

INTERNACIONAL

Jueces y micrófonos. La experiencia alemana

Germán GOMEZ ORFANEL

I. INTRODUCCION

El Estado al mismo tiempo que pone obstáculos para que se conozcan sus secretos, tiende a querer saber cada vez más de los ciudadanos, interviniendo su correspondencia y especialmente sus conversaciones telefónicas, incluso pudiendo controlar lo que hablan en sus casas, y para ello se argumenta que la seguridad del Estado está en peligro o que hay que luchar contra los delincuentes.

A los jueces que también son Estado, les corresponde la función de garantizar los secretos de los ciudadanos, ponderando cuando deben ceder ante otros intereses legítimos. En Alemania se ha aprobado recientemente una reforma constitucional que permite en determinados supuestos y con autorización judicial, colocar micrófonos u otros instrumentos semejantes en los domicilios. De ello nos ocupamos a continuación haciendo alguna referencia a Estados Unidos y una reflexión sobre la situación española.

II. EL DEBATE SOBRE LAS ESCUCHAS

Para poder situar convenientemente los problemas que se analizan en estas páginas, hay que tener presente que en Alemania en los años posteriores a la derrota en la Segunda Guerra Mundial¹ se impuso un modelo de separación entre la policía y los servicios secretos, en el sentido de que éstos no podían ejercer prerrogativas policiales (detenciones, coacción física, registros...)

En materia de obtención de información, los servicios secretos ejercerían básicamente funciones *preventivas*, mientras que la actuación de la policía tendría un carácter sustancialmente *repressivo* vinculado a la persecución de los delitos (Strafverfolgung) y bajo control de los órganos judiciales.

Este modelo de separación de funciones, que en

¹ En abril de 1949 los aliados permitieron que el Gobierno alemán creara servicios secretos bajo tales premisas y como reacción frente a la experiencia del nacionalsocialismo.

Ello explica también el que sean varios los servicios secretos, o de información a nivel federal:

— La Oficina Federal para la Defensa de la Constitución (Bundesamt für Verfassungsschutz), cuya función básica es reunir información en el interior del territorio para la protección del orden constitucional liberal y democrático y de la existencia y seguridad de la Federación o de un Land, y que actúa en colaboración con los correspondientes servicios de los Länder.

— El Servicio Federal de Información (Bundesnachrichtendienst) orientado hacia la información del exterior

— El Servicio de Protección Militar (Militärischer Abschirmdienst) también con una orientación hacia la información interior.

los últimos tiempos se ha ido difuminando y se ha visto en gran medida desplazado, inspiró sin embargo la reforma constitucional de 1968 en relación con las intervenciones en la correspondencia y sobre todo en las comunicaciones telefónicas (art. 10 de la Ley Fundamental, así como la Ley de 13 de agosto de 1968, desarrollando tal artículo²).

En otro lugar³, he tenido ocasión de explicar tal reforma constitucional que daba cobertura al establecimiento de escuchas telefónicas a iniciativa de los servicios secretos y con independencia de la comisión de delitos y respecto a las cuales el control de los tribunales era sustituido por el de órganos nombrados por el Parlamento

Junto a este tipo de escuchas, la ley de desarrollo citada modificaba a su vez la Ley de Procedimiento Penal (Strafprozeßordnung) en la que se regulaban escuchas realizadas con autorización judicial y en supuestos en que existía fundada sospecha de que se habían cometido o iniciado determinados delitos (art. 100 a y, 100 b).

La situación se hará mucho más problemática, cuando se discuta sobre la existencia o no de cobertura jurídica, no ya para efectuar escuchas telefónicas sino para instalar instrumentos de escucha en los domicilios para acceder a las conversaciones privadas que se produzcan en ellos, llegándose incluso a realizar allanamientos para instalar micrófonos o empleando instrumentos (micrófonos direccionales por ejemplo), que sin entrar en el domicilio permiten captar lo que allí se diga, quedando afectada la inviolabilidad del domicilio con una intensidad mayor que la correspondiente a las escuchas telefónicas.

