

# Domicilios y escuchas. La reforma constitucional alemana de 1998

Germán Gómez Orfanel  
*Profesor Titular de Derecho Constitucional  
Universidad Complutense de Madrid*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. LA REFORMA CONSTITUCIONAL SOBRE LAS ESCUCHAS TELEFÓNICAS: UN ANTECEDENTE A TENER EN CUENTA.—III. EL CASO TRAUBE Y SUS CONSECUENCIAS.—IV. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1998: a) Análisis del texto constitucional. b) La relevancia de las normas del procedimiento penal.—ANEXO.

## I. INTRODUCCIÓN

En Alemania, desde el 6 de febrero de 1998 se pueden instalar micrófonos en los domicilios y escuchar y grabar las conversaciones si existen sospechas fundadas de que uno es un delincuente de cierta relevancia o se relaciona con personas de tal índole y los jueces lo autorizan. Para luchar contra la criminalidad organizada se ha reformado la Constitución y en la actualidad no nos hallamos tanto ante supuestos de intervención de las comunicaciones, sino que es la inviolabilidad del domicilio lo que está en juego.

En 1968 también se reformó la Ley Fundamental para permitir las intervenciones telefónicas realizadas por los servicios secretos con carácter preventivo y sin control judicial con el objetivo de defender el orden constitucional y la seguridad del Estado, y ello con independencia de las escuchas telefónicas autorizadas por los jueces en el ámbito de los procedimientos penales. El Tribunal Constitucional Federal y el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo dieron su asentimiento a las modificaciones jurídicas efectuadas.

Controlar teléfonos y poner micrófonos son operaciones mucho más vinculadas entre sí de lo que pueda pensarse. Por ello hemos considerado que las experiencias de aquel tiempo suponen un valioso precedente para reflexionar sobre la situación actual (II).

Años después, en 1977, las revelaciones sobre el «caso Traube», en una Alemania hipersensibilizada ante la disidencia política radical y el terrorismo, pusieron en evidencia de modo escandaloso el contraste entre determinadas actuaciones de los poderes públicos y la ausencia de una cobertura jurídica que las legitimara (III).

Desde entonces, pero sobre todo a partir del comienzo de los noventa, ha tenido lugar en Alemania un debate a todos los niveles sobre las escuchas para perseguir actividades delictivas, usando para ello un arsenal de medios técnicos que reflejan cómo una vez más el Derecho se ve obligado a dar respuesta a las innovaciones tecnológicas, y con ello me refiero al llamado *Lauschangriff*. Durante los últimos años, leyes de diferente naturaleza lo han ido imponiendo gradualmente, pero faltaba superar un obstáculo, el artículo 13 de la Ley Fundamental.

Los grandes partidos (CDU-CSU, FDP y SPD) se pusieron de acuerdo para la reforma constitucional. Una vez realizada, la polémica se ha desplazado en gran medida al ámbito del Derecho procesal penal, al espacio de la policía y de los jueces y de la obtención de pruebas y, sobre todo, en relación con quienes pueden por razones de secreto profesional quedar excluidos de las escuchas (IV).

La complejidad del tema y su notable densidad jurídica requerirían que le dedicáramos un mayor espacio, y una estructuración más elaborada. Hemos optado por algo más modesto, ofrecer una primera aproximación a los problemas planteados.

## II. LA REFORMA CONSTITUCIONAL SOBRE LAS ESCUCHAS TELEFÓNICAS: UN ANTECEDENTE A TENER EN CUENTA

La Ley de reforma constitucional de 24 de junio de 1968, que incorporó a la Ley Fundamental la regulación de las situaciones de excepción (*Notstandsverfassung*)<sup>1</sup>, modificaría además el artículo 10 de dicho texto

<sup>1</sup> Para situar el problema del control de las telecomunicaciones en el marco de la evolución política y jurídica alemana, hay que tener presente su vinculación con la legislación de excepción, aunque su práctica (y sus abusos) haya sido cotidiana e independiente de la declaración de estados de excepción. En este sentido conviene recordar que, después del final de la Segunda Guerra Mundial, las fuerzas de ocupación se encargaron de la vigilancia de la correspondencia y de las telecomunicaciones, y tal situación persistía incluso después del cese en 1955 del régimen de ocupación.

Según el Convenio de 26 de mayo de 1952 (art. 5.f.2), enmendado el 23 de octubre de 1954, los derechos de las tres fuerzas de ocupación en lo concerniente a la protección de la seguridad de las fuerzas armadas establecidas en el territorio (y aquí estaría incluido el control de las comunicaciones) desaparecerían «cuando las autoridades alemanas competentes hubieran obtenido poderes similares en virtud de la legislación alemana, permitiéndoles tomar medidas efectivas para proteger la seguridad de

constitucional, añadiendo un segundo párrafo en el que se preveía que las limitaciones al derecho fundamental al secreto de la correspondencia y de las comunicaciones que tuviesen como finalidad la protección del orden fundamental liberal democrático serían controladas por órganos parlamentarios o dependientes de éstos y no por los tribunales, no teniendo que informarse a los afectados de tal intervención. El artículo 19.4 de la Ley Fundamental, que contempla el acceso a los tribunales frente a la violación de derechos, quedaría también afectado en cuanto reflejaría el ámbito de inmunidad jurisdiccional reconocido en el artículo 10, apartado segundo (ver Anexo).

La Ley de 13 de agosto de 1968, sobre limitación del secreto de la correspondencia y de las comunicaciones<sup>2</sup>, desarrollaría el artículo 10, estableciendo que los servicios de defensa de la Constitución (*Verfassungsschutzbehörden*), de la Federación y de los *Länder*, y los servicios de información, podrán abrir la correspondencia y escuchar y grabar conversaciones (art. 1.f.1)\*, cuando existieran fundamentos objetivos para la sospecha de que alguien planea cometer o cometa delitos de traición, de puesta en peligro del Estado democrático de Derecho, contra la defensa de la Nación o contra la seguridad de las tropas de la OTAN estacionadas en Alemania (art. 1.f.2).

