

«claves del derecho procesal penal»

Francisco Muñoz Conde - Marcela De Langhe: dirección

José R. Béguelin: coordinación

Claus Roxin

La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias

Presentación de
Francisco Muñoz Conde y Marcela De Langhe

claves del derecho procesal penal | 1 | Francisco Muñoz Conde - Marcela De Langhe: dirección



hammurabi
JOSE LUIS DEPALMA ♦ EDITOR

Intrusión audio

La vigilancia acústica del ámbito domiciliario* constituye uno de los temas más discutidos de la política jurídica de los últimos decenios¹. Como es sabido, el legislador alemán, para posibilitar esta intervención en la “inviolabilidad del domicilio” que garantiza el art. 13 de la Ley Fundamental de Bonn (GG), modifi-

* *N. del T.*: En alemán se llama “*Großer Lauschangriff*”, literalmente “Grandes Escuchas”.

¹ Este término es habitual en los medios de comunicación. Pero en el lenguaje legislativo y jurisprudencial alemanes se emplea el término “vigilancia acústica de la vivienda” (*akustische Wohnraumüberwachung*) que corresponde mejor a su contenido, aunque tampoco es del todo correcto, porque, como acertadamente indica Welp (en su artículo “Vertrauen und Kontrolle”, recogido en el libro colectivo editado por Zwiehoff, *Großer Lauschangriff*, 2000, p. 281, nota 1): “Lo que se vigila no son las viviendas, sino las personas que están en ellas con objeto de escuchar y grabar sus expresiones”. En nuestro trabajo se utilizan ambos términos como equivalentes.

có, tras largas y duras polémicas políticas, científicas y mediáticas, con una ley del 28 de marzo de 1998 el art. 13 GG, introduciendo en él un nuevo apartado (art. 13, III), y acto seguido con otra ley del 4 de mayo de 1998 creó en la Ordenanza Procesal alemana (StPO) el § 100 c, I, n.º 3 para regular este tipo de vigilancia acústica². Sin embargo, el Tribunal Constitucional Federal alemán en su sentencia del 3 de marzo de 2004³, declaró inconstitucional esta reforma de la Ordenanza Procesal Penal (no la de la Constitución o Ley Fundamental). El Tribunal Constitucional, además de una reducción sustancial de los delitos en los que esta medida sería admisible, exigía sobre todo que la regulación legal mantuviera el "reconocimiento de la protección absoluta de un ámbito esencial en la configuración privada de la vida"⁴. "ámbito esencial" que, según el tribunal, quedaría excluido de la ponderación de los intereses de la persecución penal⁵.

Tras una viva discusión científica y mediática⁶, el legislador en un segundo intento introdujo, con una Ley

² El libro antes citado, editado por Zwiehoff contiene una completa información sobre las referencias periodísticas que tuvieron lugar durante los años 1997/98.

³ BverfGE 109, ps. 279-391.

⁴ Fundamento 2º de la sentencia.

⁵ El proceso habido ante el Tribunal Constitucional Federal alemán está recogido íntegramente en el libro editado por Vormbaum (con la colaboración de Asholt) *Der große Lauschangriff vor dem Bundesverfassungsgericht. Verfahren, Nachspiel und Presse-Echo*, 2005.

⁶ Hay dos volúmenes —Roggan (ed.), *Lauschen im Rechtsstaat. Zu den Konsequenzen des Urteils des Bundesverfassungsgerichts*

sobre la Vigilancia Acústica de la Vivienda del 24 de mayo de 2005, en los párrafos 100 c y 100 e de la StPO una completa regulación de esta materia, procurando que se adaptase a las indicaciones formuladas por el Tribunal Constitucional Federal⁷.

Posteriormente, el Tribunal Supremo alemán en una sentencia del 10 de agosto de 2005 —BGHSt 50, p. 206 y ss. Primer Senado—, interpretando la sentencia del Tribunal Constitucional antes mencionada —BVerfGE 109, p. 279 y ss.— y sobre la base de la nueva situación legal, consideró que no podía valorarse como prueba la grabación de un soliloquio* del acusado en su habitación del Hospital, que podía aportar indicios de su autoría en un asesinato. El Tribunal Supremo consideró que dicha grabación supone una intervención en el "ámbito esencial de configuración de la vida privada protegido por el art. 13, I de la GG en relación con los apartados 1º y 2º del art. 1º del mismo cuerpo legal".

zum großen Lauschangriff, 2004; Schaar (ed.), *Folgerungen aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur akustischen Wohnraumüberwachung*, 2005—, en los que se recogen varios Congresos y Jornadas habidas sobre el tema.

Existen además numerosos artículos, que serán citados en las notas siguientes de este trabajo.

⁷ Al parecer, tal como se deduce del Prólogo (p. VI) de la obra citada en la nota 5, también van a ser publicados los trabajos legislativos realizados para adaptar la nueva regulación legal a las indicaciones del Tribunal Constitucional.

* *N. del T.*: En alemán "Selbstgespräch", es decir, una conversación consigo mismo.

— II —

Hasta aquí la evolución y el estado de la legislación y la jurisprudencia alemanas, expuestas con la mayor brevedad posible. En lo que sigue no me voy a ocupar de todos los aspectos relacionados con esta materia, sino sólo, en forma moderada y tomando posición, de los relacionados con la problemática del “ámbito esencial”, que con la nueva legislación y jurisprudencia ha adquirido dimensiones completamente nuevas. Dada su estrecha vinculación también me ocuparé de la sentencia del Tribunal Constitucional y de su plasmación legislativa en el § 100 c, IV, VI de la StPO, así como de la sentencia del Tribunal Supremo sobre la grabación de la conversación de un paciente consigo mismo en la habitación de un Hospital, ya que esta sentencia elabora su propia fundamentación sobre la base de los materiales legislativos y constitucionales anteriormente citados.

La sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfGE 109, p. 279 y ss.) ha sido considerada en general por la doctrina⁸ y los políticos⁹ como una de las “grandes” sentencias innovadoras de este tribunal, lo que, sin perjuicio de algunas críticas que expondré más adelante, me parece correcto por varias razones.

⁸ Denninger, *Der „große Lauschangriff“ auf dem Prüfstand der Verfassung*, ZRP, 2004, p. 101; Lepsius, *Der große Lauschangriff vor dem Bundesverfassungsgericht*, Segunda Parte, Jura, 2005, p. 590.

⁹ Wiefelspütz (SPD), en Schaar (ed.), *op. cit.* en nota 6, p. 62 (“sentencia destacadamente importante”); St. Mayer (CDU), en Schaar (ed.), *op. cit.* en nota 6, p. 64 (“de gran y relevante importancia”); Funke (FDP), en Schaar (ed.), *op. cit.* en nota 6, p. 68 (“en esta sentencia realmente fundamental”).

1 — Ciertamente, la idea de una protección absoluta derivada de la dignidad humana del ámbito esencial del desarrollo de la personalidad tiene una larga tradición en la historia de la jurisprudencia constitucional alemana¹⁰. Pero en este caso se trata de la primera vez en que el Tribunal Constitucional ha constatado realmente una intervención ilegítima en el ámbito esencial de configuración de la vida privada¹¹. Y también ha sido la primera vez, que el legislador alemán, como consecuencia de esta sentencia, ha recogido esta idea inmediatamente. Ahora de acuerdo con el § 100 c, IV, I de la StPO, sólo puede adoptarse una medida de control acústico del domicilio, cuando “sea presumible, que a través de ella no puedan captarse expresiones que pertenezcan al núcleo esencial de la configuración de la vida privada”. El que se acoja expresamente esta forma de “prognosis negativa de lo esencial”¹² como presupuesto para admitir la intervención estatal es un inteligente avance de la teoría y la praxis, que puede tener amplias consecuencias.

2 — El tribunal da además un importante paso adelante sobre la anterior jurisprudencia en la concreción del concepto de dignidad humana, al decir que ésta no sólo se ve lesionada cuando alguien es converti-

¹⁰ Véase al respecto sólo Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 25ª ed., 1998, § 25, nº m. 41 y siguientes.

¹¹ Denninger, *op. cit.* en nota 8, p. 101; Lindemann, *Der Schutz des „Kernbereichs privater Lebensgestaltung“ im Strafverfahrensrecht*, JR, 2006, p. 192.

¹² Löffelmann, *Die Neuregelung des akustischen Wohnraumüberwachung*, NJW, 2005, p. 2033.

do en "objeto" con actos de menosprecio, estigmatización, persecución o menoscabo de su dignidad, y considerar que también "debe limitarse la capacidad de rendimiento de esta fórmula del objeto", ya que la persona, en opinión del tribunal, no raras veces es "objeto... del derecho, en el que se integra", y que, por tanto, no hay una lesión de la dignidad humana, en la medida en que la cualidad de sujeto del afectado no se ponga por principio en cuestión¹³. Con ello llega en formulaciones directamente clásicas a una determinación "positiva" de la dignidad humana¹⁴, tal como parece concretarse en el art. 13, I de la GG¹⁵. Según el parecer del Tribunal Constitucional, pertenece al desarrollo de la personalidad en el ámbito esencial de la configuración de la vida privada "la posibilidad de expresar sucesos, así como sentimientos, reflexiones, opiniones y experiencias íntimas estrictamente personales... sin miedo a ser observado por instituciones públicas"; de ahí la necesidad también del "domicilio privado, del que deben quedar excluidas otras personas", que es, "como refugio último", un "medio para preservar la dignidad humana. Ciertamente ello no exige una protección absoluta de los espacios de la vivienda privada, pero sí una protección absoluta de la conducta en esos espacios, en la me-

¹³ BVerfGE 109, p. 3122 y s. Sobre el inculcado como "objeto de la coacción estatal" véase ya Roxin, *op. cit.* en nota 10, § 18, n.º m. 10/11.

¹⁴ Gusy, *Lauschangriff und Grundgesetz*, JuS, 2004, p. 458, habla de una "determinación positiva del ámbito de protección", que en su opinión parte de un "planteamiento de la teoría comunicativa o, en su caso, de los roles".

¹⁵ BVerfGE 19, p. 313 siguiente.

dida en que sirven como desarrollo individual en el ámbito esencial de la configuración de la vida privada". Con razón ve la doctrina en esta argumentación una "nueva línea que concretiza de una forma específicamente relacionada con esta materia el contenido normativo del art. I, 1º de la GG"¹⁶. El "ámbito esencial" no sólo queda así mejor precisado que en sentencias anteriores del mismo tribunal¹⁷, sino que además se puede considerar esta sentencia como "el definitivo reconocimiento del fracaso de los intentos habidos por debilitar la protección absoluta de la dignidad humana", pudiéndose decir que desde este punto de vista la importancia de la sentencia del Tribunal Constitucional va más allá del ámbito del control acústico del domicilio¹⁸.

3 — Un efecto especialmente relevante que deriva de esta sentencia es también que la protección del ámbito esencial no puede limitarse a la persecución penal¹⁹. Si la protección se deduce de la dignidad humana, debe regir también para todos los sectores de la

¹⁶ Lepsius, *op. cit.* en nota 8, Primera Parte, p. 437.