En un artículo publicado en 1994, sus autores consideran que la cuestión de si en el marco de la persecución penal de la criminalidad organizada en Alemania, deberían utilizarse también micrófonos en domicilios, oficinas, e incluso coches, se había convertido en 1993, en uno de los problemas centrales de política criminal más debatidos en la República Federal.⁴ Para contribuir al citado debate estudiaron la experiencia norteamericana analizando el contenido de los *Wiretap Reports*⁵, correspon-

² Ley sobre limitación del secreto de correspondencia, postal, y de las telecomunicaciones. (Gesetz zur Beschränkung des Brief-Post- und Fernmeldegeheimnisses).

³ Germán Gómez Orfanel "Domicilios y escuchas. La reforma constitucional alemana de 1968" en *Cuadernos de Derecho Público*, nº 3, enero-abril 1998; págs. 97-112.

⁴ Andreas Böttger y Christian Pfeiffer: "Der Lauschangriff in den USA und in Deutschland: en *ZRP*, 1994, 1, págs. 7-17

⁵ Administrative Office of the U.S Courts: "Report on applications for orders authorizing or approving the interception of wire, oral or electronic communications (wiretap report) 1987-1992"

Todo juez norteamericano que autorice una medida de escucha, está obligado por ley a enviar a dicho órgano un informe

dientes a los años 1987-1992, y estableciendo una comparación con los datos disponibles sobre Alemania

En relación con las autorizaciones telefónicas realizadas en dicho período, éstas alcanzarían la cifra de 4.457 en Estados Unidos y 14.993 en Alemania. Atendiendo a la población se puede afirmar que la proporción de escuchas fue en Alemania 13 veces superior a la norteamericana.⁶

La citada documentación norteamericana, incluye datos sobre escuchas telefónicas, con micrófonos, así como en relación con medios electrónicos (ordenadores, correo electrónico, telefax...) y actuaciones combinadas, que recogemos en la tabla 1.

El análisis exhaustivo que Böttger y Pfeiffer efectuaron de los citados informes, se refleja en el cúmulo de datos que recoge su artículo y que aquí no podemos comentar, sin embargo me parece oportuno aludir a la relación entre los medios de vigilancia utilizados y la proporción de ingresos en prisión y condenas.

Situándonos en una posición comparatista, de la lectura del trabajo que comentamos se pueden desprender las siguientes conclusiones:

— El juez norteamericano actúa con una notable transparencia frente a los afectados y respecto a la opinión pública, asumiendo personal y nominativamente la responsabilidad por las autorizaciones concedidas. Por el contrario el juez alemán, en lo tocante a las escuchas telefónicas, con la firma que autoriza la intervención acaba su actuación, pudiendo olvidarse del asunto y no recibiendo información posterior sobre la eficacia que haya tenido la mencionada intervención.

— Aunque la criminalidad organizada en Alemania sea menor que en Estados Unidos, se autorizan un número casi cuatro veces mayor de escuchas telefónicas que en dicho país.

En relación con la instalación de micrófonos, las autorizaciones judiciales en Estados Unidos suelen ser escasas y para supuestos muy justificados, por considerar que suponen la intervención más intensa en la vida privada de los ciudadanos y por afectar también a terceros que no tienen nada que ver con actividades delictivas

— En relación con la posible introducción en Alemania de las escuchas mediante micrófonos, uno de los dos autores, Böttger se opone basándose en contenidos constitucionales como la intimidad de la

persona, su dignidad y la indefensión de los afectados. La posición de Pfeiffer sería la de aceptarlo pero con una serie de condiciones, algunas de las cuales han sido tenidas en cuenta en la regulación de las escuchas aprobada en 1998

Entre las aludidas condiciones destacaríamos las siguientes:

— La decisión de autorizar, correspondería a un órgano judicial colegiado, integrado por miembros con experiencia y que asuman la responsabilidad personal por sus decisiones.