Los órganos directivos de los servicios aludidos serían los encargados de solicitar la autorización para la intervención, correspondiendo otorgarla a la máxima autoridad del *Land* o a un ministro de la Federación (Interior o Defensa) por encargo del Canciller Federal (art. 1.f.4), y por un período no superior a tres meses. La intervención se realizaría bajo la inspección de un funcionario que reúna las condiciones para ser juez (*Die Befähigung zum Richteramt hat*).

Por su parte, el Ministro que concedió la autorización debe informar al menos cada seis meses a un comité integrado por cinco miembros del *Bundestag*, quienes a su vez nombrarán para el período correspondiente de la legislatura a otra comisión integrada por un Presidente que reúna las condiciones para ser juez y por dos vocales, y que decide sobre la conveniencia de las medidas de intervención. Explícitamente se hace constar que se excluye del control de los Tribunales tanto la autorización de las medidas de intervención como su ejecución (art. 1.f.9.5) y que no se informará al afectado de tales medidas (art. 1.f.5.5)<sup>3</sup>.

estas fuerzas, comprendida la posibilidad de hacer frente a un atentado grave contra la seguridad y el orden públicos».

El 27 de mayo de 1968, las fuerzas occidentales de ocupación estimaron que la Ley de reforma constitucional y la Ley de desarrollo del artículo 10 de la Ley Fundamental, promulgadas, respectivamente, el 24 de junio y el 13 de agosto de 1968, cumplían con los requisitos del Convenio de 1952.

<sup>2</sup> *Gesetz zur Beschränkung des Brief-Post- und Fernmeldegeheimnisses (Gesetz zu Artikel 10 Grundgesetz)*, conocida como G 10.

<sup>3</sup> Hemos hecho mención al contenido de la Ley en su versión de 1968. En años sucesivos ha sido objeto de diferentes reformas.

\* f este signo no se corresponde con la letra «f» (efe) sino que hace referencia a una subdivisión dentro de un artículo en el seno de una ley o disposición normativa.

Estas últimas referencias a la exclusión de la vía judicial y a la no comunicación a los afectados, que figuran tanto en la ley de desarrollo como en el propio texto constitucional, tal como hemos señalado, cobrarían gran relevancia, pues servirían como fundamento de los recursos que se presentaron ante el Tribunal Constitucional Federal.

Por otro lado, el artículo 2 de la G 10 modificaría el Código de Procedimiento Penal (*Strafprozessordnung*) en lo referente a la intervención y grabación de comunicaciones en relación con los procedimientos penales. Aquí lo más digno de destacar es que tales actuaciones sólo pueden ser autorizadas por el juez o, en caso de urgencia, por el Ministerio Fiscal, si bien con la necesaria confirmación judicial en un plazo no superior a tres días.

El Gobierno del Estado de Hesse y diversos particulares acudirían al Tribunal Constitucional Federal, a través de diferentes vías, para atacar tanto la ley de reforma constitucional como la de desarrollo.

Entre las alegaciones presentadas por el Estado de Hesse destacaríamos la consistente en afirmar que la ley de reforma constitucional vulneraría el artículo 79.3 de la Ley Fundamental (límites materiales a la reforma) en conexión con los artículos 1 y 2. En concreto, la exclusión de la actuación del juez respecto a las intervenciones en las comunicaciones lesionaría la dignidad de la persona humana, en el sentido de convertirla en objeto de medidas del poder político, no controladas por un juez, y resultando además afectado el núcleo básico de la esfera privada del individuo<sup>4</sup>. Por otro lado, la prohibición de acudir a los jueces o de poder obtener tutela judicial efectiva, si utilizamos nuestro lenguaje constitucional, afectaría a los principios del Estado de Derecho y de la división de poderes, que tendrían la consideración de principios supraconstitucionales o, si se quiere precisar más, a prueba de reformas constitucionales.

Los recursos presentados por diversos ciudadanos que, además, eran jueces o abogados insistirían en argumentos semejantes, añadiendo también que con la legislación aprobada quedaría afectado el contenido esencial del derecho al secreto de las comunicaciones.

Por otra parte, la exclusión de la notificación con carácter generalizado, impediría acudir en ningún caso a los tribunales y ejercitar el derecho a ser oído ante ellos (art. 103 LF).

El Tribunal Constitucional Federal emitiría su sentencia el 15 de diciembre de 1970<sup>5</sup>, la célebre «sentencia de las escuchas» (*Abhörurteil*).

Respecto a la compatibilidad de la Ley de reforma constitucional con el artículo 79.3 LF, el Tribunal Constitucional se pronunció en un sentido positivo a través de una discutible interpretación de la reforma constitu-

<sup>4</sup> Ver BVerfGE 34, 238 y ss. (245): «El mandato de respetar este núcleo básico, la esfera íntima del individuo, tiene su fundamento en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 2,1 de la Ley Fundamental».

Como es sabido, la Ley Fundamental no reconoce expresamente un derecho a la intimidad, que ha tenido que ser construido jurisprudencialmente a partir del contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

<sup>5</sup> BVerfGE 30, n.º 1, págs. 1 y ss.

cional conforme a la Constitución, destacando que una de las decisiones básicas de la Ley Fundamental es su opción por una democracia militante (en el sentido del artículo 18 LF), que no acepta el abuso de los derechos fundamentales contra el orden constitucional, y que la protección de un bien jurídico como el mantenimiento del Estado y del orden constitucional puede justificar, desde una perspectiva de proporcionalidad, el que se sometan a vigilancia las comunicaciones de determinadas personas sospechosas de una conducta de enemistad con la Constitución (*Verfassungsfeindlich*) y que no se les informe de tal vigilancia y no se permita en determinados supuestos el control jurisdiccional.

