



I. Introducción

El tema de cohesión de las categorías de libertad y seguridad es un tema clásico en el pensamiento occidental, que adquiere renovados perfiles con la irrupción de Internet en el contexto que ahora nos envuelve. Y es un tema, como se comprenderá, de la máxima relevancia práctica porque determina, en cierta medida, nuestro propio modo de vida y nuestra parcela en la que se desarrolla la existencia. Conseguir que ambas categorías sean compatibles en su aplicación práctica es un verdadero reto. No obstante, tampoco hay que olvidar que desde ciertas posiciones doctrinales ambos conceptos no se entienden enfrentados sino, más bien, compatibles, o sea, a mayor seguridad mayor libertad, lo que, en parte, también funcionaría en sentido inverso. Sin embargo, la posición mayoritaria entiende que se trata de categorías que actúan dialécticamente y en contradicción. La experiencia práctica parece apoyar esta postura.

La vida en sociedad impone adoptar ciertas decisiones en torno a la propia organización de la misma, que pueden considerarse como “predecisiones” por su carácter estructural y previo al funcionamiento ordinario de la sociedad. Es en estos parámetros donde ahora nos estamos moviendo pues decidir sobre los límites recíprocamente condicionados entre seguridad y libertad es una decisión que sirve de base para la propia estructura sociopolítica.

No es este el momento de hacer un recorrido por las diversas líneas de pensamiento que en la Historia han albergado este debate, sino de centrarnos en el presente. Basta para hacernos idea del *background* recordar el famoso concepto de la “Razón de Estado” [1]. Lo que sí debemos afirmar es que la aparición de la Sociedad de la Información, y de su estandarte, Internet, exige actualizar las reflexiones tradicionales para ofrecer la oportuna respuesta a los nuevos problemas. Como afirmamos en otro lugar, “Internet es la primera línea del frente de un mundo nuevo, el global, de una sociedad también nueva, la de la Información, e, incluso, de un nuevo estadio de la Humanidad, el

«Infolítico»” [2]. Además, los que se han venido en llamar nuevos riesgos y amenazas emergentes, que se

han instalado en el panorama estratégico, aportan elementos de complejidad que dificultan encontrar la adecuada solución al tema que ahora nos ocupa. Las políticas públicas se construyen de manera más dificultosa pues estamos ante “un conjunto poliédrico de amenazas globales a la estabilidad de la sociedad internacional, que han potenciado la quiebra de los esquemas tradicionales de actuación en política exterior e interior y defensa, cuyas delimitaciones tienden vertiginosamente a difuminarse, instaurando un entorno poco definido y difícilmente comprensible” [3].

El debate que se plantea entre seguridad y libertad es consecuencia de otro de mayor envergadura: es producto del debate central que se produce en la vida en comunidad desde el origen de la misma, un debate que enfrenta a los intereses colectivos frente a los intereses individuales. De este modo, la problemática adquiere unos tintes filosóficos y ontológicos que nos sumen en una trascendencia en la que no queremos entrar en este momento. Por lo tanto, bajamos de este territorio metajurídico y nos quedamos en el predio de la seguridad-libertad. De todos modos, el componente extrajurídico no debe, en modo alguno, desdeñarse por parte de los decisores públicos, aunque sí hay que tratar de racionalizar y objetivar los problemas para que los estados emocionales no lleven a soluciones erróneas. El terrorismo, sin duda, puede generar esas reacciones psicológicas disfuncionales. Como señala ARIAS GONZÁLEZ, aludiendo al fenómeno terrorista, “el problema no es el miedo, sino el terror, ya que se trata de un miedo muy intenso, irracional, con pocas posibilidades de control y que nos conduce a respuestas donde la ansiedad juega un papel muy importante” [4]. La correcta articulación de la respuesta jurídica debería servir para desactivar parte de ese problema.

En fin, no es necesario insistir demasiado en la importancia actual de este debate habida cuenta el contexto en el que nos movemos. Nos hallamos en un escenario multipolar y asimétrico, repleto de riesgos y amenazas emergentes que conforman un nuevo panorama estratégico. Afrontar el desafío que suponen los estados fallidos, las armas de destrucción masiva, el terrorismo internacional, la inmigración descontrolada o el crimen organizado transnacional reclama una correcta respuesta a la dialéctica que aquí estamos planteando. Las amenazas múltiples, complejas e inciertas que nos acechan se reconstruyen de manera compleja en Internet, por lo que es imprescindible aportar reflexiones para su estudio.

Estamos empleando en este artículo un sentido amplio tanto de seguridad como de libertad. Aquélla serían las actividades dirigidas a proteger físicamente la comunidad y a sus individuos, por lo que englobaría a estos efectos el orden público y la defensa nacional. La libertad serían las parcelas de actuación individual de las personas, que giran en torno a los derechos fundamentales.

II. Referencia a los límites de los derechos fundamentales

La problemática jurídica que está por detrás de esta confrontación entre libertad y seguridad hunde sus raíces en el tema de los límites de los derechos fundamentales. ¿Hasta dónde el Estado puede usar poderes limitadores de los derechos y libertades individuales? ¿Dónde se halla la frontera que no debe ser traspasada sin resquebrajar el Estado Democrático de Derecho? Sin duda, el tema de los límites de los derechos es arduo y complejo, con múltiples aristas en las que ahora no podemos entrar, por lo que nos vemos obligados a simplificar la cuestión para no desviar en exceso nuestro hilo argumental [5]. En el fondo, toda la problemática que se plantea puede reconducirse al terreno de los límites de los derechos fundamentales.