— La elaboración de un catálogo claro de delitos que justifiquen la intervención

— La publicación anual de informes, que incluyan datos concretos sobre cada autorización, sus motivos, duración, personas afectadas y resultados condenatorios en su caso.

— La existencia de normas que prohíban la utilización de informaciones procedentes de personas que tengan el derecho reconocido a no declarar como testigos.

— La incorporación de este tipo de escuchas al ordenamiento jurídico alemán deberá hacerse por medio de una ley de modificación del *Strafprozeßordnung* y que sea aprobada por una mayoría de dos tercios.

En los años anteriores a la aprobación de la reciente reforma constitucional de 1998 y sobre todo a partir de finales de los ochenta, se fue introduciendo paulatinamente tanto a nivel federal como de los Länder, el *Lauschangriff*⁷ aprovechando las posibilidades que el artículo 13.3. de la Ley Fundamental ofrecía para limitar la inviolabilidad del domicilio "para hacer frente a riesgos de orden general o situaciones que pongan en peligro la vida de una persona" o "para prevenir situaciones de riesgo urgentes de la seguridad y el orden públicos"

Así, en el ámbito de los servicios de defensa de la Constitución, la ley federal y las de la mayoría de los Länder ofrecen cobertura para la instalación de medios técnicos para obtener información en el ámbito protegido por el artículo 13, cuando se presente un riesgo de orden general o de peligro para la vida de una persona. La ley bávara de defensa de la Constitución va todavía más lejos al permitir en supuestos relacionados con la sospecha de comisión de determinados delitos, la obtención de información en los domicilios o procedente de éstos.⁸ Además encomienda a los servicios de información correspondientes la lucha contra la criminalidad organizada, alterando el modelo de separación entre policía y servicios secretos vigente sobre todo a nivel federal.

detallado cuyos datos serán procesados y que permita conocer las razones de la autorización, el alcance y éxito de la escucha y los efectos de la misma.

Así a título de ejemplo, en relación con el caso 229 de 1991, se ofrece la siguiente información: el juez Lasker (Nueva York) a instancias del fiscal Saltzburg, autorizó el 13 de abril de 1989 en un caso de chantaje, con pagos por protección, la instalación de micrófonos en un Club Social por un plazo de 30 días, que sería prorrogado diez veces. Los instrumentos de escucha estuvieron en actividad durante 233 días, siendo escuchadas 8.978 conversaciones. De ellas 417 (un 4,6 %) fueron consideradas inculpativas. 32 personas fueron afectadas por las escuchas, 11 serían encarceladas y condenadas. La operación supuso un coste de 299.329 dólares.

⁶ Los datos correspondientes a Alemania son mucho menos completos y se tomaron de documentos parlamentarios (BT- Dr 12/5269) y de los ofrecidos por Lücking, en su texto, *Die strafprozessuale Überwachung des Fernmeldeverkehrs. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, 1992, pág. 42.

⁷ A. Böttger y Ch Pfeiffer, op. cit., págs. 16-17.

