho a resarcimiento alguno. No obstante, el Tribunal Constitucional Federal Alemán declaró este llamado a los particulares al servicio como proporcional y constitucional.

Hoy asciende la duración de la reserva a 90 días y es una corporación federal pública la que se encarga de aunar la reserva de petróleo. Las empresas económicas, que importan derivados del petróleo o que los fabrican a partir de petróleo importado, son, en virtud de ley, miembros de esta unión de reserva de petróleo (Ley de Reserva de Petróleo -

⁸ Tribunal Constitucional Federal Alemán, Sentencia: En BVerfGE (compilación oficial) tomo 30, p. 292 (312 y ss.).

“Erdölbevorratungsgesetz”)⁹. Entonces, los privados tomados en servicio por el Estado resultan hoy, afiliados a una persona jurídica de derecho público fundada por el Estado, debido a una afiliación legal obligatoria.

b. *El llamado legal a los particulares al servicio para la ayuda con siniestros (parágrafo 323c Código Penal Alemán)*

Otro llamado legal a los particulares al servicio que debe contribuir a la lucha contra peligros, lo preceptuó el legislador en el parágrafo 323c del Código Penal Alemán: “Quien en casos de accidentes o de peligro público o necesidad no preste ayuda, ... será castigado con pena privativa de la libertad de hasta un año o con multa”.

5. JUSTICIA POR MANO PROPIA DE LOS PRIVADOS

Un quinto tipo de incorporación de los privados en la lucha contra peligros, que tiene un ámbito de aplicación muy estrecho, yace en el que Estado deja a las personas privadas determinados derechos de justicia por mano propia. Son ejemplos aquí, derecho doméstico, legítima defensa y defensa de la propiedad.

6. COLABORACIÓN DE PARTICULARES EN LA LUCHA CONTRA PELIGROS POR INICIATIVA PROPIA

La cualificación de la lucha contra peligros como tarea del Estado no impide que los particulares y organizaciones intercedan por iniciativa propia —es decir, sin encargo estatal y, obviamente, sin facultades soberanas— para la conservación de la seguridad. Ofrecen ejemplos la Cruz Roja Alemana, la Sociedad Alemana de Socorrismo, Clubes de Automóviles y muchos otros¹⁰.

II. NUEVOS RETOS

Las formas básicas de colaboración de particulares en la tarea del Estado de lucha contra peligros presentadas hasta ahora han probado su eficacia en

⁹ BGBl. I (Boletín oficial tomo I) de 2012, p. 74.

¹⁰ Más detallado MARTENS, Wolfgang. En: DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS (editores) *Gefahrenabwehr*; 9. ed. 1986, § 4 pág. 61 s.

el derecho alemán y por ello son indiscutibles en su núcleo. Pero justo en el caso de nuevos peligros (por ejemplo el "terrorismo internacional"), pero también, cuando cambia la presentación jurídico política imperante sobre las dimensiones de las tareas del Estado y la forma correcta de su cumplimiento (como lo muestran, por ejemplo, la privatización, la desregulación y la digitalización), se pregunta de nuevo sobre lo nuevo, si y en qué medida la participación de los particulares en la lucha contra peligros es suficiente y/o conveniente. Con esto se puede mantener o cambiar la relación de libertad y seguridad.

1. OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD PROPIA ("DEBERES DE ASEGURAMIENTO PROPIO" - "EIGENSICHERUNGSPFLICHTEN")

Una figura jurídica relativamente nueva en relación con la inclusión de particulares en la lucha contra peligros es la "deber de aseguramiento propio". Con éste, el legislador obliga a determinadas empresarios, cuyos negocios están fuertemente amenazados por ataques terroristas (por ejemplo, los operadores de las centrales nucleares y plantas químicas, los operadores de aeropuertos, así como las compañías aéreas), organizar sus propias instalaciones, o bien, su trabajo de especial intensidad para asegurar que los peligros para la seguridad pública, de ser posible, serán eliminados.

En este sentido, la Ley Federal de Seguridad Aérea - "Luftsicherheitsgesetz" alemana exige a los empresarios de aeropuertos comerciales (al operador del aeropuerto) a contribuir a la seguridad de su aeropuerto con medidas especiales. El empresario tiene que desarrollar su aeropuerto de tal manera que se puedan llevar a cabo adecuadamente controles de seguridad de los pasajeros y que el equipaje pueda ser registrado, transportado y almacenado de forma segura. El operador del aeropuerto, además, tiene que capacitar a su personal de seguridad. En caso de una amenaza de bomba en el avión, él tiene que conducir el avión a una posición segura en el aeropuerto y, en caso de ser necesario, descargar la máquina. También las aerolíneas son obligadas a tener medidas de "aseguramiento propio" en la realización de los viajes aéreos, particularmente en relación con el tratamiento de los pasajeros, por ejemplo, en el control de la tarjetas de embarque, del equipaje y de la carga. Las aerolíneas deben someter a su personal terrestre y aéreo a una capacitación en seguridad. En caso de una amenaza de bomba en un avión, ellos tienen que ayudar a conducir el avión a una posición segura.

