

VIGILANCIA DEL BND - REALIDAD ILEGAL

Posted on 15. Juni 2020

*Un punto de vista **de Sean Henschel.***

El 19 de mayo de 2020, el Tribunal Constitucional Federal tomó una decisión histórica sobre el reconocimiento de las telecomunicaciones extranjeras en virtud de la Ley BND. Los principios rectores de la sentencia hablan por sí mismos: el Tribunal Constitucional Federal ha considerado clara la inconstitucionalidad de varios reglamentos de la Ley BND.

Es una decisión legalmente complicada, pero no faltan frases claras que cualquiera puede entender a primera vista. A pesar del lenguaje técnico generalmente utilizado, que un lego en la materia no es fácilmente capaz de descifrar, creo que es muy apropiado destacar una vez más la excelente labor y competencia del Tribunal Constitucional Federal en la comparación internacional.

Las sentencias están redactadas en forma de libro de texto y pueden ser un apoyo sumamente útil incluso para quienes no son abogados para comprender y cuestionar las estructuras básicas esenciales de la Ley fundamental. Una mirada al Consejo Constitucional de Francia, donde la pertenencia no requiere ninguna calificación jurídica y cada ex presidente se convierte en miembro vitalicio, muestra las diferentes normas que prevalecen en Europa con respecto al control constitucional. Además, las sentencias del Conseil constitutionnel suelen ser bastante cortas y apenas contienen explicaciones detalladas.

En vista de que en los comentarios de los textos anteriores se consideró que el lenguaje técnico utilizado allí era demasiado complicado y seco, se intenta aquí dar cabida a la "juridificación" lingüística. Sin embargo, esto no es fácil por las siguientes razones. Las cuestiones jurídicas rara vez pueden responderse con declaraciones absolutas, con un sí o un no incondicional. Como regla y en principio. Dos términos que se repiten una y otra vez en la jurisprudencia. Si se quiere describir cuidadosamente una situación de hecho, incluidos los problemas jurídicos, no siempre se puede evitar la jerga jurídica. El abogado está feliz y el lego está decepcionado. Si se simplifica todo el asunto, se vuelve más interesante y comprensible para el lego, pero no del todo correcto en el sentido legal.

El difícil reto sigue siendo encontrar un equilibrio satisfactorio para ambas partes. Y sí, el cebo debe saber bien al pez y no al pescador. ¿Cuánto puede pedir a sus lectores? Creo que mucho más de lo que muchos representantes de los medios de comunicación suponen. Esto se puede ver una y otra vez en los numerosos comentarios de los artículos mal investigados, que obviamente se caracterizan más por el contenido y la objetividad que el texto bajo escrutinio!

El extraordinario alcance de las entrevistas que duran horas demuestra claramente que el cliché de que los usuarios no tienen tiempo para ello y que su capacidad de atención real es muy limitada tampoco puede asumirse de manera generalizada. ¿Es realmente una cuestión de inferioridad o de tiempo? Y si esto último es el caso, ¿no es el tiempo siempre para establecer prioridades? Estas son preguntas que vale la pena pensar.

¿De qué se trata el juicio del BND?

Se trata de la Ley BND, es decir, la Ley del Servicio de Inteligencia Federal, modificada por la Ley sobre la Inteligencia Exterior del Servicio de Inteligencia Federal de 23 de diciembre de 2016 (Boletín Oficial Federal I, página 3346). La organización no gubernamental Reporteros sin Fronteras, los periodistas de investigación y reportaje de nacionalidad extranjera y un abogado alemán que trabaja en el extranjero han presentado un recurso de amparo constitucional por estar afectados por las autorizaciones de gran alcance de la BND en virtud de la Ley de la BND. Se quejaron de la violación de sus derechos fundamentales según el artículo 10.1 de la Ley Básica (Secreto de las Telecomunicaciones), artículo 5.1 frase. 2 GG (libertad de prensa) y el artículo 3.1 GG (principio de igualdad).