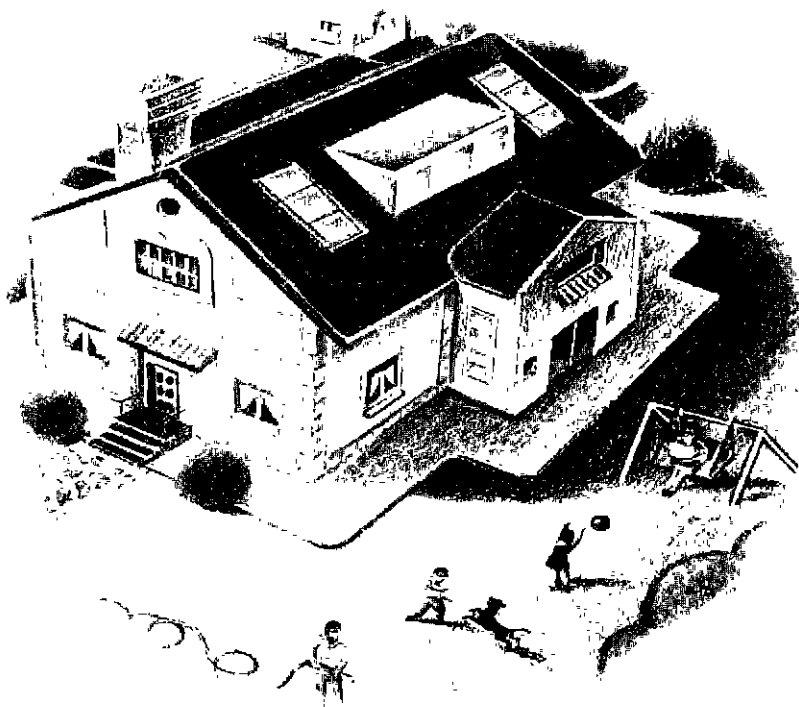
⁸ El *Lauschangriff*, o intervención mediante escuchas (especialmente micrófonos) empieza a utilizarse en relación con el "caso Traube" en 1977

El Dr. Traube era un físico nuclear que sufrió un allanamiento de su domicilio por parte de los servicios secretos con la intención de colocar micrófonos, por resultar sospechoso de contactos con grupos terroristas. El descubrimiento por *Der Spiegel*, de tales escuchas generó un escándalo público. Desde aquellas circunstancias, no ha dejado de emplearse tal palabra en muy diferentes sectores de la opinión pública. (Veáse G. Gómez Orfanel, op. cit., págs 102-107).

⁹ Ley de reforma de la Ley de Baviera de Defensa de la Constitución, de 8 de julio de 1994 (art. 6. IV).

**Seguro exclusivo para
los miembros de la
Carrera Judicial**

**Seguros de Hogar
Groupama**



Cuéntenos cómo es su casa y le ofreceremos un seguro a su medida.

En Groupama sabemos que cada hogar es diferente, por eso hemos diseñado una amplia gama de productos, para que sea cual sea su casa no se tenga que preocupar de esos accidentes y averías tan comunes en la vida diaria.

Para atenderle como usted espera tendrá a su disposición un servicio de asistencia 24 horas.

Además, como **miembro de la Carrera Judicial**, dispondrá de unas condiciones económicas excepcionales.

Contacte con su mediador y cuénteles cuáles son sus necesidades, seguro que obtiene una respuesta satisfactoria.



GROUPAMA
SEGUROS

TABLA I
USO DE LOS DIFERENTES SISTEMAS DE VIGILANCIA DURANTE LOS AÑOS 1987 A 1992
(FRECUENCIAS Y PORCENTAJES)

| | 1987 | 1988 | 1989 | 1990 | 1991 | 1992 |
|--|--------------|--------------|--------------|--------------|--------------|--------------|
| Sólo teléfono | 567 86,7% | 615 82,1% | 613 80,3% | 693 77,3% | 651 73,9% | 760 76,7% |
| Sólo micrófono | 48 7,3% | 65 8,7% | 59 7,7% | 73 8,1% | 64 7,3% | 41 4,1% |
| Sólo medios electrónicos | 0 0% | 28 3,7% | 30 3,9% | 44 4,9% | 91 10,3% | 120 12,1% |
| Teléfono/micrófono | 37 5,7% | 21 2,8% | 25 3,3% | 45 5,0% | 27 3,1% | 17 1,7% |
| Teléfono/medios electrónicos | 0 0% | 17 2,3% | 28 3,7% | 36 4,0% | 36 4,1% | 39 3,9% |
| Micrófono/medios electrónicos | 2 0,3% | 1 0,1% | 4 0,5% | 3 0,3% | 6 0,7% | 9 0,9% |
| Teléfono/micrófono/medios electrónicos | 0 0% | 2 0,3% | 4 0,5% | 3 0,3% | 6 0,7% | 5 0,5% |