¹⁷ Sobre esto y lo que sigue, véase Kutscha, *Verfassungsrechtlicher Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung - nicht neues aus Karlsruhe?*, NJW, 2005, ps. 20/21.

¹⁸ Así, por ejemplo, como destaca Kutscha (*op. cit.* en nota 17) también tiene importancia en la discusión de la llamada "tortura de salvamento". Sobre este tema con amplias referencias véase Roxin, "Kann staatliche Folter in Ausnahmefällen zulässig oder wenigstens straflos sein?", en *Eser-FS*, 2005, p. 461 y ss.; el mismo, "Rettungsfolter?", en *Nehm-FS*, 2006, p. 205 y siguientes.

¹⁹ En contra de esta tesis se manifiesta sólo Haas, *Der "Große Lauschangriff" - klein geschrieben*, NJW, 2004, p. 3084, quien considera que del texto de la sentencia se deduce que "pretenden validez en

actuación estatal. La sentencia obliga a "evaluar todo el derecho referido en su conjunto a cualquier tipo de vigilancia que lleve a cabo el Estado de forma secreta"²⁰. Por tanto, en primer lugar, deben subordinarse a la protección del ámbito esencial las medidas policiales de carácter preventivo²¹. Igualmente debe replantearse en relación con esta protección del ámbito esencial el control de las comunicaciones telefónicas²²: "Desde la base de esta nueva jurisprudencia constitucional, es indispensable también para las intervenciones en el art. 10 de la GG crear las correspondientes normas protectoras del ámbito esencial". En este trabajo dedicado principalmente a los aspectos procesales penales, no puedo ocuparme con más detenimiento de este tema. Sea sólo dicho, que no viene en consideración una transferencia directa de las reglas que rigen en el proceso penal a otros ámbitos jurídicos, sino que estas directrices constitucionales deben reelaborarse en cada ámbito de forma diferenciada²³.

relación con las medidas de persecución penal". En contra Kutscha, *op. cit.* en nota 17, p. 20 y siguiente.

²⁰ Baldus, "Überwachungsrecht unter Novellierungsdruck", en Schaar (ed.), *op. cit.* en nota 6, p. 27; también Kutscha, *op. cit.* en nota 17, p. 22.

²¹ Hufen, "Der Menschenwürdegehalt der Wohnungsfreiheit", en Schaar, *op. cit.* en nota 6, p. 29.

²² La investigación más fundamental de los "efectos de la sentencia sobre las escuchas fuera del ámbito del control domiciliario en el proceso penal", la ofrece Gusy, en Schaar (ed.), *op. cit.* en nota 6, p. 35.

²³ Véase también sobre esto Gusy, en Schaar (ed.), *op. cit.* en nota 6, p. 35.

Pero en lo que se refiere al derecho procesal penal debe destacarse en todo caso la circunstancia de que esta protección del ámbito esencial, ahora relativamente precisada, es importante también para otras cuestiones fuera de las medidas de vigilancia. Así, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Constitucional ayuda a entender mejor las famosas sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional Federal alemán en el caso del "diario íntimo" (BGHSt 34, p. 397; BVerfGE 80, p. 367²⁴). Cuando se dice, por ejemplo, en la sentencia sobre las escuchas domiciliarias²⁵: "Las expresiones o descripciones vertidas en una conversación, que... sólo reflejan impresiones internas o sentimientos y no contienen referencias a hechos punibles concretos, no pueden llegar a constituir una referencia común que puedan reflejar causas o motivos de una conducta punible"; esto permite sacar la conclusión de que el tribunal, a la vista de los nuevos conocimientos, también hubiera negado hoy la valoración como prueba del diario íntimo, y hubiera entendido que la actitud interna del imputado proclive a la comisión de un hecho violento (tal como se concretaba en su diario personal) pertenece al ámbito esencial de configuración de la vida privada²⁶. En este sentido la sentencia sobre vigilancia acústica del domicilio va más adelante que la

²⁴ Para más detalles, véase Roxin, *Strafverfahrensrecht*, § 24, n.º m. 41 y siguiente.

²⁵ BVerfGE 109, p. 319.

²⁶ En el mismo sentido Leutheusser-Schnarrenberger, "Rechtsstaat und großer Lauschangriff", en Roggan (ed.), *op. cit.* en nota 6, p. 108; Lindemann, *op. cit.* en nota 11, p. 194.

anterior jurisprudencia en lo que se refiere a la protección de la dignidad humana.

4 — La sentencia del Tribunal Constitucional abre también nuevas vías al concederle “efectos ulteriores” a la prohibición de valorar pruebas obtenidas con infracción del ámbito esencial. Ciertamente esto ocurre sin utilizar este concepto y de una forma algo encubierta, aunque suficientemente clara. Cuando se infringe el ámbito esencial, dice el tribunal, “hay que asegurar que los conocimientos que se hayan adquirido con esta intervención ilegítima no puedan ser utilizados ni en el posterior proceso investigador ni en nada que tenga que ver con ello.... Esto no sólo vale en relación con la utilización de estos medios probatorios en el juicio oral, sino también para todo lo que pueda considerarse como indicios en la instrucción entendida en sentido amplio”²⁷. Diciendo seguidamente²⁸: “Los datos derivados de actos que pertenecen al ámbito intangible de la configuración de la vida privada, están sometidos a la prohibición constitucional de valorar pruebas obtenidas ilegalmente y no pueden, por tanto, ser tenidos en cuenta en el juicio oral, ni servir de referencia en ninguna otra clase de investigación”.