Además, el artículo 10.2 de la Constitución exigiría que su ley de desarrollo establezca un sistema de control que material y procedimentalmente equivalga a un control jurisdiccional, aunque el afectado no tenga la oportunidad de participación en tal «procedimiento sustitutorio» (Directriz 4).

En relación con los recursos planteados por los particulares, el Tribunal explica las razones de su admisibilidad en cuanto irían dirigidos no sólo contra una ley, sino incluso contra una ley de reforma de la Constitución (págs. 16-17). Al analizar la compatibilidad constitucional de la ley de desarrollo, el Tribunal Constitucional afirma que la comisión que controla en realidad las escuchas reúne una serie de requisitos semejantes a los de un órgano jurisdiccional; así, su Presidente debe tener la capacitación exigida para ser juez, sus miembros no están sujetos a instrucciones y están nombrados por un período determinado y, lo más importante, deciden sobre la necesidad de las medidas de intervención. Por otro lado, no hay que olvidar que se trata de órganos parlamentarios o nombrados por miembros del *Bundestag* y por ello debe excluirse una composición unilateral, la minoría debe participar en las decisiones<sup>6</sup>.

Lo único que el Tribunal considera incompatible con la Constitución será la prohibición, contenida en el artículo 1.f.5, párrafo 5, de la G 10, de informar en cualquier caso a los afectados por la medida de intervención. El Tribunal dulcificará tan rotunda afirmación señalando que deberá informarse de dichas actuaciones en la medida en que la situación que justificaba la necesidad de secreto haya desaparecido, es decir, cuando no corran peligro los objetivos de la intervención.

Tres miembros del Tribunal suscribirán un voto particular considerando que la reforma efectuada sobre el artículo 10.2 LF era incompatible con el artículo 79.3 LF y, por tanto, nula. Se oponían a la interpretación de la ley de reforma efectuada por la mayoría y consideraban básicamente que los principios del Estado de Derecho y de la división de poderes que-

<sup>6</sup> Aquí se manifiesta ya el dilema que afecta tanto a las escuchas telefónicas como a las realizadas mediante otros instrumentos técnicos como puede ser la instalación de micrófonos. Si el afectado sabe que sus comunicaciones están intervenidas, no hace falta ejercitar en exceso el sentido común para concluir que ello no sirve para nada, pero, desde la otra perspectiva, quien nunca llega a conocer que se le somete a vigilancia no podrá ejercitar medidas de defensa.

Lo que hará el Tribunal Constitucional será rechazar aquellos supuestos en que no esté justificada ya la ausencia de notificación.

daban lesionados, pues los órganos a quienes se encomienda el control de las escuchas son órganos políticos<sup>7</sup>. Se niega a los individuos una protección jurídica que en el sistema de división de poderes corresponde al Poder Judicial, destinado a ofrecer protección frente a las intervenciones de los otros dos poderes (pág. 43). Las actuaciones previstas afectan no sólo a enemigos de la Constitución y a agentes, sino también a personas no sospechosas y a terceros no participantes cuyo teléfono puede ser escuchado y sus cartas abiertas sin que se enteren, ni puedan reaccionar acudiendo a la vía judicial.

Por todo ello, el artículo 79.3 es también una manifestación de la democracia militante (*streitbare Demokratie*) y de la defensa de la Constitución, y sería contradictorio para defender la Constitución renunciar a principios inviolables (pág. 46).

Varios de los particulares que habían presentado recurso ante el Tribunal Constitucional Federal alemán, entre ellos Gerhard Klass, disconformes con la sentencia, acudieron al Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo alegando que la ley de reforma del artículo 10 de la Ley Fundamental y la ley de desarrollo vulneraban los artículos 8 (derecho al respeto a la vida privada, domicilio y correspondencia), 13 (derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional) y 6 (derecho a ser oído por un Tribunal independiente e imparcial) del Convenio de Roma. El citado Tribunal decidiría por unanimidad, en su sentencia de 6 de septiembre de 1978 (caso Klass y otros), que no se había producido ninguna violación de los mencionados artículos del Convenio, tras considerar a los recurrentes como víctimas en el sentido del artículo 25, debido a la simple existencia de medidas concretas de control o de una legislación que permita tales medidas, aunque éstas no les hayan sido aplicadas.

### III. EL CASO TRAUBE Y SUS CONSECUENCIAS

El 28 de febrero de 1977, el semanario *Der Spiegel* publicaría una amplia información acompañada de documentos sobre la vigilancia a que había sido sometido por los servicios secretos el científico nuclear Dr. Klaus Traube, y que había alcanzado su máxima intensidad la noche del 1 al 2 de enero del año anterior, en la que agentes del servicio de Defensa de la

<sup>7</sup> En el voto particular se recoge la posición del Presidente de la Comisión Jurídica del *Bundestag*, en la discusión parlamentaria del texto de reforma constitucional referido al artículo 10.2:

«Existen dos grupos. Uno es el de los casos de los procedimientos penales, el otro es de los casos previos, respecto a los que no existe todavía conducta punible, sino la sospecha de tal conducta de una puesta en peligro de la República Federal. Este espacio previo, este umbral anterior, supone lo que es políticamente interesante y esencial, y para ello precisamos la cobertura prevista en el artículo 10. Esto constituye el núcleo político... de esta norma de excepción. Por ello no es imaginable informar posteriormente a los sometidos a tal control y permitirles un procedimiento judicial ordinario...» [recogido en BVerfGE 30, págs. 1 y ss. (35-36)].