TABLA II
COLOCACION DE INSTRUMENTOS DE VIGILANCIA Y CASOS CON COMUNICACIONES
INCRIMINATORIAS, INGRESOS EN PRISION Y CONDENAS
(NUMERO DE CASOS Y PORCENTAJES)

| | <i>Número de actuaciones</i> | <i>Casos con comunicación incriminatoria</i> | <i>Casos con ingreso en prisión</i> | <i>Casos con condena</i> |
|------------------------------|------------------------------|--|-------------------------------------|--------------------------|
| Sólo teléfono | 1.654 | 1.577 95,3% | 722 46,7% | 547 33,1% |
| Sólo micrófono | 152 | 123 80,9% | 45 29,6% | 31 20,4% |
| Sólo medios electrónicos | 50 | 29 58% | 13 26% | 12 24% |
| Teléfono/micrófono | 79 | 77 97,5% | 46 58,2% | 38 48,1% |
| Teléfono/medios electrónicos | 42 | 41 97,6% | 26 61,9% | 10 23,8% |

Las leyes de Policía de los Länder contienen también normas que permiten la obtención de datos personales procedentes de domicilios y mediante métodos ocultos, en supuestos como "el peligro para la vida o el cuerpo de una persona" (Berlín, Brandenburgo, Hamburgo, Sajonia...) o "la libertad de una persona" (Baja Sajonia), o "peligro para la existencia o seguridad de la Federación o de un Land" (Baden-Württemberg)

Una ley federal de 1992, dirigida a la lucha contra el narcotráfico¹⁰, posee especial relevancia, ya que modificaría a su vez las normas del Procedimiento Penal (Strafprozeßordnung), incluyendo, entre otros, un nuevo artículo, el 100 c, que legitima investigaciones secretas (Geheime Ermittlungen), autorizando sin conocimiento del afectado, la instalación de cámaras y videos y el empleo de medios técnicos de observación que permitan la investigación de los hechos o del lugar donde permanezca el autor, y ello en supuestos de delitos de especial relevancia [100 (1), 1]. También se dispone que las conversaciones no públicas podrán ser escuchadas y grabadas con medios técnicos cuando actuaciones determinadas fundamenten la sospecha de haber cometido un delito de los recogidos en el artículo 100 a, y la investigación de los hechos o del lugar de estancia del autor no tuviera éxito de otro modo, o resultara sustancialmente dificultada [100 c (1) 2]. Tales medidas sólo podrán ser autorizadas por el juez, o en caso de urgencia, por el Ministerio Fiscal y sus auxiliares (artículo 100 d).

Si leemos el texto de estos artículos, podemos pensar que cabe incluso la irrupción en domicilios para colocar micrófonos, sin embargo, la interpretación predominante, sobre todo si se tienen en cuenta los debates parlamentarios sobre la ley, considera que las grabaciones autorizadas son "fuera de los domicilios"¹¹. En realidad el legislador pretendía reservar la cuestión de la instalación de medios técnicos en domicilios a una posterior regulación, y al no hacerlo se produciría una laguna legislativa.

En la reciente Ley de la Oficina Federal Criminal (Bundeskriminalamtgesetz), se alude de modo claro a la instalación de medios técnicos de escucha, pero se emplea también la expresión "fuera de los domicilios" (außerhalb der Wohnungen) prohibiéndose la instalación en los domicilios (art. 23. II, Nr 2 BKAG). Frente a esta distinción cabe pensar que si en virtud de los avances tecnológicos se puede espiar todo lo que se hable en una vivienda, sin haber penetrado en ella, los afectados verían atacada su intimidad y la inviolabilidad del domicilio, lesionada. Por otro lado no deja de ser cierto que si además se produce una irrupción o entrada ilegítima en el domicilio para colocar micrófonos, por ejemplo, la in-

tensidad de la intervención, con independencia de sus connotaciones penales, es todavía más insoportable.