Los interesados se refirieron al hecho de que utilizarían los servicios de telecomunicaciones electrónicas "en gran escala" para su trabajo, en particular el correo electrónico, el teléfono y la mensajería instantánea. La recopilación de datos del BND cubre principalmente estos medios electrónicos de comunicación. La ley de la BND en su forma actual pondría en peligro en particular a los periodistas de investigación que dependen de la cooperación de informantes y mantienen contacto con miembros de organizaciones ilegales o sus personas de contacto para la obtención de información y, por lo tanto, obviamente entraría en el foco de atención de la BND.

La vinculación del poder estatal alemán

Del párrafo 3 del artículo 1 de la Ley Fundamental se desprende que la autoridad estatal alemana está obligada a respetar los derechos fundamentales. Allí dice: "Los siguientes derechos fundamentales vinculan la legislación, el poder ejecutivo y la jurisdicción como ley directamente aplicable".

El Tribunal Constitucional Federal declaró una vez más que el compromiso del Estado con los derechos fundamentales "no se limita al territorio alemán". La limitación territorial de la vinculación de los derechos fundamentales no puede inferirse ni de la historia de su origen ni de la sistemática del artículo 1.3 de la Ley Fundamental. En cambio, el Tribunal Constitucional Federal habla de una

"protección integral de los derechos fundamentales centrada en el individuo" y considera que los derechos fundamentales son derechos subjetivos, es decir, derechos de defensa contra el Estado, que siempre surten efecto cuando el Estado alemán actúa y existe la necesidad de protección "independientemente de dónde, contra quién y en qué forma".

La protección de los derechos fundamentales se aplica "al hombre como hombre" y se sitúa en un contexto de garantías internacionales de los derechos humanos.

El artículo 1.2 de la Ley Fundamental dice: "El pueblo alemán profesa, pues, derechos humanos inviolables e inalienables como base de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo". Por consiguiente, el Estado no puede invocar la falta de un derecho fundamental vinculante y luego actuar en el extranjero a voluntad haciendo caso omiso de los principios constitucionales.

Vigilancia incontrolada en el extranjero

El Tribunal Constitucional Federal determinó que la Constitución alemana no permite "la vigilancia global y general, incluso para fines de inteligencia extranjera". Además, la vigilancia de las telecomunicaciones en el extranjero es una medida de "intervención particularmente intensa".

En el caso de la llamada "vigilancia estratégica", el BND puede vigilar las comunicaciones de los extranjeros en el extranjero, independientemente de las ocasiones concretas o los hechos sospechosos, si ello es útil para la República Federal de Alemania "en general para obtener indicios de situaciones peligrosas" o para reunir conocimientos generales sobre los intereses de la política exterior y de seguridad.

Es interesante observar que la Ley BND no contiene ninguna autoridad explícita para recoger datos personales del extranjero. A este respecto, el legislador asumió que la norma de tarea del artículo 1 (2) del BNDG era suficiente y se basó en la falta de un derecho fundamental vinculante.

En el marco de sus medidas de vigilancia en el extranjero, el BND recoge cada día más de 100.000 registros de datos de comunicaciones, correos electrónicos, conversaciones o mensajes de texto. Después del filtrado inicial, los empleados del BND evalúan los datos leyendo los correos electrónicos o escuchando las conversaciones. Aunque existe un "Reglamento de servicio de la SIGINT" interno con referencias al Código de Procedimiento Penal alemán, que puede entenderse como un manual de uso para los empleados del BND y que tiene por objeto proteger el núcleo de la vida privada de la vigilancia, también es un documento pro forma. Sin embargo, es evidente que

en muchos casos las personas no se comunican de antemano de manera limitada en cuanto a su contenido. El cambio de las diferentes esferas de la intimidad a la privacidad es fluido y difícil de separar. Contrarrestar la amenaza que suponen las medidas de vigilancia con reglamentos de servicio interno no es más que un intento de encubrir las propias acciones ilegales o las acciones en la zona gris.