Dichos deberes de aseguramiento propio no pueden ser legitimados sin más con la responsabilidad policial del propietario de un objeto peligroso. Bien pueden las instalaciones ser puestas en peligro por el objetivo de un atentado terrorista, pero por ello no llegan a ser peligrosas en sí mismas¹¹. Los deberes de aseguramiento propio tampoco pueden derivarse de la responsabilidad policial del causante del peligro, pues el operador de unas instalaciones no causa ningún peligro (de terror). El deber de aseguramiento propio tampoco es sólo una parte del derecho doméstico del propietario, pues éste no sirve a la protección frente a atentados terroristas¹². Él tampoco es un caso típico de la así llamada ayuda de la Administración, ahí el deber de aseguramiento propio también sirve a la propia protección del particular. Si el deber de aseguramiento propio de manera especial combina función pública en manos de particulares y llamado legal a los particulares al servicio es igualmente incierto, porque no es claro si y en qué medida, con la obligación de aseguramiento propio, se encargan (o se permite encargar) al empresario facultades soberanas del Estado. Así por ejemplo, en el aeropuerto, el control de personas y equipaje preceptuado legalmente puede ser una medida que el pasajero consiente voluntariamente con base en el contrato privado de transporte con la aerolínea, porque de lo contrario ésta no lo transporta. Luego ello no necesita de un encargo a la aerolínea de funciones públicas con soberanía. A lo mejor se da una lucha efectiva contra peligros, pero sólo se logra entonces cuando el personal de control del aeropuerto registra a un pasajero en cualquier caso o puede obligarlo a abrir su equipaje. Para ello, el personal tendría que ser encargado de funciones públicas con soberanía. La Ley de Seguridad Aérea alemana no aclara esto satisfactoriamente¹³.

2. ¿PRIVATIZACIÓN DE LA LUCHA CONTRA PELIGROS?

Otro de los retos en las últimas décadas es la creciente privatización de las tareas públicas. Bajo la palabra clave de la privatización, nuestro tema

¹¹ Cfr. p.e. MARTENS, Wolfgang. En: DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS (editores), *Gefahrenabwehr*, 9. ed. 1986, § 21, p. 319.

¹² GIEMULLA, Elmar. En: GIEMULLA/VAN SCHINDEL (editores). *Frankfurter Kommentar zum Luftsicherheitsgesetz*, § 8 número marginal 9 (mayo 2011); otra opinión Tribunal Federal de lo Contencioso Administrativo, en: BVerwGE (compilación oficial) tomo 81, p. 185 (189, 196) para el aseguramiento propio (protección propia) de las centrales nucleares.

¹³ Cfr. la crítica de GIEMULLA, Elmar. En: GIEMULLA/VAN SCHINDEL (editores). *Frankfurter Kommentar zum Luftsicherheitsgesetz*; § 8 números marginales 43 y ss. (mayo 2011).

es observado desde una perspectiva moderna. Pero el Estado no puede despedirse del todo de la lucha contra peligros y dejarla sólo en manos de particulares. Por eso, una privatización material completa, esto es, una completa desestatalización de la lucha contra peligros, se descarta.

Entran bien en consideración sólo otras formas: Primero, una privatización material parcial, tercerización de un área insignificante específica de lucha contra peligros, segundo, una privatización (organizacional) sólo formal, a través de traslado de tareas estatales de lucha contra peligros a otras personas jurídicas de derecho público, como tercero, una llamada privatización funcional.