Muchas de las normas, sobre todo de los Länder, que hemos puesto como ejemplo, a pesar de buscar su fundamento constitucional en el propio artículo 13.3,¹² encontrarán graves objeciones de inconstitucionalidad, no solo por lesionar la garantía del contenido esencial de la inviolabilidad del domicilio, sino también por ser incompatibles con valores como la dignidad de la persona (art. 1 LF), la privacidad asociada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 2.1. LF), e incluso con la protección del matrimonio y de la familia (art. 6. LF), al pretender controlar el poder público las conversaciones pertenecientes al círculo familiar más íntimo. Además la obtención de datos personales a través de estas actuaciones podría colisionar con la doctrina del Tribunal Constitucional Federal sobre la protección de datos personales y el derecho a la autodeterminación informativa ("informationelle Selbstbestimmung") reconocido en la sentencia de 15 de diciembre de 1983¹³.

III. LA REFORMA CONSTITUCIONAL Y LEGISLATIVA

El 6 de febrero de 1998, el Bundesrat aprobaría el texto de reforma constitucional ya aceptado por el Bundestag el 16 de enero, legitimando a nivel constitucional el *Lauschangriff*. Dicha reforma iría acompañada de una ley de desarrollo modificando las normas del Procedimiento Penal¹⁴.

En Alemania, para realizar cambios en la ley Fundamental, se requiere la aprobación de ambas Cámaras por una mayoría dos tercios (art. 79.2. LF), y por ello ha sido necesario un acuerdo entre los partidos de la coalición de Gobierno (CDU-CSU y FDP) y los socialdemócratas (SPD), que se materializaría el 28 de agosto de 1997, aunque el texto de reforma constitucional fuera objeto de modificaciones a lo largo de un proceso posterior de negociación, hasta desembocar en su versión definitiva.

El artículo 13 de la Ley Fundamental que recoge la garantía de la inviolabilidad del domicilio quedaría modificado por la incorporación de cuatro nuevos párrafos, posibilitándose la instalación de medios técnicos de vigilancia acústica de los domicilios en que previsiblemente permanezcan los sospechosos de haber cometido un delito especialmente grave previsto específicamente por la ley. Tal actua-

¹² No han faltado opiniones que han intentado buscar cobertura en el párrafo 2 del artículo 13 (antes de la reforma), pretendiendo asimilar instalación de micrófonos, con un "registro acústico". Pero tales afirmaciones no tienen demasiado fundamento, véase Gunnar Cassardt "Zur Aufklärung mit technischen Mittel in Wohnungen", en *ZRP*, 1997, 9, págs. 370-376 (p. 371).

¹³ BVerfGE. 65, 1: "las limitaciones a este derecho a la autodeterminación informativa, sólo son admisibles en virtud del interés general prevalente. Precisarán de un fundamento legislativo conforme con la Constitución, que se corresponda con el mandato de la claridad normativa propio del Estado de Derecho Respecto a su regulación el legislador debe observar el principio de proporcionalidad." "Volkszählungsurteil" (sentencia del censo) Directriz. 2.

¹⁴ Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität (Ley para la mejora de la lucha contra la criminalidad organizada).

¹⁰ Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität de 15 de julio de 1992.

¹¹ Kurt Schelter: "Verbrechensbekämpfung mit elektronischen Mitteln, ein Tabu?" en *ZRP* 1994, 2, págs. 52-57 (p. 53).

Horst Hund: Der Einsatz technischer Mittel in Wohnungen Versuch einer verfassungskonformen Lösung", en *ZRP*, 1995, 9, págs. 334-338 (p. 334)

ción requiere autorización judicial (concedida por un órgano colegiado de tres jueces o por un juez en caso de urgencia), y se sitúa en el ámbito de la persecución de los delitos (*Strafverfolgung*).