A este respecto, el Tribunal Constitucional Federal escribe lo siguiente: "La evaluación debe interrumpirse inmediatamente tan pronto como se ponga de manifiesto que la vigilancia está invadiendo el núcleo de la vida personal; incluso en caso de duda, la medida sólo puede, en principio, continuar en forma de registros que deben ser examinados por un órgano independiente antes de ser evaluados. Los hallazgos del área más personal de la vida no pueden ser explotados y deben ser borrados inmediatamente.

Pasar a los servicios secretos extranjeros

Según el Tribunal Constitucional Federal, la Ley fundamental, como "ordenamiento jurídico favorable al internacional", está abierta a la cooperación entre los servicios de inteligencia si existen "sus propias normas jurídicas" "que garanticen la protección de los derechos fundamentales también en el contexto de la cooperación internacional entre los servicios de inteligencia". En este contexto, el tribunal critica la falta de control cuando los datos se transmiten a organismos extranjeros.

A este respecto, el tribunal escribe lo siguiente: "Tan pronto como los datos se transfieren a organismos extranjeros, el legislador debe prescribir además que la parte receptora debe asegurarse de que los datos se manejen de conformidad con el estado de derecho. Esto se refiere tanto a la observancia de los requisitos de protección de datos como al cumplimiento de los principios elementales de derechos humanos".

Estos principios se aplican, por ejemplo, a la extradición de personas de Alemania a otros países.

Control jurídico objetivo e independiente

El problema de una medida de vigilancia es que el interesado no suele enterarse de ella. Pero si no te enteras de una medida de vigilancia y no sospechas nada, no puedes emprender acciones legales contra ella. Donde no hay demandante, no hay juez. En la práctica, el derecho de la persona interesada a recibir información del BND sobre los datos almacenados no es prometedor. Además, hay excepciones a esta disposición de información en las que se puede omitir (véase el artículo 22

de la BNDG en relación con el artículo 15 de la Ley Federal de Protección Constitucional).

En el caso de la "vigilancia estratégica" de personas en el extranjero, el legislador puede, por lo general, prescindir de la obligación de notificar, lo que dificulta aún más la protección jurídica efectiva.

El Tribunal Constitucional Federal ha reconocido este déficit de protección jurídica y sugiere que se cree un órgano de supervisión independiente. Esta debería caracterizarse por la "autonomía institucional" y tener "su propio presupuesto, su propia soberanía de personal y su autonomía de procedimiento". Los órganos de supervisión deben estar "dotados de personal y recursos materiales para que puedan desempeñar eficazmente sus tareas". En cuanto a su contenido, deben tener todas las facultades necesarias para un control efectivo del Servicio Federal de Inteligencia".

Abogados y periodistas

En lo que respecta a los abogados y periodistas cuyas actividades están constitucionalmente sujetas a requisitos especiales de confidencialidad, deben establecerse requisitos específicos para proteger las relaciones de confidencialidad, en particular "entre los periodistas y sus informantes o los abogados y sus clientes".

En general, el Tribunal Constitucional Federal encontró en su decisión que partes esenciales del BNDG sobre la vigilancia de las telecomunicaciones en el extranjero son inconstitucionales y por lo tanto deben ser modificadas antes de finales del próximo año. Hasta entonces, el BND puede seguir vigilando ilegalmente en el extranjero. Esto puede sonar extraño para algunos, pero está legalmente justificado de la siguiente manera. Si una norma viola la Ley Fundamental, esto puede conducir a una declaración de nulidad (§78 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal) o a una declaración de incompatibilidad con la Ley Fundamental (véase §§ 31.2, 79.1 de la BVerfGG).

En el caso de una declaración de incompatibilidad, se deja al legislador la posibilidad de decidir cómo se va a remediar la violación. Se requiere una declaración de incompatibilidad "si una anulación crearía un estado que estaría aún más alejado del orden constitucional que la disposición inconstitucional".