Esta densidad del tema de los límites de los derechos provoca que haya posiciones doctrinales diversas. Las tipologías de límites que se usan son, por lo tanto, variadas. En alguna de ellas se habla de límites internos o intrínsecos y límites externos o extrínsecos a los derechos fundamentales. Los primeros son los que tienen que ver con los contornos conceptuales o, incluso, con cuestiones lingüísticas (por ejemplo, límites internos del derecho a la intimidad son los propios contornos del concepto intimidad, límite del derecho de asociación es la propia idea de asociación –una persona no forma una asociación, son necesarias varias-). Serían criterios para delimitar el objeto del derecho fundamental, por lo que en puridad no serían verdaderos límites. En cambio, los límites externos a los derechos fundamentales son los límites propiamente dichos, los que crea el poder público cuando la Constitución le habilita para ello. Entre ellos están los que proceden del ejercicio de los derechos de los demás [6], del interés general y del orden público [7]. Aquí es donde se ubicarían los límites que vendrían de la categoría de seguridad. En este sentido, el art. 29 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que “en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”.

Así las cosas, ciertas exigencias de seguridad pueden configurar límites legítimos (o sea, justificados y, por ende, aceptados en Teoría de la Constitución) a los derechos fundamentales. Se puede afirmar, sin ánimo ahora de entrar en mayores profundidades, que no hay derechos fundamentales absolutos, todos tienen límites. El problema está en precisar correctamente estos límites y hacer un traslado adecuado de los mismos a la realidad práctica.

Cuando se ha producido una intromisión en un derecho habrá que proceder a analizar la legitimidad de la misma. Para ello se ha impuesto un método de análisis escalonado (“Stufentheorie”) procedente del mundo jurídico alemán. Dicho método consiste en ir analizando los diversos escalones que lo integran, de manera tal que si el examen no pasa uno de ellos no se continúa el análisis. Superar con éxito el último de los escalones supone que la intervención en el derecho de que se trate es legítima y, por ende, se encuentra justificada. En el método hay tres fases: una, la determinación del ámbito normativo del derecho; dos, la fijación de la existencia real de una injerencia en el derecho; y tres, el estudio de la legitimidad de dicha injerencia. En esta última fase se distinguen, a su vez, cinco escalones: el principio de reserva de ley, la generalidad de la misma, la reserva jurisdiccional, el principio de proporcionalidad en sentido amplio (que contiene, a su vez, tres subprincipios: el de adecuación o idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto) y el respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales. Hay que tener en cuenta que el principio de proporcionalidad opera (o debería operar), primero, en la propia actuación del legislador al aprobar la normativa, y, después, en la actividad judicial que examina el caso concreto controvertido. La finalidad es el elemento que funciona como presupuesto de los tres subprincipios que integran el principio de proporcionalidad.

La jurisprudencia constitucional española incorporó hace años, en líneas generales, este esquema. De esta forma, se indica que “para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el

interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)” (entre otras muchas, Sentencia 37/1998, fundamento jurídico 8).

El principio de proporcionalidad hay que entenderlo implícito al propio Estado de Derecho, aunque hay diversas previsiones normativas que lo recogen. Por ejemplo, el art. 52 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en donde se lee que “sólo se podrán introducir limitaciones (a los derechos fundamentales), respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás”. La idea de proporcionalidad se halla cercana a la de justicia, que huye de los excesos en la actuación de los poderes públicos. Como indica GONZÁLEZ BEILFUSS, “el principio de proporcionalidad constituye, sin ningún lugar a dudas, uno de los criterios de interpretación más frecuentemente empleados por los operadores jurídicos y, sobre todo, por los tribunales de justicia” [8]. Sin embargo, el principio de proporcionalidad no se aplica tan sólo a las decisiones de los aplicadores del Derecho (en especial de los jueces), sino que también debe ser tenido en cuenta a la hora de elaborar las normas y en el momento de adoptar ciertas medidas de tipo administrativo. Por ello debe estar muy presente en las reacciones que el poder público adopta para garantizar la seguridad.

La finalidad es un elemento clave en todo este proceso de argumentación en torno a las intervenciones de derechos. Funciona como un presupuesto a los tres subprincipios que integran el principio de proporcionalidad. Afirma, de nuevo, GONZÁLEZ BEILFUSS que “el principio de proporcionalidad se articula necesariamente en torno a una relación medio-fin: la proporcionalidad no puede predicarse de un objeto de control aisladamente considerado, sino de la relación existente entre una mediad y la finalidad perseguida con la misma” [9]. La medida, por lo tanto, debe ser congruente y proporcionada a la finalidad perseguida. La seguridad puede ser una de estas finalidades que permiten superar el test de proporcionalidad.

III. La entrada en escena de la seguridad

En el marco que estamos diseñando, la categoría de seguridad ocupa un lugar esencial pues es una de las razones más comúnmente esgrimidas para limitar la libertad (a través de la limitación concreta de ciertos derechos). Ello puede estar justificado o no en función de cómo se implemente y articule. Sea como fuere, no perdamos de vista la perspectiva que ahora empleamos, que es teórica y abstracta, propia de la Teoría de la Constitución, desvinculada, por lo tanto, de un ordenamiento jurídico en concreto y de determinada sociedad.