Constitución (*Verfassungsschutz*), disfrazados de pescadores, habían penetrado en su domicilio, aprovechando su ausencia por vacaciones, y fotografiado documentos personales e instalado micrófonos. Y esto no era todo, pues desde hacía varios meses, en aplicación de lo dispuesto en la G 10, su teléfono estaba intervenido y su correspondencia controlada<sup>8</sup>, así como investigados su actividad laboral, sus ingresos, su familia<sup>9</sup> y sus amistades, y ello, según los servicios secretos, debido a sus relaciones con personas consideradas como simpatizantes de núcleos terroristas, y más en concreto con uno de los integrantes del grupo que en 1975 había asaltado la sede de la OPEP en Viena. En el fondo, lo que preocupaba a los citados servicios era la actividad profesional de Traube y sus conocimientos, y que pudiera, en la hipótesis más extrema, entregarles material nuclear, o incluso una bomba atómica.

*Der Spiegel* publicaba, además, documentos oficiales con notas manuscritas del propio ministro federal del Interior, el también catedrático de Filosofía del Derecho Werner Maihofer (FDP), de los que se desprendía la consideración de que conocía e incluso había autorizado las operaciones realizadas<sup>10</sup>. Operaciones que, dada su naturaleza y con independencia de su ilegalidad, hubiesen correspondido más a la policía que a los servicios secretos.

La cuestión fundamental era la de que no existía cobertura, ni constitucional ni legal, para el tipo de intervención efectuada, la irrupción en el domicilio de Traube y la colocación de micrófonos, y que afectaba sobre todo al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, garantizada por el artículo 13 de la Ley Fundamental.

Ante las proporciones escandalosas que empezaban a tomar las revelaciones del semanario, Maihofer, en conferencia de prensa primero (1 de marzo de 1977) y posteriormente a través de una declaración del Gobierno (coalición socialdemócrata-liberal, presidida por Helmut Schmidt), intentó legitimar la actuación de los servicios secretos aludiendo a un «estado de necesidad supralegislativo» (*übergesetzliche Notstand*), basado en el artículo 34 del Código penal alemán, que justificaría la lesión de un bien jurídico de menor rango cuando fuese la única posibilidad de evitar que otro bien jurídico superior resultase lesionado. Tal argumentación, que encontraría apoyos en importantes sectores de opinión (el periódico *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, entre otros), sería sometida a crítica por el

<sup>8</sup> Como ya hemos explicado en páginas anteriores, la intervención telefónica y de la correspondencia estarían contempladas por la G 10.

<sup>9</sup> Según informaciones de los servicios secretos, entre ellos del británico, Paula Traube había sido integrante del Partido Comunista (KPD) entre 1946 y 1948, y el propio Traube miembro de las Juventudes Comunistas al finalizar la Segunda Guerra Mundial.

<sup>10</sup> En los propios documentos se calificaba la actuación realizada como *Lauschangriff* (término que no tiene fácil equivalente en castellano y que podríamos traducir como «intervención o acción de escuchas»).

La expresión alcanzó gran aceptación en Alemania y perdura en aquel país hasta nuestros días, tanto en ámbitos periodísticos como académicos, para referirse a las escuchas mediante medios técnicos, básicamente micrófonos pero excluyendo el teléfono, e instrumentos asimilables.

profesor Martin KRIELE, señalando que «tal categoría es propia del Derecho Penal y no del Derecho Constitucional, pues en caso contrario, por encima del Derecho positivo y del sistema constitucional se situaría la razón de Estado, quedando además relativizada en su totalidad la legislación de emergencia»<sup>11</sup>.

En el debate surgido entre los diversos medios de comunicación, y en el que intervinieron profesores de Derecho Público, también fueron frecuentes las alusiones a un «estado de necesidad supraconstitucional» (*Überverfassungsgesetzliche Notstand*)<sup>12</sup>; en tal perspectiva se volvieron a citar las esclarecedoras palabras de Adolf ARNDT, jurista cercano al partido socialdemócrata (SPD), escritas en 1962:

«Toda especulación con un estado de necesidad supraconstitucional, en cuanto autorización para tomar medidas que no puedan justificarse con el propio texto constitucional, no son otra cosa que una rechazable disculpa para la ruptura constitucional, para la traición a la Constitución. Quien utilice tales especulaciones se convierte en el más maligno y peligroso de los enemigos de la Constitución. Bajo la apariencia del amigo, es peor que cualquier otro enemigo»<sup>13</sup>.

Estas ideas inspirarían la intervención en el *Bundestag* de Hugo Brandt, parlamentario del SPD y miembro de la Comisión de Interior, en la que ironizaba sobre la condición académica del ministro Maihofer<sup>14</sup>.

Desde otras posiciones, destacados juristas se manifestaron en contra de la intervención domiciliaria que el Dr. Traube había sufrido, partiendo del acatamiento crítico del régimen jurídico de control de las comunicaciones telefónicas y argumentando que las escuchas de las conversaciones dentro del domicilio efectuadas mediante micrófonos o mecanismos semejantes supondrían una intervención en el ámbito de la vida íntima más fuerte que las escuchas telefónicas, que estaban previstas constitucionalmente y sometidas a diversos controles parlamentarios que, como hemos descrito, no tenían carácter jurisdiccional pero habían sido homologados

<sup>11</sup> Martin KRIELE: «Staatsrechtler hat Bedenken», *Die Welt*, 4.3.1977.

<sup>12</sup> Un interesante resumen del impacto del caso Traube en la opinión pública y en los sectores políticos y jurídicos puede encontrarse en el trabajo de Jürgen SEIFERT: «Die Abhör-Affäre 1977 und der Überverfassungsgesetzliche Notstand. Eine Dokumentation zum Versuch Unrecht zu Recht zu machen», en *Kritische Justiz*, n.º 77 (1977), págs. 105-125.