A la vista de la anterior jurisprudencia en relación con los efectos posteriores de las prohibiciones probatorias, que el Tribunal Supremo alemán sólo había admitido anteriormente en relación con la infracción del art. 10 de la GG²⁹, se puede decir ahora con Berge-

²⁷ BVerfGE, 109, p. 331.

²⁸ BVerfGE, 109, p. 332.

²⁹ Para más detalles Roxin, *Strafverfahrensrecht*, § 24, n.º m. 47.

mann³⁰ que esta nueva sentencia supone “un avance fundamental en el derecho procesal alemán”. Este reconocimiento de efectos posteriores a las prohibiciones probatorias que hace ahora el Tribunal Constitucional puede dar lugar a que, como ya ha sido demandado en la doctrina por una gran cantidad de autores, se extienda a otras numerosas infracciones procedimentales que en última instancia afectan específicamente a la dignidad humana (piénsese sólo en el § 136 a de la StPO)*.

5 — Por último, debe también concedérsele a esta sentencia una especial significación en la medida en que con este fortalecimiento de la protección de los derechos fundamentales impone valientemente un límite a la tendencia política que se observa actualmente de dar, a través del control, de las restricciones de la libertad y de la pena, una mayor protección a la seguridad a costa de la libertad. Es de esperar que ello influya también en las leyes futuras. “En la política jurídica debe concederse a los derechos fundamentales una importancia mayor que la que se la ha dado en los últimos años utilizando como pretexto los intereses generales de la seguridad”³¹.

³⁰ Bergemann, *Die Telekommunikationsüberwachung nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum “großen Lauschangriff”*, en Roggan (ed.), *op. cit.* en nota 6, p. 81.

* *N. del T.*: Este precepto se refiere a los métodos prohibidos de interrogatorio, como los malos tratos, coacciones, suministro de narcóticos, engaño, hipnosis, etcétera.

³¹ Lepsius, *op. cit.* en nota 8, Segunda Parte, p. 590.

— III —

Pero la sentencia del Tribunal Constitucional también tiene su lado negativo, y del mismo modo que ha sido alabada, ha sido igualmente objeto de críticas, en parte justificadas. El punto neurálgico de sus fundamentos que ha provocado el rechazo más constante es que hayan sido excluidas categóricamente del ámbito esencial de configuración de la vida privada expresiones sobre concretos delitos cometidos recogidos en un catálogo cuando tengan “suficiente percepción social” (*hinreichender Sozialbezug*), incluso aunque se hayan manifestado en la propia vivienda y entre parientes próximos (por ejemplo, la esposa o los padres). “Existe suficiente percepción social ... en las expresiones que se refieren directamente a un delito concreto”³². De acuerdo con esto, el legislador alemán ha excluido expresamente del ámbito esencial de la configuración de la vida privada las “conversaciones sobre delitos cometidos” (§ 100 c, IV, 2, 3, StPO).

Las críticas contra esta regulación se formulan desde diversos puntos de vista, pero todas coinciden en el mismo punto. El mayor eco, y también el mayor apoyo, lo ha tenido el voto particular de las dos magistradas del Tribunal Constitucional, Jaeger y Hohmann-Dennhardt³³, quienes mantienen que la prognosis negativa del ámbito esencial permite escuchas incluso en viviendas privadas, ya que, como dice ahora el legislador (§ 100 c, V, 1, StPO), sólo se puedan interrumpir las

³² BVerfGE, 109, p. 319.

³³ BVerfGE, 109, ps. 382-391.

escuchas y grabaciones “cuando en el curso de las mismas puedan surgir datos que puedan incluirse en el ámbito esencial de la configuración de la vida privada”. De ello se deduce, dicen con razón ambas magistradas, que “en principio se aceptan intervenciones en ese ámbito esencial, que es precisamente lo que pretende evitar el art. 79 de la GG. Para proteger la posibilidad de un libre desarrollo de la personalidad en aras de la dignidad humana es, por tanto, necesario (en opinión de las dos magistradas disidentes), que se respete la vivienda privada, en la que el imputado reside sólo con sus familiares o personas próximas a su confianza, ya que la misma ofrece un espacio que puede ser utilizado para la comunicación más personal”³⁴.

A pesar de que la sentencia del Tribunal Constitucional muestra en muchos aspectos una tendencia favorable a preservar derechos fundamentales, ambas magistradas no se abstienen de formular duras críticas en este punto contra la mayoría formada por los otros magistrados de la misma Sala³⁵, y en este sentido afirman: “Si la esfera íntima, manifestada entre cuatro paredes, deja de ser un tabú y tiene que ceder paso a las necesidades de la seguridad, entonces se plantea la cuestión jurídico constitucional de si la imagen de la persona que se crea con esa forma de proceder es todavía compatible con la concepción democrática libre de un Estado de derecho”.

Leutheusser-Schnarrenberger, que dimitió de su cargo de Ministra de Justicia precisamente cuando se

³⁴ BVerfGE, 109, ps. 383/384.

³⁵ BVerfGE, 109, p. 391.

aprobó la introducción de las escuchas domiciliarias en 1998, pone en duda³⁶ (en lo que alcanzo a ver es la única persona que lo hace), que esta sentencia del Tribunal Constitucional se pueda considerar como una "gran sentencia", invocando la sentencia del Tribunal Supremo de 1983 (BGHSt 31, p. 296 y ss.) sobre "las conversaciones mantenidas en el domicilio". En este caso se trataba de una conversación mantenida por un matrimonio dentro de su casa sobre los negocios de tráfico de droga que tenía el marido; esta conversación pudo ser grabada porque el teléfono que estaba siendo controlado había quedado descolgado.