Son múltiples las previsiones normativas que citan la seguridad como justificación de posibles restricciones. Sirvan ahora como ejemplo los arts. 8, 10 y 11 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, donde se habla de la protección de la seguridad nacional, de la seguridad pública, de la defensa del orden y de la prevención del delito; el ya citado art. 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que alude a las exigencias del orden público en las limitaciones establecidas por ley para el ejercicio de los derechos; los arts. 12.3, 19.3, 21 y 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que se refiere a seguridad nacional y orden público; y el art. 18.3 de dicho Pacto, que menciona la seguridad y el orden. En principio, estas posiciones son totalmente lógicas porque sólo una comunidad que vive segura puede ser verdaderamente libre y ejercer con eficacia sus derechos.

Cuando se produce una emergencia de seguridad importante, que frisa o entra de lleno en lo bélico, los argumentos se endurecen. Se llega a hablar de que el conflicto entre seguridad y libertad diluye a la democracia en la zona gris de la emergencia bélica. Así se puede concentrar más el poder. Las situaciones de guerra no declarada, las reflexiones sobre el enemigo global, o la alusión a frentes externo e interno, fundidos en un enemigo común, ayudan a basar dicho discurso.

Esto da lugar a que la entrada en escena de la seguridad venga acompañada a veces de problemas de lo más variado. Una reacción desmedida o exagerada en aras de la seguridad puede romper el umbral o frontera aceptable (es decir, legítimo) y caer en lo ilegítimo. A veces esta actuación será ilegal, aunque en otras ocasiones no porque se aprobará la oportuna normativa que le dé cobertura. Entonces entramos en un problema de diferente índole: nos hallaremos ante un ordenamiento jurídico concreto que resulta criticable desde la Teoría de la Constitución, o, lo que es lo mismo en este momento, desde los postulados teóricos de la democracia. Estaremos, por lo tanto, en un plano diferente, ya que será una medida legal pero agresiva con los postulados materiales de la Teoría de la Constitución, por lo que merecerá crítica y será aconsejable su modificación.

Entre estos problemas encontramos, primero, la afcción desproporcionada de ciertos derechos (como la libertad de circulación, la intimidad o el secreto de las comunicaciones). Es decir, una intromisión en los mismos que no supera el método escalonado de análisis porque vulnera alguno de los tres subprincipios que veíamos antes que integraban el principio de proporcionalidad.

También, y en segundo lugar, esta respuesta exagerada puede ubicarse en aquello que desean los propios terroristas. Estos, como apunta SANSÓ- RUBERT, quieren conseguir que la sociedad se encuentre en un estado de agobio, producto del miedo, para que reaccione contra su propio gobierno [10]. Ello puede originar un recorte exagerado de las libertades para tratar de mitigar ese miedo, con lo que nos topamos otra vez con el problema apuntado en el párrafo anterior.

En tercer lugar, es posible que se produzca la expansión del Ejecutivo. Este es un fenómeno que encontramos desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, pero ahora tal vez se intensifica en un escenario como el actual que privilegia la seguridad. Pensemos en la expansión de los poderes presidenciales frente a los del parlamento, o en la renovada relevancia que adquieren las fuentes jurídicas de rango secundario emanadas por los ejecutivos, presionados por situaciones de emergencia ante los riesgos de seguridad. Este proceso oscurece las relaciones entre poder constituyente, poder legislativo y poder ejecutivo.

En cuarto lugar, el lenguaje de la seguridad puede favorecer de manera disfuncional a ciertos intereses políticos cuando no responde a una necesidad real. Ello perjudica la toma de decisiones por parte de la opinión pública, que se encuentra con mensajes situados lejos de la objetividad.

En quinto lugar, las medidas excepcionales, adoptadas con una intención provisional, pueden adoptar un carácter permanente. Esto jurídicamente es censurable pues altera la naturaleza del instrumento provisional que se emplea (un decreto ley, por ejemplo).

Estos ejemplos, que no agotan, ni mucho menos, el tema, llevan a una conclusión a todo este abigarrado y

poliédrico problema: la respuesta a los desafíos de la seguridad debe venir de la búsqueda de un equilibrio desde la razonabilidad y la proporcionalidad. Bien es cierto que a nivel teórico resulta imposible dar una respuesta general y definitiva, con capacidad para derivar, vía método deductivo, las respuestas concretas a toda la panoplia que la realidad ofrece. Se pueden elaborar variables para esgrimir en la ponderación libertad-seguridad, pero la solución última adecuada y equilibrada (o sea, justa) sólo vendrá casuísticamente, es decir, en el análisis de los concretos casos que haya que afrontar, no siendo posible llegar a soluciones perfiladas totalmente a nivel teórico-abstracto. Esta es una crítica que se puede hacer a bastantes autores que han analizado el tema. En el epígrafe siguiente descendemos a este predio de actuaciones casuísticas.