<sup>13</sup> Adolf ARNDT: «Demokratie-Wertssystem des Rechts», en Adolf ARNDT y Michael FREUND: *Notstandsgesetze- aber wie?*, Köln, 1963 (pág.13).

<sup>14</sup> «El Ministro, con su referencia "al estado de necesidad supralegislativo" en relación con la Constitución, ha dejado abierto un resquicio en las moradas de la razón de Estado. No carece de ironía histórica el hecho de que el catedrático de Filosofía del Derecho, en tanto que Ministro del Interior, se haya atrevido a dar un paso más allá del puente entre poder y ética (*cratos* y *ethos*) tal como Friedrich Meinecke caracterizaba a la razón de Estado. Sería bueno contemplar la disposición a desahcer tal paso, pues un Estado constitucional no tiene otra "razón" que su Constitución...» (*Deutscher Bundestag*, Sten. Ber., Sesión 17, correspondiente al 16.3.1977, pág. 967).

La cita de F. MEINECKE puede encontrarse en su libro *La idea de la razón de Estado en la Edad Moderna*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1959, pág. 7.

por sentencia del Tribunal Constitucional Federal. También se argumentaba que las escuchas mediante micrófonos afectarían especialmente al derecho a la confidencialidad de la palabra, integrado en el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, recogido en el párrafo 1 del artículo 2 de la Ley Fundamental<sup>15</sup>, y vulnerarían el núcleo esencial de tal derecho, incidiendo además sobre la dignidad humana en cuanto valor constitucional<sup>16</sup>.

Una opinión semejante mantendría el profesor Erhard DENNINGER<sup>17</sup>, quien, además, afirmaría rotundamente que la inviolabilidad del domicilio atacada por la irrupción en el mismo, para efectuar un registro, tomar fotografías e instalar micrófonos (*Wanzen*), estaría protegida penalmente por el artículo 123 del Código Penal (ruptura de la paz del domicilio), desde la perspectiva de los derechos fundamentales por el artículo 13 de la Ley Fundamental y a nivel de Derecho Internacional por el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Además, las escuchas con micrófonos ocultos y las grabaciones magnetofónicas no autorizadas vulnerarían el artículo 201 del citado Código.

A los interesados en justificar la actuación de los servicios secretos les quedaba la posibilidad de apoyarse en las limitaciones con base legislativa a la inviolabilidad del domicilio previstas en el párrafo 3 del artículo 13 de la Ley Fundamental «para hacer frente a riesgos de orden general o situaciones que pongan en peligro la vida de una persona» o «situaciones de riesgo urgente de la seguridad y el orden públicos»<sup>18</sup>.

Sin embargo, según los diversos comentarios del texto constitucional, la referencia a riesgos de orden general incluiría supuestos de orden catastrófico (inundaciones, incendios...) y el riesgo debería ser concreto. El ministro del Interior presentaría el caso Traube como un supuesto de «peligro directo» debido a sus conocimientos nucleares, su acceso a determinadas instalaciones de tal naturaleza y sus presuntos contactos con terroristas, pero, en opinión de GRÜNWARD, ni existían pruebas para considerarle miembro de un grupo terrorista ni sospechas suficientes para justificar una orden judicial de registro; además, si bien la Ley Fundamental permite determinado tipo de intervenciones, no justificaría una irrupción domiciliar que permaneciese oculta para el afectado<sup>19</sup>.

Conviene también analizar otro ámbito de discusión jurídica, en el

<sup>15</sup> Recordemos que en la Ley Fundamental no aparece expresamente recogido un derecho a la privacidad o la intimidad, que se entiende integrado dentro del derecho general al libre desarrollo de la personalidad.

<sup>16</sup> Gerald GRÜNWARD: «Wanzen sollen zulässig sein?», *Der Spiegel*, n.º 11 (1977), págs. 22-23.

<sup>17</sup> «La destrucción de la esfera privada, de la función de protección que ejerce el domicilio y al mismo tiempo el ataque a la dignidad del hombre que supone la intervención mediante escuchas (*Lauschangriff*) a través de micrófonos ocultos en el domicilio constituyen una actuación en la esfera de libertad y en la de la más elemental humanidad, mucho más grave que el control secreto del correo y del teléfono». Erhard DENNINGER, «Wo lag das extreme Risiko?», *Der Spiegel*, n.º 11 (1977), pág. 29.

<sup>18</sup> En la actualidad, tras la reforma de 1998, el antiguo párrafo 3 es el número 7 (ver Anexo).

<sup>19</sup> Gerald GRÜNWARD, *op. cit.*

marco del amplio y complejo debate suscitado en la opinión pública alemana por el caso Traube. El 7 de agosto de 1972 se había modificado la Ley federal de Defensa de la Constitución (*Verfassungsschutzänderungsgesetz*) en el sentido de autorizar a la Oficina federal de Defensa de la Constitución (*Bundesamt für Verfassungsschutz*) «la utilización de medios propios de los servicios de información» para cumplir sus objetivos, es decir, «la obtención y valoración de informaciones sobre actuaciones hostiles a la Constitución».

La cuestión sería la siguiente: ¿tendrían cobertura en tal ley las medidas utilizadas en el caso Traube?

Günther NOLLAU<sup>20</sup>, antiguo jefe del servicio de Defensa de la Constitución, consideraría como medios propios de los servicios de información, entre otros, la observación oculta de los sospechosos, la utilización de agentes infiltrados, el uso de teleobjetivos o minicámaras, las escuchas radiofónicas y el uso de micrófonos fuera de los domicilios<sup>21</sup>. Todos estos medios no suponían la utilización de potestades de policía, que pertenecen a otro ámbito. Además, en su opinión, la entrada en un domicilio para instalar micrófonos estaría fuera de las competencias de los servicios secretos y sería contraria a la Constitución y a las leyes.