El Tribunal Supremo alemán consideró que esta grabación había infringido el ámbito esencial y rechazó que pudiera valorarse como prueba, señalando³⁷: "Ni siquiera el interés preponderante de la generalidad puede justificar una intervención en el ámbito esencial protegido de la configuración de la vida privada... La conversación mantenida por el matrimonio en su domicilio debe considerarse que pertenece a este ámbito inviolable". Ya entonces el Tribunal Supremo había pensado que si se admitía en un caso de este tipo que se pudiera valorar la prueba, debería "admitirse también el empleo de los aparatos de escucha", "con lo que ya no quedaría espacio dentro del ámbito vital más íntimo, donde el cónyuge pudiera estar seguro de que sus conversaciones no fueran vigiladas (...). Lo que supondría un verdadero menoscabo de la dignidad humana".

³⁶ Leutheusser-Schnarrenberger, *op. cit.* en nota 26, p. 99.

³⁷ BGHSt 31, p. 299 y siguiente.

El Tribunal Supremo no excluyó, pues, en absoluto, del ámbito esencial las "conversaciones sobre delitos ya cometidos", y, por eso, sólo cabe deplorar que el Tribunal Constitucional no haya tenido en cuenta a la hora de elaborar su sentencia sobre las escuchas esta sentencia del tribunal Supremo. La sentencia de este último tribunal es también un dato instructivo sobre cómo intervenciones en el ámbito esencial que todavía en 1983 el Tribunal Supremo consideraba inimaginables, son hoy en día aceptadas sin reparos por la mayoría de los magistrados de nuestro Tribunal Constitucional, cuando se trata de averiguar delitos graves.

Por último, tenemos la sentencia del Tribunal Supremo alemán (BHG 50, p. 206 y ss.), sobre la "grabación del soliloquio"^{*}. Esta sentencia parece estar en contradicción con la del Tribunal Constitucional sobre escuchas domiciliarias, en lo que se refiere a si tales expresiones referidas a un delito ya cometido pueden considerarse incluidas en el ámbito esencial de configuración de la vida privada. El Tribunal Supremo niega esta contradicción. En este caso se trataba de unas palabras que pronunciaba en voz alta una persona que se encontraba en la habitación del Hospital, que estaba siendo controlada electrónicamente³⁸. En ellas decía literalmente "Tendría que haberle disparado en la cabeza...". La Audiencia Provincial había admitido como prueba esta grabación y en base a ella condenó

^{*} *N. del T.*: Es decir, de las palabras que para sí mismo pronunciaba en alta voz una persona en la habitación del Hospital donde se encontraba.

³⁸ BGHSt 50, p. 209, la siguiente cita p. 208.

al imputado por el delito de asesinato, porque en su opinión de la grabación se deducía que “el acusado se había planteado una forma alternativa de causar la muerte”.

Pero para el Tribunal Supremo³⁹ tales expresiones pertenecen “tanto en su forma, como en su contenido al ámbito esencial absolutamente protegido”, a pesar de que se referían a un delito ya cometido, lo que conforme a la sentencia del Tribunal Constitucional no puede considerarse que pertenezca al ámbito esencial! El Tribunal Supremo ve este problema⁴⁰, pero invoca la “particularidad” de que se trata de una conversación que mantiene consigo mismo el acusado, y que “el Tribunal Constitucional en su sentencia cuando plantea la cuestión de la ... percepción social se refiere primariamente a la comunicación entre varias personas”. Ciertamente es correcto decir que la vigilancia acústica del domicilio se refiere “primariamente” a conversaciones mantenidas entre varias personas. Pero también es cierto que literalmente la sentencia del Tribunal Constitucional cuando se refiere a la “percepción social” como causa para excluir determinadas expresiones del ámbito esencial incluye también las palabras que para sí mismo haya pronunciado el acusado relacionadas con un delito cometido⁴¹: “Para evitar intervenciones en el ámbito esencial de la configuración de la vida privada no pueden hacerse escuchas de palabras no pronunciadas públicamente, cuando alguien se en-

³⁹ BGHSt 50, p. 212.

⁴⁰ BGHSt 31, p. 212.

⁴¹ BverfGE 109, p. 319 y siguiente.

cuentra... solo en la vivienda... y no hay ningún dato concreto que permita pensar que las conversaciones que se espera se mantengan en la misma puedan por su contenido tener una relación directa con hechos punibles”. De ello deduce e indica Kolz⁴²: “Pero entonces el § 104 c, IV, 3 de la StPO también es aplicable en el caso de conversación con uno mismo”.

Frente a ello, el Tribunal Supremo⁴³, apoyándose en el tenor literal del § 100 c, IV, 3 que distingue entre “conversaciones sobre delitos cometidos y expresiones con las que se cometen delito”, deduce en “argumento a contrario” que cuando se mencionan “conversaciones” se está refiriendo a conversaciones entre varias personas. Pero este argumento es poco convincente, porque el término “expresión” se refiere exclusivamente a los delitos cometidos a través de ella y no puede aplicarse sin más a conversaciones con uno mismo sobre delitos cometidos hace ya tiempo. Tampoco la mención que hace el Tribunal Supremo de la Exposición de Motivos de la ley⁴⁴ demuestra que la conversación con uno mismo sobre un delito ya cometido pueda ser incluida siempre con la nueva regulación legal en el ámbito esencial de configuración de la vida privada. En ese punto la Exposición de Motivos se manifiesta con cierta oscuridad: “En tanto... lo que fundamenta la idea de las expresiones que tienen una percepción social... regularmente, se incluirán en el ámbito esencial de

⁴² Kolz, *Das Selbstgespräch im Krankenzimmer und der “Große Lauschangriff”*, NJW, 2005, p. 3249.