Pero antes de entrar en él, creemos útil ofrecer una reflexión más. El Derecho ha articulado mecanismos para hacer frente a situaciones de crisis de grandes proporciones. Son los que genéricamente se pueden denominar estados o situaciones excepcionales, que pueden condensarse en los estados de alarma, excepción y sitio. Estas situaciones pueden entrañar medidas muy graves, sobre todo los estados de excepción y sitio, que son los más graves. En este sentido, se puede producir una suspensión general de ciertos derechos [\[11\]](#). Se trata de situaciones de anormalidad constitucional que sólo tiene sentido aplicar ante crisis de grandes magnitudes. Por lo tanto, son ajenas a la realidad que ahora estamos tratando, que se mueve en los márgenes de la cotidianidad constitucional en los que existen tensiones por mor de los riesgos reales o eventuales de seguridad. Sí entrarían dentro de esta normalidad, y también en la problemática que comentamos, los casos de suspensión individual de derechos que se recogen en ciertos ordenamientos. Sirve como ejemplo el art. 55.2 de la Constitución española, en el que se establece que a través de ley orgánica se pueden suspender algunos derechos para personas determinadas, “en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas”. Esta medida, que sólo debe hacerse de forma individual y con intervención judicial, puede afectar a los plazos máximos de detención preventiva, a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones. Como se ve, la intervención judicial persigue aportar las garantías oportunas y la oportuna valoración del test de proporcionalidad.

IV. La necesidad de actuación casuística

Descendiendo ya a terrenos más concretos, vemos cómo la dialéctica entre seguridad y libertad sólo puede resolverse en la práctica mediante una actuación casuística, es decir, a través de la particular resolución de cada caso que se plantee. Los ejemplos que podríamos traer a colación pueden ser verdaderamente innumerables. Hay que tener en cuenta, en este sentido, que nuestro actual contexto está jalonado de manifestaciones de esta dialéctica, que se resuelven de forma diversa en función del punto de partida jurídico-ideológico y de las variables contextuales que se producen en el supuesto particular. Veamos, por lo tanto, algún ejemplo en concreto, varios de lo más cotidiano.

Así las cosas, en primer lugar podemos citar los controles en los aeropuertos. De un tiempo a esta parte, ante el riesgo de atentados, se han intensificado sobremanera, aunque más en unos países y aeropuertos que en otros. Es obvio que debe haber control, es razonable que así sea, máxime en una realidad como la actual, que soporta elevados y diversos riesgos. Sin embargo, puede haber alguna medida que sea excesiva y que provoque disfunciones. Podría ser el caso de la restricción para portar líquidos: desde noviembre de 2006 los pasajeros de los vuelos de la Unión Europea encuentran muchas limitaciones para llevar en la mano líquidos, pastas o lociones. Estos productos, que tienen que ir en envases individuales con una capacidad no superior a 100 mililitros, se

introducen en bolsas de plástico transparentes con sistemas de apertura y cierre. La capacidad máxima es de un litro. La Unión Europea justificó estas medidas ante el peligro que presuntamente suponían los explosivos líquidos tras la actuación de la policía británica, en agosto de 2005, que puso fin a un plan terrorista que buscaba hacer explotar aviones en vuelo utilizando dicho tipo de explosivos. Sin embargo, los viajeros sí pueden subir al avión medicamentos, líquidos para dietas especiales y comidas infantiles, siempre y cuando sea para su consumo durante el vuelo. El Comisario Europeo de Transportes, Jacques Barrot, comentando estos controles, afirmó en su momento que “se ha encontrado un equilibrio entre seguridad, comodidad de los pasajeros y las necesidades de la industria”. Nosotros no lo tenemos tan claro, pues tal vez estas restricciones no tengan una justificación real y objetiva.

En cambio, otros controles en los aeropuertos sí semejan más claros. Por ejemplo, la normativa europea exige que los ordenadores portátiles y otros artículos eléctricos o electrónicos de gran tamaño se retiren del equipaje de mano antes de pasar por el control de seguridad y se inspeccionen por separado. Lo mismo sucede con abrigos y chaquetas, que los pasajeros deberán quitarse antes de pasar por el escáner.

También en este ámbito de los viajes aéreos se ha avanzado mucho en el tema de las bases de datos, ahora capaz de cruzar ingentes cantidades de datos a alta velocidad (pensemos en la megabase de datos denominada Matriz). Ello siempre restringe el derecho a la intimidad.

Como segundo ejemplo en esta aproximación casuística, podemos citar el tema de la ropa. En Europa se ha extendido la discusión en torno a aceptar o no cierto tipo de vestimenta, relacionada sobre todo con la cultura musulmana. Este debate tiene sobre todo una vertiente de salud democrática, no de seguridad. Es decir, la democracia tal vez no deba aceptar vestimentas que son una manifestación de la represión de la mujer, o sea, que son reflejo de una vulneración de derechos y principios fundamentales, que giran en torno a la igualdad. Pensemos en el velo o en el burka. Varios países incorporan prohibiciones en este sentido, como Francia y Holanda. En cambio, otros países son sorprendentemente más permisivos, como España o Alemania.