En la privatización funcional, el Estado desplaza solo algunas fases de trabajo de luchar contra peligros en las manos de particulares, sin abandonar por ello la responsabilidad estatal. Es decir, el Estado todavía garantiza una lucha efectiva contra peligros, pero para la ejecución de esta tarea recurre a particulares en diferente volumen. Si nosotros buscamos en lo sucesivo qué pertenece a la responsabilidad de garantía de prestación del Estado y qué puede contar para la responsabilidad de ejecución de los particulares, nos tropezamos de nuevo con las ya mencionadas formas básicas de inclusión de particulares en la lucha contra peligros: La ayuda de la Administración y el llamado legal a particulares al servicio son formas de aparición de una privatización funcional. También la responsabilidad policial del propietario y la responsabilidad policial del causante de un peligro, pero también la posibilidad excepcional en estado de emergencia policial de recurrir al no-perturbador para la eliminación del peligro, pueden ser entendidas como formas de una privatización funcional. Ayuda de emergencia y legítima defensa permiten ser calificadas también como privatización funcional. Incluso el encargo a particulares de funciones públicas con facultades soberanas de lucha contra peligros podría contarse como privatización funcional, porque él se efectúa bajo la supervisión del Estado. También se podría catalogar al encargo a particulares de funciones públicas como privatización funcional, porque el particular con funciones públicas es convertido en autoridad, de la que no es titular jurídico el Estado sino un particular. Por otro lado, en el encargo a particulares de funciones públicas se puede ver finalmente el contrario de una privatización, porque el Estado erige a un particular, a través del encargo de funciones públicas, como autoridad, como titular de la Administración. De esta manera, la perspectiva moderna de la privatización confunde y complica nuestro tema, no proporciona ningún

beneficio de comprensión sobre en qué medida se puede recurrir al particular para la lucha contra peligros. Al fin y al cabo, los límites a una participación de particulares en la lucha estatal contra peligros se manifiestan ya en la representación de las formas básicas de esta participación.

III. RESUMEN: LÍMITES CONSTITUCIONALES DE UN ENCARGO A PARTICULARES DE LUCHAR CONTRA PELIGROS

Aunque la seguridad pública es una tarea soberana para ser cumplida por el Estado, ella no excluye del todo la participación de particulares. Dicha participación tiene que permanecer como excepción y necesita en cada caso razones especiales. Esto resulta del principio de Estado de Derecho (artículo 20, párr. 3, Ley Fundamental), del mandato constitucional, según el que las facultades soberanas son ejercidas por funcionarios públicos, y de los derechos fundamentales, porque luchar contra peligros puede ir acompañado de intervenciones en los derechos fundamentales de la LF, especialmente en la propiedad (artículo 14, párr. 1, Ley Fundamental), la libertad de profesión (artículo 12, párr. 1, Ley Fundamental) y la libertad general de acción (artículo 2, párr. 1, Ley Fundamental). También el principio de igualdad (artículo 3, párr. 1, Ley Fundamental) puede poner límites, por ejemplo, cuando a particulares determinados les es impuesto un sacrificio especial, porque ellos, a diferencia de otros, tienen que colaborar con la lucha contra peligros. Otros límites en Alemania pueden resultar de la separación federal de competencias entre la Federación y los Estados federados (artículos 30, 70 y ss., 83 y ss., Ley Fundamental) y de la cooperación en la Unión Europea (artículo 23, Ley Fundamental).

Es especialmente importante como límite para la inclusión de particulares en la lucha contra peligros el principio de proporcionalidad fijado en el principio de Estado de Derecho y en los derechos fundamentales. Él vincula al legislador y a la Administración, aunque en diferente grado de severidad. El legislador, como legitimado inmediato democrático, dispone de un considerable margen de maniobra para tomar decisiones. Pero incluso una ley, que vincula particulares a la tarea estatal de lucha contra peligros, tiene que poder dejarse justificar.

A la vista de estas especificaciones son proporcionales por ejemplo las disposiciones de las Leyes de Policía que declaran como corresponsable

de la eliminación del peligro al propietario y al poseedor de un objeto peligroso, así como al causante de un peligro. Como fin legítimo para estas disposiciones, el legislador puede argüir que el funcionamiento de la lucha contra peligros tiene rango constitucional, porque ella es parte del principio de Estado de Derecho y de la tarea estatal de seguridad. Las disposiciones también son aptas para reforzar el funcionamiento de la lucha contra peligros, pues ellas promueven el cumplimiento del fin legítimo de seguridad. No son visibles medidas igualmente idóneas, y menos onerosas para el individuo o para la comunidad (especialmente para el contribuyente), es decir, estas disposiciones de las leyes de policía también son necesarias, en el sentido del principio de proporcionalidad. Ellas también son adecuadas, porque el legislador pudiera fiarse de que un propietario prudente y un agente prudente eliminen el peligro por sí mismos. Que los legisladores permitan obligar a un ajeno, mediante acto administrativo, para el caso excepcional del estado de emergencia policial, bajo ajustadas condiciones en el caso concreto para la lucha contra peligros, es igualmente proporcional frente a esta situación de estado de necesidad.