En síntesis, el caso Traube generó una intensa división en la opinión pública alemana, entre quienes estaban dispuestos a justificarlo con argumentos basados en la lucha contra el terrorismo y la defensa de la Constitución, y aquellos otros que lo consideraban como un atentado contra la Constitución y el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y la intimidad personal, y expresión de un Estado de vigilancia (*Überwachungsstaat*) que para algunos se asemejaba al de la República Democrática Alemana, mientras que para otros sería un encarnación de la imaginación literaria de G. ORWELL, ya que 1977 no estaba lejos de 1984<sup>22</sup>.

Sectores diferentes de opinión coincidirían en la consideración de que

<sup>20</sup> Günther NOLLAU: «Darf man einbrechen oder gar entführen?», *Der Spiegel*, n.º 12 (1977), págs. 24-25

<sup>21</sup> NOLLAU pone el ejemplo de dos terroristas que se citan en un café y su conversación es captada y grabada mediante los micrófonos que use un agente situado en una mesa vecina.

<sup>22</sup> Como muestra de la capacidad de muchos alemanes para la sátira, no me resisto a reproducir un extracto de un artículo publicado a mediados del mes de marzo de 1977 en el que, como consecuencia del caso Traube, se ofrecen consejos para los amigos de la Constitución:

«La vivienda del amigo de la Constitución deberá ser luminosa, clara y bien ventilada. No deberá estar por lo general a más de veinte metros de distancia de las casas vecinas para poder ahorrar trabajo innecesario a los guardianes de la ley. En caso de ausencia prolongada deberá enviarse la llave al BND (Servicio Federal de Información), evitándose así raspaduras en la puerta...

*El teléfono.* Telefonar mucho es tan malo como hacerlo poco, se ha de buscar un término medio. Contar chistes a terceros que escuchan es tan inapropiado como el uso de expresiones inusualmente cariñosas... Efectuar pausas que faciliten la grabación será considerado como conducta de cooperación con la Constitución» (Daniel DOPPLER: «Knigge für Verfassungsfreunde», *Der Spiegel*, n.º 12, 1977, pág. 22).

tales actuaciones eran incompatibles con el orden constitucional vigente y que para asumirlas era preciso una reforma de la Constitución, tal como se había realizado con las escuchas telefónicas. Esta posición acabaría imponiéndose, no sin muchas dudas y vacilaciones.

#### IV. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1998

##### a) *Análisis del texto constitucional*

Se puede afirmar, sin duda, que la discusión sobre el *Lauschangriff* o *Großer Lauschangriff*<sup>23</sup> ha sido, sobre todo a partir del comienzo de los años noventa, una cuestión fundamental de la política interior alemana, situada en el ámbito de la lucha contra la criminalidad organizada, y que ha obligado a los partidos políticos a tomar posiciones, generando tensiones y divisiones internas, especialmente en el partido liberal (FDP), llegando a provocar la dimisión de la anterior ministra de Justicia, Sabine Leutheusser-Schnarrenberger.

La reforma constitucional, que precisaba para su aprobación del voto favorable de los dos tercios de cada Cámara, ha sido lógicamente consecuencia del acuerdo entre los partidos de la coalición y el partido socialdemócrata (SPD), que se convertiría, el 28 de agosto de 1997, en un texto de reforma del artículo 13 de la Constitución y un proyecto de ley «para la mejora de la lucha contra la criminalidad organizada»<sup>24</sup> que sería aprobado por el *Bundestag* el 16 de enero de 1998, si bien entre ambas fechas continuaron las negociaciones hasta llegar a unos textos definitivos.

En lo tocante a la nueva redacción del artículo 13 (ver Anexo), lo más relevante es la cobertura que se ofrece para la «colocación de medios técnicos para la vigilancia acústica de domicilios» (párrafo 3), y ello debe entenderse como un límite a la inviolabilidad del domicilio, existiendo base suficiente para opinar que se legitima no sólo el empleo de instrumentos para controlar las conversaciones, sino la entrada en un domicilio para colocar micrófonos, por ejemplo<sup>25</sup>.

Los avances de la tecnología permiten obtener actualmente resultados difícilmente imaginables; por ello conviene reflexionar acerca de si el con-

---

<sup>23</sup> La expresión *Großer Lauschangriff* tiene un origen popular, pero ello no es obstáculo para que se utilice no sólo a nivel periodístico sino también académico, y se aplica a la colocación de medios técnicos ocultos para la escucha de conversaciones en domicilios.

Si tuviéramos que trasladar su significado a nuestras coordenadas españolas actuales, me atrevería incluso a traducirlo por una palabra carente totalmente de estética: «el escuchazo».

<sup>24</sup> *Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität*.

<sup>25</sup> En una perspectiva comparada conviene tener presente el limitado alcance de nuestra Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos, que limita a tales ámbitos el objeto de la ley (art. 1), y prohíbe el uso de dichos medios para tomar imágenes o sonidos del interior de las viviendas... salvo consentimiento del titular o autorización judicial (art. 6, n.º 5).

tenido esencial del derecho a la inviolabilidad del domicilio no queda irremediablemente afectado.

Es cierto que a continuación se establecen una serie de garantías como son la autorización judicial, que debe valorar si se cumplen los requisitos de sospecha de comisión de delitos graves, la utilización prioritaria de otros medios de investigación y el sometimiento a plazo.