Sin embargo, este debate ahora no nos interesa ya que estamos analizando la cuestión de la seguridad. En este sentido, también podría argumentarse en aras de la seguridad la necesidad de introducir limitaciones en ciertas vestimentas. La razón estaría en la posibilidad de esconder armas ligeras o bombas bajo la ropa. Este no es, ni mucho menos, un problema nuevo, pues encontramos en el pasado iniciativas adoptadas en este sentido. Sirva como ejemplo el famoso motín de Esquilache, acaecido en la España de 1766 y originado, aparentemente, por una norma que prohibía en Madrid el uso de la capa larga y de un sombrero de ala ancha (chambergó) dado que se podían esconder armas y actuar con cierto anonimato. Ahora, con el nuevo contexto de riesgos y amenazas emergentes, cobra otra vez protagonismo esta polémica. De todas formas, sólo parece aceptable restringir por razones de seguridad la indumentaria en situaciones de violencia muy elevada, que no se dan en el mundo occidental.

También es discutible el tema de la libertad de circulación. Este derecho suele actuar en los límites de los estados, es decir, en el marco del propio ordenamiento, no fuera del mismo. Por lo tanto, en las fronteras internacionales tradicionalmente existe un control del flujo de personas. Ello es razonable y lógico, al margen de que en un proceso de integración supranacional se difuminen dichas fronteras, como ocurre en los países europeos que han suscrito el Acuerdo de Schengen. El problema está en controlar la circulación de personas

dentro del propio territorio estatal por razones de seguridad. El riesgo de que haya terroristas ocultos entre la población motiva la existencia de controles, tanto de automóviles como de viandantes. El número de ellos debería ser proporcional a la situación real de inseguridad que viva esa comunidad. Un exceso injustificado en función de las circunstancias particulares de ese contexto ellos sería agresivo con la libertad de circulación.

De igual forma, uno de los supuestos de mayor relevancia es el tema de las comunicaciones. Aquí encontramos como el derecho al secreto de las comunicaciones encuentra limitaciones en el control de las mismas que se efectúa por razones de seguridad [12]. Hay constituciones, como la española, que recogen los requisitos que al cumplirlos justifican esta intervención de las comunicaciones, Estos requisitos se suelen completar a nivel legal. El desconocimiento de tales requisitos dará lugar a la ilegitimidad de la intervención. El actual progreso tecnológico somete a las comunicaciones a nuevos peligros y desafíos. Es razonable que sea la autoridad judicial la que dé el visto bueno a la intervención. En este caso, la justificación de la injerencia debe realizarse con especial rigor porque la regla general es la vigencia del derecho al secreto de las comunicaciones y la excepción su intervención. La concesión de la autorización judicial para la intervención debe darse, por lo tanto, de manera restrictiva. El control que el juez realiza debe extenderse tanto al momento de autorizar la intervención, como al momento de practicarla (aunque no sea el juez el que la ejecute materialmente) y después de la misma cuando, por ejemplo, se selecciona la información que interesa a la causa judicial que se está sustanciando.

Otro caso particularmente relevante es el de los contenidos de Internet. Su publicación en la Red encuentra cobertura en derechos como la libertad de expresión o la libertad de información. Dicho derechos, como todos, no son absolutos, sino que tienen límites. El asunto es, sin duda, bastante complejo. Haciendo ahora un esfuerzo de síntesis se puede diferenciar entre dos tipos de contenidos problemáticos, los contenidos ilícitos y los nocivos. Los ilícitos son los contenidos contrarios al ordenamientos jurídico de referencia, entre ellos destacan los de tipo delictivos. A su vez, los contenidos nocivos son legales pero perjudiciales (desde un punto de vista social, ético o moral) para cierto sector de la población, como la juventud o la infancia. El régimen de unos y de otros debe ser diferente, teniendo en cuenta, en todo caso, que no se debe prohibir en Internet lo que está permitido en otros medios de comunicación [13]. Asimismo, es posible justificar que por razones de seguridad deben restringirse ciertos contenidos (difícilmente los nocivos, por cierto), aunque en esta labor hay que actuar de forma restrictiva para no introducir censuras que repugnen a la democracia. Aquí el razonamiento vale igual para el mundo digital como para el analógico. Baste pensar en el tema de los secretos oficiales. Sin embargo, la presencia de cierto contenido en Internet tiene unas repercusiones cuantitativa y cualitativamente más importantes por la capacidad de difusión y acceso de la Red. En todo caso, la normativa que establezca estas limitaciones de contenidos por mor de la seguridad debe ser rigurosa y responder a las oportunas exigencias de la seguridad jurídica. En todo caso, la situación debe superar el test de proporcionalidad, de lo contrario estará injustificada [14].

De igual modo, la criptografía también genera dudas desde el punto de vista de la seguridad. Este proceso de protección de datos mediante un cifrado de los mismos origina reacciones por parte de algunas autoridades porque entienden que esconden actividades delictivas y/o contrarias a los intereses del Estado. Los debates son abundantes, planteándose hasta qué punto es admisible que “la tecnología cree zonas de protección absoluta dentro del derecho al secreto de las comunicaciones” [15]. Por ello, existen muchos tipos de restricciones en diversos países (se pueden citar Australia, Bélgica, Canadá, China, Corea del Sur, Estados Unidos, Israel, Reino Unido o Taiwán). En la Unión Europea la exportación de medios criptográficos está sujeta a diversas normas,