⁴³ BGHSt 31, p. 214.

⁴⁴ Bundestag-Drucksache 15, 4533, 14.

protección absoluta también las expresiones de un inculpado, cuando está solo en la vivienda vigilada". Pero no queda claro si el término "regular(mente)" admite como excepción la conversación con uno mismo sobre delitos cometidos.

En resumen se puede decir en todo caso, que tanto el voto particular de las dos magistradas en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre las escuchas, como las sentencias del Tribunal Supremo, la más antigua sobre la grabación de la conversación de un matrimonio en su vivienda y la más reciente sobre la conversación consigo mismo en relación con delitos ya cometidos, en ningún modo excluyen generalmente del ámbito esencial de configuración de la vida privada las expresiones proferidas en estricta confianza en la propia vivienda.

— IV —

Las consideraciones formuladas para fundamentar las opiniones divergentes están en parte justificadas. La sentencia del Tribunal Constitucional sobre escuchas domiciliarias pretende proteger de un modo absoluto el tantas veces mencionado "ámbito esencial", pero en la forma en que lo hace más bien lo relativiza. Pues si, tal como ahora dice el § 100 c, V, 1 de la StPO, debe interrumpirse inmediatamente la vigilancia acústica de un domicilio desde el momento en que se detecten expresiones pertenecientes al "ámbito esencial", esto significa que ya se ha infringido entonces ese ámbito y la dignidad del afectado. Este punto de vista que ya fue puesto de manifiesto en la "opinión

divergente" de las magistradas Jaeger y Hohmann-Dennhardt, anteriormente citadas, ha sido después reforzado por otros comentaristas⁴⁵.

Contra esto no se puede decir que el ámbito esencial sólo se limita un poco, pero que se mantiene en su mayor parte, considerando que tras la interrupción de la vigilancia ya no se recoge lo que se siga hablando, y que, en todo caso, lo que se haya grabado será borrado y olvidado. Pues el ámbito esencial de configuración de la vida privada no sólo es afectado en el estrecho margen de tiempo que haya habido hasta que se interrumpa la vigilancia, sino de un modo completo en la medida en que el ciudadano ya no puede saber en ningún momento si sus expresiones vertidas en un círculo íntimo en su vivienda no están siendo escuchadas por instituciones estatales. "La amenaza para la libertad es mayor desde el punto de vista subjetivo de lo que ella misma representa desde un punto de vista objetivo"⁴⁶. Ello produce un clima de miedo a ser vigilado, que puede perjudicar de forma relevante la configuración de la vida privada.

A ello se añade, que la regulación recomendada por el Tribunal Constitucional y elaborada por el legislador no excluye el peligro de que se puedan dar otras violaciones de derechos de la personalidad. Ya el mis-

⁴⁵ Gusy, *Lauschangriff und Grundgesetz*, p. 459; Denninger, *op. cit.* en nota 8, p. 102; Hufen, en Schaar (ed.), *op. cit.* en nota 6, p. 32; Kutscha, *op. cit.* en nota 17, p. 21; Lepsius, *op. cit.* en nota 8, Parte Primera, p. 439; Lindemann, *op. cit.* en nota 11, p. 198.

⁴⁶ Lepsius, *op. cit.* en nota 8, Parte Primera, p. 439, que ve en ello un efecto especialmente cuestionable de las escuchas domiciliarias.

mo hecho de que la prognosis negativa necesaria para ordenar la vigilancia acústica del domicilio exija en opinión del Tribunal Constitucional⁴⁷, “en todo caso... adecuadas investigaciones previas”, que “ciertamente deben dejar intacta la protección del ámbito esencial de la configuración de la vida privada”, exige en todo caso un espionaje de lo que presumiblemente se está produciendo en la vivienda privada, y es al menos dudoso que esto no suponga ya una lesión del ámbito esencial⁴⁸.

También se puede cuestionar que todos los funcionarios de Policía encargados de las escuchas sean igualmente de fiar, o que estén capacitados para reconocer adecuadamente cuáles son los “puntos de referencia” que pueden ser relevantes para el ámbito esencial, o que en las conversaciones que afectan al ámbito esencial se producirá alguna referencia a delitos cometidos. Pensemos que un hombre empieza a llorar en su dormitorio y sollozando le dice a su esposa, que tiene que confesarle algo en confianza! Seguramente esto pertenece al ámbito esencial y debe provocar la inmediata interrupción de la escucha. Pero lo que el marido en ese momento va a decir puede ser, desde el punto de vista del que escucha, lo mismo un adulterio que el hecho punible que ha dado lugar a que se ordene esa escucha. ¿Se puede realmente esperar que el funcionario que se encuentra en esa situación interrumpa inmediatamente la escucha?

⁴⁷ BVerfGE 109, p. 323.

⁴⁸ Sobre ello véase también Haas, *op. cit.* en nota 19, p. 3083.