Dichas garantías disminuyen ante los supuestos mencionados en el párrafo siguiente (párrafo 4), permaneciendo la necesidad de autorización judicial, que puede ser sustituida provisionalmente por la de un órgano que no tenga tal carácter. Debe destacarse la supresión en la redacción definitiva de este párrafo de una referencia existente en versiones anteriores a la posibilidad de que, en relación con medidas adoptadas por los órganos de Defensa de la Constitución, la autorización judicial fuese sustituida por la concedida por órganos nombrados por el Parlamento, es decir, algo semejante a la regulación de las escuchas telefónicas. Sin embargo, dicha supresión justifica el pensar que estamos en el ámbito de la persecución de los delitos, realizado bajo control judicial sobre todo en lo tocante a la aportación y empleo de las pruebas y no en lo que afecta a la obtención de informaciones con carácter preventivo, función típica de los servicios secretos.

Todavía se avanza más en la reducción del control judicial cuando los medios de vigilancia se usan exclusivamente para proteger a los agentes que participen en una actuación; en tal caso no hace falta autorización judicial, salvo que se pretenda emplear la información obtenida como medio de prueba (párrafo 5).

Finalmente, se establecen diversos mecanismos de control parlamentario sobre las actividades que el Gobierno efectúe en materia de escuchas, tanto en el área de la Federación como de los *Länder*.

#### b) *La relevancia de las normas del procedimiento penal*

El desarrollo de la reforma constitucional se efectuará a través de la mencionada Ley de mejora de la lucha contra la criminalidad organizada, aprobada por el *Bundestag* el 16 de enero de 1998. Pues bien, el objetivo fundamental de tal texto legislativo es el de introducir una serie de reformas en las normas reguladoras del proceso penal (*Strafprozeßordnung*), en relación con las escuchas y cuestiones conexas.

Se establece una lista de delitos tipificados en el Código penal o en leyes especiales<sup>26</sup>. La sospecha de haber cometido alguno de estos delitos le-

<sup>26</sup> Se incluyen, entre otros, los delitos de falsificación de dinero o de tarjetas de crédito, asesinato, genocidio, robo, receptación, chantaje, cohecho, blanqueo de dinero, traición, puesta en peligro del Estado democrático o de la seguridad exterior... y delitos relacionados con el tráfico de extranjeros, drogas y armas.

gitaría las escuchas y grabación de las conversaciones mantenidas en un domicilio (art. 100.c.1, n.º 3)

Es digno de mención que en el artículo 100.a se incluya otra lista de delitos que justificaría el control de comunicaciones, básicamente las telefónicas. En 1992, la Ley de lucha contra el narcotráfico y la criminalidad organizada<sup>27</sup> reformaría a su vez las normas de procedimiento penal (art. 100.a) y establecería que sin conocimiento del afectado podrían colocarse cámaras fotográficas y de grabación de imágenes, así como instrumentos de observación y de escuchas en los supuestos del artículo 100.a.

El problema jurídico que se plantearía es si tales medios técnicos pudiesen ser utilizados para captar imágenes y conversaciones en el interior de los domicilios, y si analizamos el texto y tenemos en cuenta la opinión de algunos comentaristas puede haber fundamento para argumentar en tal sentido. Sin embargo, pensamos que tal actuación no sería admisible y lesionaría la inviolabilidad del domicilio<sup>28</sup> y por ello ha sido necesario reformar la Constitución, con independencia de que tal reforma y, sobre todo, la ley de desarrollo pueden ser atacadas ante el Tribunal Constitucional Federal.

Diversas leyes, tanto federales como de los *Länder*, sobre los órganos de Defensa de la Constitución y sobre las competencias de la policía permiten colocar medios ocultos de captación de imágenes o de conversaciones<sup>29</sup>.

Sin embargo, insistimos en que deben respetar el ámbito o, si se prefiere, el contenido esencial del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

El problema fundamental que se ha suscitado en relación con la reforma constitucional es el de si las personas que no están obligadas a declarar como testigos pueden quedar a salvo de las escuchas. El artículo 53 de la *Strafprozessordnung* (Ley de Procedimiento Penal) se refiere a quienes pueden negarse a declarar como testigos por motivos profesionales e incluye a sacerdotes, abogados defensores, abogados en general, asesores fiscales, médicos, parlamentarios y periodistas, entre otros.

En las negociaciones entre los partidos de la coalición (democracia cristiana y liberales) y el partido socialdemócrata se acordó, el 7 de enero de 1998, excluir de las escuchas a los sacerdotes respecto de sus conversa-

<sup>27</sup> Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgift Handels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (15.7.1992).

<sup>28</sup> Véase, en tal sentido, Horst HUND, «Der Einsatz technischer Mittel in Wohnungen», en *ZRP*, 1995, págs. 334-338 (pág. 334).

<sup>29</sup> Las leyes de policía de Schleswig-Holstein o de Mecklenburg-Vorpommern establecen la posibilidad de utilizar medios ocultos de captación en domicilios cuando ello sea indispensable «para combatir un peligro actual para el cuerpo o la vida de una persona».

Las leyes de defensa de la Constitución (*Landesverfassungsschutzgesetze*) de la mayoría de los *Länder* permiten la colocación de medios técnicos de información ante supuestos semejantes y acogiéndose al art. 13.3 de la Constitución (antes de la reforma de 1998), es decir, en cuanto limitaciones legislativas a la inviolabilidad del domicilio.

ciones de tipo espiritual, a los abogados defensores respecto a la comunicación con sus clientes imputados y a los parlamentarios.

Los grupos restantes podían ser escuchados y las conversaciones utilizadas como medio de prueba, salvo que concurrieran determinadas circunstancias valoradas por los correspondientes Tribunales. Es decir, que influyentes grupos de presión, como los abogados en general, los médicos y de modo especial los periodistas, quedaban sometidos a las escuchas.