como el Reglamento 1334/2000, de 22 de junio de 2000 (reformado en los años sucesivos), por el que se establece un régimen comunitario de control de las exportaciones de productos y tecnologías de doble uso (un producto de doble uso es cualquier producto, medio informático o tecnología que pueda destinarse tanto a usos civiles como militares), o a documentos como la Acción Común aprobado por el Consejo el 22 de junio de 2000 (2000/401/PESC), relativa al control de la asistencia técnica vinculada a determinados fines militares. De igual forma, existen propuestas, que en alguno de los casos ya se han llevado a la práctica, dirigidas a que las autoridades públicas tengan medios para, cuando sea preciso, proceder al descifrado. Uno de esos medios es el depósito de las claves privadas usadas (“mandatory key recovery system” o “key escrowed system”) en un lugar custodiado por un ente público. Estas propuestas y restricciones originan la lógica reacción de los defensores de la privacidad y de la libertad de comunicación, dando lugar a polémicas que tienen amplia repercusión en los medios de comunicación (como la que en 1998 enfrentó al presidente de Microsoft y al Gobierno de los Estados Unidos). Nosotros somos críticos con estas restricciones a la criptografía, sobre todo con la idea de depósito. Un sistema de depósito puede hacer a la criptografía insegura, con lo que dejaría de tener sentido. Además, los criminales tratarán de emplear claves que nunca registrarán por lo que el permitir a los poderes públicos acceder a las claves secretas no se traducirá en una mayor eficacia en la lucha contra la delincuencia.

Un último ejemplo que podemos traer a colación, aunque podríamos citar otros muchos, radica en el uso de métodos de investigación policial proactivos. Las necesidades actuales han supuesto la promoción de métodos de investigación policial proactivos, que se han sumado a los tradicionales métodos reactivos. Algunos de ellos implican entrar en el debate que ahora nos interesa pues suponen incidir en el predio de la seguridad afectando peligrosamente a la restricción de ciertos derechos fundamentales. Estos métodos proactivos y encubiertos son, sin duda, más intrusivos que los tradicionales, pero su eficacia ha hecho que desde diversas instancias internacionales se promueva su potenciación [16]. El hecho de que parte de estas operaciones se nieguen y tengan más de una vez vacíos normativos despierta dudas, aunque la situación cambia bastante de un país a otro [17]. Lo recomendable, desde la óptica teórica y general que estamos usando, es que exista una normativa adecuada que dé cobertura precisa a este tipo de actuaciones. Es decir, que cumpla con las dosis de calidad que reclama un sistema democrático y que permita al operador jurídico aplicar correctamente el test de proporcionalidad. De esta forma, con las adecuadas garantías en las previsiones legales correspondientes estas actuaciones podrían ajustarse sin problemas al Estado de Derecho y situarse, así, en una posición equilibrada entre la seguridad y la libertad. Es importante que las medidas proactivas sean proporcionales con relación a la finalidad requerida y no supongan una provocación del delito. Además, el juez o el fiscal deben supervisar de una forma u otra estas actividades. De todos modos, el balance actual de la realidad práctica no es muy suscribible [18].

Como se ve, la solución práctica de todos estos ejemplos mostrados en los párrafos precedentes depende en buena medida de la propia decisión individual y comunitaria: es decir, ¿hasta dónde estamos dispuestos a renunciar? O sea, ¿qué incomodidades o restricciones aceptamos para sentirnos más seguros? Es fácil, incluso demagógico, hacer un alegato a favor de la libertad y en contra de su represión, pero, como hemos visto, las cosas son mucho más complejas pues los riesgos y amenazas emergentes necesitan un abordaje complejo y matizado. Sea como fuere, el Estado de Derecho siempre debe estar presente en las diversas soluciones prácticas adoptadas dando cobertura constitucional y legal a las distintas medidas, que tienen que superar el aludido método de análisis escalonado para ser justificadas. Si ello no es así, la solución no debe aceptarse.

En este orden de consideraciones, también hay que tener en cuenta que un factor importante en todo lo que estamos comentando es el componente cultural que está detrás del razonamiento empleado (cultural y, también, multicultural). Habrá medidas que se aceptarán con mayor o menor facilidad con base en esas pautas de ubicación social que conforman la cultura. No es necesario insistir demasiado en ello pues resulta evidente. Recordemos que la Ciencia Jurídica también es Ciencia de la cultura, de cultura jurídica, y que los derechos fundamentales, en su contenido, alcance y aplicación, dependen en gran medida de este tipo de cuestiones. De todos modos, ello no debe de analizarse con absoluta relatividad puesto que existe un mínimo infranqueable que debe proteger el núcleo esencial de esos derechos fundamentales. Es decir, existe un contenido mínimo en Teoría de la Constitución que hay que reclamar independientemente de la latitud y longitud en la que nos encontremos. Esto se hace más patente cuando la dignidad de la persona también entra en escena.

V. **La inexistencia de cambios cualitativos en el tema en internet: necesidad de adaptación de las construcciones tradicionales**

Llegados a este punto se impone avanzar ya una consideración de carácter conclusivo: las nuevas tecnologías han complicado el análisis de la dialéctica entre seguridad y libertad pero no han cambiado la naturaleza de su abordaje. Por eso aludimos en el título de ese apartado a la inexistencia de cambios cualitativos. La forma de planteamiento, que podíamos denominar tradicional, de este problema debe adaptarse a las particularidades que supone Internet. Las nuevas tecnologías están siendo un elemento recurrente a la hora de intentar justificar que la balanza se incline claramente hacia el lado de la seguridad. En esta línea señala NAVARRO BONILLA que “el desequilibrio en el binomio libertad-seguridad proporciona argumentos para una reflexión en torno a las libertades individuales frente a la utilización masiva de tecnología para la captura, obtención y cruzamiento de informaciones mediante sistemas avanzados” [19]. Internet exige un esfuerzo argumentativo para llegar a las soluciones correctas, que sólo pueden ser aquellas respetuosas con el Estado de Derecho y la vigencia de los derechos fundamentales. Internet, por sí solo, no justifica que se priorice necesariamente la protección de la seguridad.