La reforma constitucional ofrece ahora cobertura a las normas legislativas de la Federación y de los Länder, a las que hemos hecho anteriormente referencia, y que eran difícilmente compatibles con el texto anterior del artículo 13, y con otros preceptos constitucionales. Sin embargo en Alemania cabe la posibilidad de que el Tribunal Constitucional Federal se pronuncie sobre la inconstitucionalidad de una reforma constitucional, no sólo por motivos formales o procedimentales sino por vulnerar los límites materiales contenidos en el artículo 79.3 L.F.¹⁵

Por su parte, la ley de desarrollo al modificar el *Strafprozeßordnung*, introducía una lista de delitos,¹⁶ respecto a los que la sospecha fundada de comisión, legítima la instalación de instrumentos de escucha y grabación en los domicilios de los autores o de terceras personas cuando en ellos se encuentre el sospechoso, o la intervención en el domicilio de éste no hubiese permitido la investigación de los hechos o la averiguación del lugar donde se halle, siempre que otro modo de actuación resultase desproporcionadamente dificultoso o sin posibilidades de éxito¹⁷.

En otros preceptos se someten a plazo las escuchas, y se regulan las condiciones en que procede informar de las escuchas realizadas a los afectados.¹⁸

Pero el aspecto más importante y que alcanzaría una notable relevancia política sería el de las personas que por tener derecho a negarse a actuar como testigos, podrían quedar a salvo de las escuchas. En tal sentido, el artículo 53 del texto regulador del Procedimiento Penal (*Strafprozeßordnung*) se refiere a quienes pueden negarse a declarar como testigos por motivos profesionales, e incluye entre otros a sacerdotes, abogados defensores, abogados en general, asesores fiscales, médicos, parlamentarios y periodistas.

¹⁵ El TCF, se pronunciaría a favor de la constitucionalidad de la reforma constitucional sobre las escuchas telefónicas de 1968, salvo en un aspecto de menor relevancia, en su sentencia de 15 de diciembre de 1970.

¹⁶ Entre otros, se mencionan los siguientes delitos (100c, 1, 3):
— falsificación de moneda o billetes y de tarjetas de crédito
— asesinato, homicidio o genocidio
— delitos contra la libertad personal
— hurto cometido por bandas
— robo con resultado de muerte
— chantaje
— diversos tipos de receptación
— blanqueo de dinero
— corrupción de funcionarios o soborno
— delitos recogidos en la ley de armas o en la de economía exterior
— tráfico de drogas
— traición o puesta en peligro del Estado de Derecho democrático o de la seguridad exterior
— delitos recogidos en las leyes de extranjería o tráfico de personas.

¹⁷ Se incrementa así de modo desmesurado el número posible de terceros afectados por las escuchas, bien por permanecer en el domicilio del sospechoso o por que éste tenga determinadas relaciones con el domicilio de los terceros.

¹⁸ "Cuando no se pongan en peligro los fines de la investigación, la seguridad pública, o el cuerpo o la vida de una persona, así como la posible utilización posterior de un agente que investigue con carácter secreto" [art. 101,1(1)].

En las negociaciones entre los partidos de la coalición y el SPD, se acordó el 7 de enero de 1998 excluir de las escuchas a los sacerdotes respecto a sus conversaciones de tipo espiritual, a los abogados defensores en lo referente a la comunicación con sus clientes imputados y a los parlamentarios. De este modo influyentes grupos de presión como los abogados en general, los médicos y de modo especial los periodistas podrían ser objeto de escuchas.

El 6 de febrero de 1998 quedaría aprobada la reforma constitucional aunque en relación con la ley de desarrollo ya votada por el Bundestag la mayoría socialdemócrata de la Cámara de representación de los Länder solicitaría la reunión de la comisión mixta prevista en el artículo 77 de la Ley Fundamental. Dicha comisión recomendó 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. Tal recomendación resultaría aprobada por el Bundestag el 5 de marzo por 329 contra 322 votos. La alianza entre socialdemócratas, verdes, comunistas y parte de los diputados liberales, derrotaría a la coalición de Gobierno. La trascendencia política de la ley quedaría en gran medida disminuida.