Denninger⁴⁹ habla algo irónicamente de la “muchacha confianza que se tiene en la discreción jurídica del investigador”, y Lepsius⁵⁰ se pregunta con algún derecho, si estas directrices constitucionales que ahora se han vertido en la ley “no dejan en manos del escuchante individual la determinación del ámbito esencial”. En todo caso, me parece claro, que esta regulación de la interrupción de la escucha genera mucha inseguridad y grandes posibilidades de abuso. Esta opinión se confirma, cuando se lee en Löffelmann⁵¹, el ponente de la reforma legal en el Ministerio de Justicia, “que el legislador ha conferido a la praxis encargada de la persecución penal un amplio margen de discrecionalidad para juzgar lo que pueda tener relevancia para el ámbito esencial. Lo que puede verse también como una consciente renuncia del legislador a definir qué es lo que entiende por ámbito esencial”.

— V —

¿Qué consecuencias cabe extraer de todas estas objeciones a la hora de interpretar el derecho vigente? Convertir de un modo general en tabú la vivienda privada, como lo hizo en su momento el Tribunal Supremo alemán —fuera de los casos de las escuchas telefónicas— en el caso de la grabación de la conversación de un matrimonio en el dormitorio, y como todavía hoy, inclu-

⁴⁹ Denninger, *op. cit.* en nota 8, p. 102.

⁵⁰ Lepsius, *op. cit.* en nota 8, Parte Primera, p. 439.

⁵¹ Löffelmann, *op. cit.* en nota 12, p. 2033.

so después de la sentencia del Tribunal Constitucional, exigen muchos críticos de la misma, es incompatible con el actual tenor legal. Tampoco ayuda mucho que se considere, como hace Lindemann⁵², que la regulación que ofrece el § 100 c, IV, 3, primera alternativa, de la StPO, que excluye del ámbito esencial de configuración de la vida privada "las conversaciones sobre delitos cometidos", es anticonstitucional. Realmente es poco previsible que el Tribunal Constitucional y el legislador en los próximos años reflexionen una mejor regulación y que la ley se vuelva a cambiar por tercera vez.

Un punto de apoyo para una interpretación restrictiva materialmente adecuada que, al mismo tiempo, sea todavía compatible con el tenor literal legal, lo ofrece, tanto antes como ahora, el voto particular ya citado de las magistradas Jaeger y Hohmann-Dennhardt⁵³. Según este voto, "para garantizar la dignidad humana", y en todo caso "la vivienda privada en la que el inculpado se encuentra solo, con familiares o personas de su estricta confianza", debe tenerse en cuenta "que es el lugar que se utiliza para la comunicación más personal". Una limitación que se apoyara en el § 100 c, IV de la StPO, sólo podría hacerse en el caso de que la persona de confianza fuese sospechosa de haber cometido un delito (entendiendo por tal también los supuestos de encubrimiento y receptación con ánimo de lucro).

Una interpretación de este tipo se puede fundamentar en que el § 100 c, IV de la StPO presupone una "prognosis negativa del ámbito esencial". Debe haber,

⁵² Lindemann, *op. cit.* en nota 11, p. 198.

⁵³ BVerfGE 109, p. 383 y siguiente.

por tanto, algún "punto de conexión" o motivo que permita realmente saber que no se está hablando de nada que sea relevante para el ámbito esencial. Puntos de conexión de esta clase se dan cuando el inculpado se encuentra en su vivienda con personas sospechosas de ser cómplices (por ejemplo, en un tráfico de drogas o pertenecientes a un grupo terrorista); o también cuando la persona de confianza es sospechosa de haber intervenido en el delito y que, por tanto, es presumible que estén hablando en la vivienda del delito que han realizado juntos.

En cambio, no se permitirá una prognosis negativa del ámbito esencial, y, por tanto, no podrá hacerse una escucha, cuando las personas de confianza del inculpado que se encuentran en la vivienda no tienen nada que ver con el delito cometido. Esto significa, que el ámbito más estricto de la comunicación confidencial debe ser también excluido desde un principio, conforme al derecho vigente, de la vigilancia acústica del domicilio. El Tribunal Constitucional también lo ve así en principio⁵⁴: "Ciertamente no pertenecen al ámbito esencial de configuración de la vida privada todas las conversaciones que un individuo lleva a cabo en la más estricta confidencialidad de su vivienda, pero el interés por la efectividad de la protección de la dignidad humana permite una presunción favorable a ello". También el legislador a través del requisito de una prognosis negativa del ámbito esencial ha asumido que en algún caso concreto no pueden ser escuchadas expresiones sobre delitos cometidos.

⁵⁴ BVerfGE 109, p. 32.

Esta interpretación parece tan evidente que no requiere ser destacada especialmente. Sin embargo, la realidad, por lo menos la que nos brindan los años 1998-2001, parece otra. Por encargo del Ministerio Federal de Justicia, Meyer-Wieck⁵⁵ ha llevado a cabo, como colaborador del Instituto Max Planck de Derecho Penal Internacional y Comparado de Freiburg, una investigación empírica sobre las escuchas domiciliarias realizadas en esos años (unas treinta por año), llegando a la conclusión⁵⁶ de que las medidas en los casos analizados por él, “fenomenológica y estructuralmente, se integran en dos grupos de delitos completamente diferentes”: tráfico de drogas y, en mayor medida, delitos de homicidio. Mientras que el primer grupo pertenece a los típicos casos de criminalidad organizada, el segundo pertenece “a ámbitos sociales próximos, frecuentemente al ámbito familiar de la víctima”.

Si se sigue mi propuesta interpretativa, el segundo grupo no podría provocar en el futuro una vigilancia acústica del domicilio, porque aquí “la vigilancia conduciría, en casos de homicidios que regularmente se dan en ámbitos sociales próximos, a una cuasi “confesión” en la comunicación del inculpaado con personas de su confianza”⁵⁷. En estos casos, si se sigue lo dicho anteriormente, no puede hacerse una prognosis negativa del ámbito esencial.