El miedo que en determinados sectores han despertado los riesgos y amenazas emergentes de los últimos años ha originado que se extienda en esos ámbitos la idea de que Internet debe ser controlado a toda costa, y que el precio que hay que pagar por ello es la limitación de la intimidad y de la libertad. En amplios sectores de la sociedad norteamericana, tras el 11-S, se instaló esa idea, que se reflejó en diversa normativa, de la cual la más conocida fue la Patriot Act. Estimamos que ello es una exageración que oculta las ventajas que Internet ha traído para el ejercicio de los derechos fundamentales y para la renovación de la democracia.

El carácter transnacional de Internet es un escollo para las clásicas regulaciones jurídicas estatales. Por ello, más que nunca, las aproximaciones generales de Teoría de la Constitución cobran especial fuerza ante la supraterritorialidad de la Red. Las respuestas hay que buscarlas en la cultura jurídica común de índole democrática. De ahí que sea aconsejable avanzar en mecanismos de autorregulación y supraestatales. La solución tiene que responder a lo ya sugerido en este artículo: la búsqueda de un adecuado equilibrio en el marco de la razonabilidad y proporcionalidad. Las garantías de los derechos en juego deben respetarse cuando sean compatibles con la consecución de resultados eficaces en la protección de la seguridad. También resulta aconsejable avanzar en el papel de instancias internacionales en la persecución de la criminalidad en Internet y superar, así, la vigilancia unilateral de algunos países, que esgrimen el argumento de la seguridad como

subterfugio para desconocer derechos fundamentales. O sea, que la irrupción de las nuevas tecnologías no altera el papel esencial de los derechos fundamentales en la sociedad democrática.

Al margen de lo dicho, no hay que desconocer que todavía queda mucho que avanzar en el campo jurídico para adaptar las estructuras tradicionales de este debate a la nueva realidad de Internet. La existencia de fronteras estatales y la dificultad para construir la categoría de ciudadanía universal o, al menos, regional (continental), son escollos para llevar a la práctica el diseño teórico de las respuestas a la dialéctica analizada.

VI. Conclusiones

La búsqueda de un equilibrio adecuado entre libertad y seguridad es un tema recurrente en la evolución de la sociedad humana. No sólo se ha discutido de forma ardua con relación a los límites de las medidas de seguridad y protección que adopta una comunidad sino también respecto a los límites de los derechos que pueden ejercer los ciudadanos. Son temas fuertemente imbricados, pues avanzar por el camino que marca uno supone restringir la extensión del otro.

Como afirmamos en otro lugar, ¿hasta dónde hemos de renunciar para garantizar nuestra seguridad? La respuesta exige tener en cuenta los principios de proporcionalidad y razonabilidad, tanto a la hora de precisar los límites a los derechos fundamentales como en el momento de fijar el nivel de seguridad que queremos alcanzar. El objetivo es alcanzar unos resultados equilibrados. No valen posiciones que busquen soluciones y conceptos absolutos sino actuaciones casuísticas que tengan en cuenta las circunstancias de cada situación [20].

Parece claro que la seguridad absoluta nunca va a existir, y menos en el actual entorno asimétrico y poliédrico de riesgos múltiples, por lo que hay que adoptar medidas que respondan a esta idea de razonabilidad que estamos defendiendo. Y también tiene que estar claro que el criterio interpretativo prioritario es el favor libertatis, es decir, el que prioriza los derechos fundamentales: el criterio general es la vigencia del derecho, y la excepción es su limitación. Por lo tanto, la excepción para prevalecer debe justificarse de manera suficiente. Sólo así se mantendrá la lógica existencial de la democracia.

La realidad de Internet complica el debate por todas las potencialidades que conlleva y por el desafío que presenta habida cuenta su supraterritorialidad. Sin embargo, no elimina los términos tradicionales de dicho debate, tan sólo exige actualizarlos y adaptarlos. En esta tarea debe tenerse presente que la libertad y, por ende, los derechos fundamentales son la clave de bóveda del Estado Democrático. Las nuevas tecnologías en general, e Internet en particular, deben servir para maximizar la eficacia de los derechos fundamentales, no para menguarlos. Esto provoca que exista un núcleo indisponible al que no puede, en ningún caso, renunciarse, y que las renunciaciones que se hagan tengan suficiente justificación. En diversas ocasiones será necesario restringir el ejercicio de los derechos fundamentales en Internet en aras de la seguridad, pero esta restricción, además de proporcional y razonable, no puede afectar al contenido esencial de la libertad. Esta solución sirve de protección a la propia democracia pues la seguridad no sólo sirve para defender al Estado y a la comunidad sino también para proteger a la democracia. Una seguridad adecuada complementará a la libertad para asegurar su vigencia y su preeminencia.