IV. REFLEXION FINAL PARA ESPAÑOLES

No me cabe duda de que aspectos importantes de la experiencia alemana pueden ser muy útiles para reflexionar sobre la situación española y más en concreto en relación con el reciente descubrimiento de las escuchas del CESID en la sede de HB en Vitoria.

En nuestro país, a diferencia con Alemania, las escuchas telefónicas efectuadas por los servicios secretos no están exentas del control de los jueces, quienes deberán autorizarlas (art. 18.3. CE). La Ley de Enjuiciamiento Criminal desarrolla el precepto constitucional, si bien vinculándolo a situaciones de procesamiento, o indicios de responsabilidad criminal (art. 579, 2 y 3).

Un tratamiento especial reciben los supuestos de terrorismo y actuación de bandas armadas (art. 55 CE), respecto a los que en caso de urgencia, el ministro del Interior o el director de la Seguridad del Estado pueden ordenar la observación telefónica, que precisará posterior confirmación del juez competente (art. 579.4)

Fuera de este marco legal las escuchas telefónicas son ilegales, delictivas y susceptibles de lesionar derechos fundamentales.

Sin embargo, en el caso que comentamos, parece ser que la intervención del CESID, no se limitó a las escuchas telefónicas, con lo cual cabría plantearse el estatuto jurídico de las escuchas con micrófonos u otros instrumentos semejantes. No existe una regulación de tales escuchas, salvo que se opine un tanto forzosamente que las conversaciones privadas se consideren "comunicaciones" (art. 18.3 CE), y en cualquier caso, la intimidad personal y familiar y la propia imagen así como la inviolabilidad del

domicilio quedarían afectadas. Excluyendo tal interpretación, es cierto que las escuchas mediante micrófono no aparecen previstas expresamente en el texto constitucional, lo cual no sería un obstáculo insuperable, si tenemos en cuenta la ley Orgánica 4/1997, en la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos, que tampoco tendría un fundamento explícito en el texto constitucional, aunque tal ley se limita a lugares públicos (art. 1º), y “no se podrán utilizar videocámaras para tomar imágenes ni sonidos del interior de las viviendas salvo consentimiento del titular o *autorización judicial* (art. 6º.5). La ley recoge una serie de elementos garantistas, alude al principio de proporcionalidad en su doble versión de idoneidad e intervención mínima (art. 6º 1), e incorpora una serie de novedades como la existencia de un órgano colegiado presidido por un magistrado, y a quien se encomienda la autorización de las instalaciones fijas (art. 3º).

Una posible ley de escuchas no telefónicas tendría que pronunciarse sobre cuestiones tales, como si tales escuchas serían procedentes únicamente para la persecución de delitos, y delitos especialmente graves o si en supuestos excepcionales (prevención de peligros, contra la vida de las personas, por ejemplo) la policía o los servicios secretos podían realizar escuchas con autorización o con ratificación judicial inmediata.

Por otro lado, ¿cabría pensar en la posibilidad de que un juez autorizase una entrada en un domicilio para colocar un micrófono, al amparo de lo previsto en el artículo 18.2 de la Constitución?

La ausencia de un marco legislativo adecuado, la falta de cobertura jurídica, genera situaciones en que la legalidad constitucional e infraconstitucional se ven vulneradas, aunque se pretenda buscar justificación en referencias al estado de necesidad o incluso nada menos que a la razón de Estado. Además, la policía y sobre todo los servicios secretos tienden habitualmente a buscar un tratamiento jurídico excepcional que les dispense del Derecho común y a que en base a la lucha contra la criminalidad organizada o a la defensa de la seguridad del Estado, se olvide que éste no es otra cosa que Estado de Derecho, democrático y social.

ANEXO. LEY FUNDAMENTAL

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 de vigilancia acústica de los domicilios en que previsiblemente permanezca el inculpado, 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 un 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 3º, y en el 4º, en lo referente al ámbito competencial de la Federación y en el 5º 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).