La declaración de incompatibilidad tiene varias consecuencias jurídicas, es decir, las consecuencias que pueden producirse. O bien se produce la llamada "suspensión de la aplicación" (como norma) o, como en el presente caso, la continuidad de la validez a pesar de la declaración de incompatibilidad. Esto debería ser posible, por ejemplo, para evitar el "caos legal".

El tribunal apoyó la validez permanente de las normas inconstitucionales al afirmar que "los poderes son de considerable importancia para asegurar la capacidad política del Gobierno Federal para actuar".

Esta es ciertamente una decisión importante y constitucionalmente significativa.

Sin embargo, no hay que olvidar que las medidas de vigilancia ilegal del BND tienen una larga tradición y han estado a la orden del día desde su creación. En casa y en el extranjero. Comenzó con la organización Gehlen, un servicio de inteligencia ocupado por los nazis. Esto fue inicialmente financiado y supervisado por el ejército de EE.UU. y más tarde por la CIA. El Estado Profundo de las potencias occidentales victoriosas y ocupantes, con los EE.UU. al frente, se había dado cuenta rápidamente de que había enormes oportunidades en Alemania Occidental para combatir el comunismo y fortalecer la supremacía europea obtenida después de la guerra. Esto fue facilitado por idiotas útiles que no carecían de sentido de la autoridad. Esto se llamó entonces la estrategia de doble contención.

La vigilancia postal de Alemania Occidental es parte de una incómoda historia alemana, de la que no se habla mucho hoy en día. Una aclaración públicamente efectiva también pondría la "narrativa de vigilancia de la Stasi" y por lo tanto también a la RDA bajo una luz diferente. En la RDA, la vigilancia se llevó a cabo; en Alemania Occidental, sin embargo, también se llevó a cabo - y no sólo un poco. En la República Federal, los Aliados controlaban simplemente todo, desde los impresos, cartas y paquetes hasta los télex y las llamadas telefónicas. En Bonn, toda la correspondencia del Gobierno Federal y de los miembros del Bundestag era supervisada por los franceses. Esta amplia vigilancia también era conocida en ese momento por el líder del grupo parlamentario de la CDU/CSU, Heinrich von Brentano, por lo que escribió una nota al Canciller Adenauer.

La vigilancia del tráfico de telecomunicaciones en Alemania Occidental era considerable. Hubo millones de cartas que fueron sacadas de circulación, abiertas y evaluadas. Además, había millones de llamadas telefónicas vigiladas cada año. En 1964 había 7 millones de envíos postales afectados por la vigilancia postal americana, en 1968 7,8 millones. Entre 1949 y 1968, las estaciones de vigilancia americanas con una oficina central en Oberursel cubrieron más de 15 ciudades alemanas desde Bremen y Bremerhaven hasta Munich y Passau. Inicialmente, la vigilancia a nivel nacional en Alemania Occidental fue posible gracias al derecho de ocupación, más tarde con acuerdos suplementarios al estatuto de las tropas de la OTAN y luego, a partir de 1968, con las leyes del G 10 que incluían acuerdos suplementarios. Desde 1968, los servicios de Alemania Occidental desde el BND, MAD hasta el BfV podían oficialmente monitorear su propia población.

Además, los servicios de Alemania occidental tenían que cumplir las solicitudes de vigilancia de las antiguas potencias ocupantes y vigilar así a su propia población en nombre de los servicios extranjeros. Para ello, el BND se hizo cargo de las estaciones de vigilancia de los aliados y estableció estaciones de vigilancia telefónica en varias grandes ciudades. La cooperación entre los diversos servicios de Alemania Occidental en el marco de la vigilancia integral de su propia población dio lugar a considerables problemas constitucionales para el MAD. La evidente violación de la ley por la vigilancia de civiles por parte del MAD llevó al entonces Ministro Federal de Defensa Gerhard Schröder (CDU) a decir que "esto podría llevar a cargas políticas indeseables para el Bundeswehr". Sin embargo, aceptó el despliegue del MAD en ese momento.