José Julio Fernández Rodríguez, en usc.es/

Notas:

1. Vid. MEINECKE, Friedrich, La idea de la Razón de Estado en la Edad Moderna, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.
2. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, "Espionaje en la Red: la amenaza fantasma", en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio (coord.), Defensa e Internet. Actas del I Congreso sobre Seguridad, Defensa e Internet, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2006, pág. 63. En el mismo lugar añadimos que "los avances tecnológicos de los últimos tiempos, ejemplificados en la Red, han provocado unos cambios de índole cuantitativa y cualitativa en la vida de la persona y en el funcionamiento social que exigen una rápida adaptación del ordenamiento jurídico". Sin embargo, "este proceso de aclimatación del Derecho a la nueva realidad no debe perder los logros que para los derechos fundamentales y las libertades públicas atesora el Estado Democrático".
3. SANSÓ-RUBERT PASCUAL, Daniel, "¿Es la inteligencia la respuesta a los nuevos riesgos y amenazas?", Ejército de Tierra español, núm. 794, mayo 2007, pág. 78.
4. ARIAS GONZÁLEZ, Agustín, "La psicología y la lucha contra el terrorismo, en busca de la sinergia", Estrategia Global, núm. 11, septiembre-octubre 2005, pág. 66. En la página siguiente este autor indica que "debido al juego emocional que provocan los terroristas, las sociedades, a menudo, acaban «rendidas» ante el terror y prefieren ceder, confiando en la «buena voluntad» de los verdugos".
5. Sobre el tema puede verse el enjundioso estudio de Joaquín BRAGE CAMAZANO, Los límites a los derechos fundamentales, Dykinson, Madrid, 2004.
6. Esta idea ya se encontraba recogida en el art. 4 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, en donde podía leerse que "la libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudique a otro: por eso, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos".
7. Como hemos dicho, el tema no es pacífico doctrinalmente. Desde otro punto de vista, estos límites serían tipos de límites internos: límite "inmanente" sería el que exige no desconocer otra norma constitucional (otros derechos), límite "positivo" el que recoge las expectativas que se priva de protección (orden público).
8. GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Thomson-Aranzadi, Elcano (Navarra), 2003, pág. 15.
9. GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, op. cit., pág. 67.
10. SANSÓ-RUBERT PASCUAL, Daniel, "¿Es la inteligencia la respuesta a los nuevos riesgos y amenazas?", op. cit., pág. 97. En otro trabajo este autor insiste en dicha idea, que se enmarca en el modelo mental del terrorista: "bajo este planteamiento, el recorte de libertades a la población para protegerla de la acción terrorista, es precisamente uno de sus objetivos estratégicos" (idem, "Seguridad vs. libertad: el papel de los servicios de inteligencia", Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, Universidad de Valencia, núm. 48, pág. 97).
11. Para el caso español, la Constitución alude en su art. 55.1 a la suspensión de los derechos relacionados con la detención, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones, la libertad de residencia y circulación, la libertad de expresión e información, el derecho de reunión, el derecho de huelga y el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo.
12. Sobre esta cuestión puede consultarse nuestro libro Secreto e intervención de las comunicaciones en Internet, Thomson – Civitas, Madrid, 2004.
13. Este tema lo tratamos en nuestra monografía Lo público y lo privado en Internet. Intimidad y libertad de expresión en la Red, Universidad

Nacional Autónoma de México, México D. F., 2004, págs. 64 y ss.

14. El art. 8.1 de la Ley española 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información, establece restricciones a la prestación de servicios para la salvaguarda del orden público, la investigación penal, la seguridad pública y la defensa nacional.
15. RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca, *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, pág. 128.
16. Por ejemplo, en el seno del Consejo de Europa, la Recomendación Rec (2001) 11 del Comité de Ministros sobre principios directrices en la lucha contra el crimen organizado. En España la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal hecha por LO 5/1999, relativa al perfeccionamiento de la actividad investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves, regula la figura del agente encubierto.
17. Sobre esta cuestión vid. SANSÓ-RUBERT PASCUAL, Daniel, "El papel de la información en la lucha contra la delincuencia organizada transnacional", UNISCI *Discusión Papers*, núm. 12, octubre 2006, págs. 214 y ss. Este autor asevera que tales acciones "generalmente plantean graves problemas de carácter moral, legal y democrático". Por ello, "lo habitual es recurrir a su empleo en casos extremos".
18. En el mismo lugar de la nota precedente, SANSÓ-RUBERT concluye que el estado actual de la lucha contra la delincuencia organizada es insatisfactorio "desde la perspectiva de alcanzar un equilibrio entre eficacia y legalidad, especialmente en el contexto tocante al marco de actuación de los servicios de inteligencia y a las labores de información, haciendo necesaria la articulación de un nuevo esquema, que permita trazar con nitidez los parámetros legales de actuación y una clara delimitación de objetivos" (*ibidem*, pág. 225).
19. NAVARRO BONILLA, Diego, "Medios tecnológicos e Inteligencia: bases para una interrelación convergente", *Arbor*, núm. 709, enero 2005, pág. 289.
20. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, "Espionaje en la Red: la amenaza fantasma", en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio (coord.), *Defensa e Internet. Actas del I Congreso sobre Seguridad, Defensa e Internet*, op. cit., págs. 96-97.

Seguridad y libertad: ¿equilibrio imposible?

Publicado: Viernes, 03 Diciembre 2021 09:00

Escrito por José Julio Fernández Rodríguez