Hay que tener en cuenta que el problema de las escuchas afecta también a terceros, no sólo respecto a sus conversaciones con los sospechosos, sino debido a que sus propios domicilios pueden someterse a escuchas, bien cuando se encontraran en ellos los sospechosos citados o cuando las escuchas en el domicilio de éstos no bastasen para la investigación de los hechos o ésta resultase desproporcionadamente dificultada por otros medios (art. 100.c.3.b).

Todo ello genera un efecto expansivo y contagioso de la escuchas<sup>30</sup> y el rechazo a las mismas, de modo especial por los periodistas, que veían en peligro sus fuentes de información, y que también temían verse controlados no sólo en sus oficinas sino incluso en sus propios domicilios. Por ello, argumentarían que también otro derecho fundamental, la libertad de prensa y de información (art. 5 LF), corría grave peligro. Sectores de profesionales liberales como abogados y médicos (en gran medida vinculados con el FDP) expresarían también su protesta.

El 6 de febrero de 1998, el *Bundesrat* aprobó la reforma constitucional propuesta, pero en relación con la ley de desarrollo, aprobada ya por el *Bundestag*, la mayoría socialdemócrata de la Cámara de representación de los *Länder* solicitaría la reunión de la comisión mixta formada por miembros de ambas Cámaras para la deliberación conjunta de proyectos (art. 77 LF).

Dicha comisión recomendó ciertas modificaciones al texto aprobado por el *Bundestag*, en concreto que la exclusión de las escuchas se extendiera a todos los grupos profesionales que tuvieran reconocido el derecho a no tener que declarar como testigos (*Zeugnisverweigerungsrecht*).

El 5 de marzo se votaron en el *Bundestag* las recomendaciones de la comisión mixta, que resultaron aprobadas por 329 votos contra 322. La alianza entre socialdemócratas, verdes y comunistas (PDS), con el apoyo de varios diputados liberales, generó una derrota de la coalición de Gobierno, calificada por muchos como un adelanto de un posible cambio de mayoría parlamentaria como consecuencia de las próximas elecciones de septiembre.

<sup>30</sup> En relación con la intervención de teléfonos, que es un problema distinto, en 1990 se concedieron 2.494 autorizaciones judiciales y, en 1996, 6.428. Estas últimas se calcula que afectarían a alrededor de un millón de usuarios telefónicos (*Der Spiegel*, n.º 6, 1998, pág. 25).

## ANEXO

### LEY FUNDAMENTAL

#### *Artículo 10*

(antes de la reforma de 1968)

El secreto de la correspondencia y de las comunicaciones es inviolable. Las limitaciones a este derecho sólo podrán establecerse en virtud de una ley.

(después de la reforma de 1968)

(1) El secreto de la correspondencia y de las comunicaciones es inviolable.

(2) Las limitaciones a este derecho sólo podrán establecerse en virtud de una ley. En el caso de que la limitación tenga como finalidad la protección del orden fundamental liberal democrático o la garantía de la existencia de la Federación o de un *Land*, la ley podrá establecer que no se informe a los afectados y que el control por los tribunales sea reemplazado por el efectuado por órganos creados al efecto por la representación popular.

#### *Artículo 13*

(1) El domicilio es inviolable

(2) Sólo los jueces y, en caso de que la demora comportara un riesgo, también los órganos que prevean las leyes podrán ordenar registros, que deberán realizarse siempre en la forma legalmente establecida.

(3) *Si determinados hechos fundasen la sospecha de que alguien hubiese cometido un delito especialmente grave previsto específicamente por la ley, podrán colocarse, para la persecución del delito y con autorización judicial, medios técnicos para la vigilancia acústica de los domicilios en que previsiblemente permanezca el inculcado, cuando la investigación de los hechos resultase de otro modo desproporcionadamente dificultosa o sin perspectivas de éxito. Tal medida habrá de someterse a un plazo. Corresponderá conceder la autorización a un tribunal integrado por tres jueces. En caso de que la demora supusiera un riesgo podrá concederla un único juez.*

(4) *Para hacer frente a situaciones urgentes de peligro para la seguridad pública, especialmente en casos de riesgo de orden general o para la vida de las personas, podrán colocarse medios técnicos de vigilancia de domicilios mediante únicamente autorización judicial. En caso de que la demora comportase un riesgo, podrá autorizarse tal medida por otro órgano previsto legalmente,*

*debiendo obtenerse posteriormente una autorización judicial lo antes que sea posible.*

*(5) Si los medios técnicos estuviesen dirigidos exclusivamente a la protección de las personas que participen en una intervención domiciliaria, la medida podrá adoptarse por un órgano legalmente previsto. Cualquier otra utilización de la información así obtenida sólo será admisible con vistas a la persecución del delito o para enfrentarse a las situaciones de peligro y siempre que previamente se haya declarado judicialmente la conformidad a Derecho de tal medida; en caso de urgencia, la autorización judicial habrá de obtenerse lo antes que sea posible.*

*(6) El Gobierno federal informará anualmente al Bundestag sobre la colocación de medios técnicos efectuada conforme a lo dispuesto en el párrafo 3.º, en el 4.º en lo referente al ámbito competencial de la Federación y en el 5.º en tanto en cuanto se hubiese precisado intervención judicial. Una comisión elegida por el Bundestag efectuará el control parlamentario con base en tal información. Los Länder garantizarán un control parlamentario semejante.*

*(7) Las medidas que afecten o restrinjan este derecho sólo se podrán acordar con la finalidad de hacer frente a riesgos de orden general o situaciones que pongan en peligro la vida de una persona. En virtud de una ley que así lo permita, estas medidas también se podrán acordar con la finalidad de prevenir situaciones de riesgo urgente de la seguridad y el orden públicos y, en especial, para superar necesidades de alojamiento, combatir riesgos de epidemias o proteger a menores en situaciones de riesgo.*

*(El texto en cursiva es el resultante de la reforma constitucional efectuada.)*