La vigilancia ilegal de los servicios alemanes se extiende a lo largo de la historia de la posguerra. Más recientemente, a través de la Operación Rubikon/Tesoro, debe quedar claro que la ilegalidad es parte del negocio y se ha europeizado desde hace mucho tiempo. La práctica de vigilancia que aún existe hoy en día y la postura política y el posicionamiento del gobierno alemán son testigos de la falta de independencia. Desde el asunto de la NSA y la falta de protección de los ciudadanos alemanes de la vigilancia extranjera hasta entonces, está claro quién toma realmente la decisión final. Después de todo, la protección de los derechos básicos de los ciudadanos en el hogar también se extiende a la vigilancia ilegal por parte de otros estados.

La expectativa del Estado alemán de poner fin a la vigilancia extranjera en un futuro próximo sólo puede considerarse ingenua en vista de la historia de los servicios y la falta de independencia. Sin embargo, la esperanza muere al final, y los juicios históricos como el del 19 de mayo de 2020 son un buen comienzo. Cuanto más se promueva el discurso, tanto en la sociedad civil como en los círculos profesionales, más probable será que se produzca un proceso lento y constante de mejora.

Fuentes:

1. https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/05/rs20200519_1bvr283517.html
2. <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/bvg20-037.html>
3. <https://www.gesetze-im-internet.de/bndg/index.html#BJNR029790990BJNE000702305>
4. https://www.gesetze-im-internet.de/bverfschg/_15.html

5. <https://dejure.org/gesetze/GG/1.html>
6. <https://www.gesetze-im-internet.de/irg/index.html#BJNR020710982BJNE001901307>
7. https://www.gesetze-im-internet.de/irg/_8.html
8. https://de.wikipedia.org/wiki/Reporter_ohne_Grenzen
9. https://de.wikipedia.org/wiki/Organisation_Gehlen
10. https://books.google.de/books/about/Überwachtes_Deutschland.html?id=PuMsDwAAQBAJ&source=kp_book_description&redir_esc=y
11. BArch, B 257/68702; B 106/204180
12. https://www.bgb1.de/xaver/bgb1/start.xav?start=%2F%2F*#_bgb1_%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgb1168s0949.pdf%27%5D__1590168128132
13. BArch, B136/20691, Heinrich von Brentano und Bundeskanzler Adenauer, 9.11.1951
14. BArch, B 106/204180, BKAm, 24.9.1968
15. BArch, B 106/204180, BKAm, 24.9.1968
16. PA AA, B 10/1847, 1.3.1951
17. BKAm, 15170(4), Seite 31-32. 4.10.1968
18. https://www.bgb1.de/xaver/bgb1/start.xav?start=/*%5B@attr_id=%27bgb1168s0709.pdf%27%5D#_bgb1_%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgb1168s0709.pdf%27%5D__1590169366139
19. Siehe Zusatzabkommen zum NATO-Truppenstatut (3.8.1959)
20. Siehe Besatzungsstatut (Befugnisse der deutschen Regierung und Sonderbefugnisse der Alliierten Kontrollbehörden), 21.9.1949
21. https://de.wikipedia.org/wiki/Globale_Überwachungs-_und_Spionageaffäre
22. https://de.wikipedia.org/wiki/Operation_Rubikon

+++

Gracias al autor por el derecho a publicar.

+++

Fuente de la imagen: Photelling Images / shutterstock

+++

El KenFM se esfuerza por conseguir un amplio espectro de opiniones. Los artículos de opinión y las contribuciones de los invitados no tienen por qué reflejar las opiniones de la redacción.

+++

¿Te gusta nuestro programa? Información sobre otras posibilidades de apoyo aquí:

<https://kenfm.de/support/kenfm-unterstuetzen/>

+++

Ahora también puedes apoyarnos con Bitcoins.



Dirección de

BitCoin:

18FpEnH1Dh83

GXXGpRNqSoW

5TL1z1PZgZK