⁵⁵ *Rechtswirklichkeit und Effizienz der akustischen Wohnraumüberwachung („großer Lauschangriff“) nach 100 c Abs, 1 Nr. 3 StPO, 2005* (impresión del propio Instituto Max Planck).

⁵⁶ Meyer-Wieck, *Der große Lauschangriff - Anmerkungen aus empirischer Sicht*, NJW, 2005, p. 2037.

⁵⁷ Meyer-Wieck, *op. cit.* en nota 56, p. 2038.

Otra opinión en relación con el derecho vigente mantiene Löffelmann, el ponente de la reforma legal. En su opinión⁵⁸, “también en el futuro podrá ordenarse la vigilancia acústica del domicilio en casos como el de Leipzig”⁵⁹, en el que el sospechoso tras un intenso interrogatorio policial confesó el hecho a su compañera sentimental, conversación que fue secretamente escuchada por la Policía. Pero ¿dónde están los puntos de conexión para suponer que estando con su compañera en la propia vivienda no se recogen expresiones del ámbito esencial?

A favor de la tesis de que en principio “deben estar prohibidas las escuchas” de conversaciones en el domicilio privado con personas del círculo íntimo no implicadas en el delito, habla la circunstancia de que el legislador con la introducción de las escuchas domiciliarias sólo tenía a la vista la criminalidad organizada. Efectivamente, el legislador hablaba de una “ley para mejorar la lucha contra la criminalidad organizada”⁶⁰, y no veía, por tanto, ninguna necesidad de averiguar “delitos individuales” con ayuda de las “escuchas domiciliarias”. Con razón ha dicho Dencker⁶¹: “No hay...

⁵⁸ Löffelmann, *op. cit.* en nota 12, p. 2034.

⁵⁹ Este caso se encuentra recogido con detalle en Bundestags-Drucksache 14/8155, 40 ss. Una referencia expresa al mismo se encuentra también en Roxin,

⁶⁰ Cfr. Bundestags-Drucksache 13/8651. Para más detalles sobre esto, Leutheusser-Schnarrenberger, *Der „große Lauschangriff“ - Sicherheit statt Freiheit*, ZRP, 1998, p. 88.

⁶¹ Dencker, *Organisierte Kriminalität und Strafprozess*, en: *Deutsche Sektion der Internationalen Juristen-Kommission, Organisierte Kriminalität und Verfassungsstaat*, 1998, p. 54.

ninguna buena razón para no aceptar en un proceso por asesinato límites, que se han considerado obvios durante un siglo". También Meyer-Wieck⁶² señala que, a diferencia de lo que sucede con el empleo abusivo del domicilio para los fines de la criminalidad organizada, cuando se emplean controles secretos a otros tipos de delitos "se pueden violar principios tradicionales del derecho procesal penal".

A ello se añaden puntos de vista de carácter pragmático. En primer lugar, la vigilancia acústica del domicilio implica un extraordinario coste técnico, de financiamiento y personal. La introducción clandestina de aparatos de escucha en una vivienda privada es bastante difícil: los trabajos previos que hay que realizar para ello pueden ser largos y complicados y requerir la intervención de personas dedicadas intensivamente a ello; las conversaciones no deben ser grabadas automáticamente, sino escuchadas o, en su caso, interrumpidas, en el "momento adecuado".

Además debe tenerse en cuenta que todo este coste es desproporcionado con los resultados que se pueden conseguir; pues sólo en los casos de conspiraciones criminales⁶³ pueden conseguir resultados dignos de mención. Allí donde hay varias personas que colaboran en un hecho delictivo, es evidente que pueden hablar entre ellas de ese hecho. En cambio, cuando se trata de un delincuente individual, raras veces hablará de los deli-

⁶² Meyer-Wieck, *op. cit.* en nota 56, p. 2038.

⁶³ El concepto de conspiración me parece más adecuado, para delimitar las intervenciones acústicas admisibles de las que no lo son, que el término bastante difuso de criminalidad organizada.

tos que puede haber cometido, porque incluso ello puede perjudicarlo si la persona con la que habla no mantiene la debida discreción. No es, por eso, extraño, que en las investigaciones empíricas llevadas a cabo por Meyer-Wieck⁶⁴ en los delitos de homicidio "apenas" se hayan conseguido a través de las escuchas domiciliarias "conocimientos probatorios relevantes". De ello deduce con razón este autor: "En los delitos de tráfico de drogas la situación es diferente porque no viene en consideración sólo un delito singular cometido en el pasado, sino que siempre van acompañados necesariamente a la hora de las transacciones de conductas criminales repetidas típicas de este tipo de mercado que requiere la comunicación".

En el llamado "caso de Leipzig", antes citado, en el que a través de una escucha domiciliaria motivada por la investigación de un homicidio se consiguió obtener una confesión que le hizo el inculpado a su compañera sentimental, la Fiscalía de Leipzig⁶⁵ había dado ya motivo a esta confesión con "plausible astucia" (al parecer, con un interrogatorio prolongado durante horas del inculpado), induciendo al acusado a hablar con su compañera y grabando la conversación. Pero un procedimiento de este tipo, en el que a través de la astucia se sonsaca disimuladamente una confesión del inculpado que éste no había querido hacer voluntariamente, recuerda otros discutibles casos de escucha⁶⁶, y sólo pue-

⁶⁴ Meyer-Wieck, *op. cit.* en nota 56, p. 2038.

⁶⁵ Cfr. la descripción en Bundestags-Drucksache 13/8155, 46 y siguiente.

⁶⁶ Sobre ello con ulteriores referencias Roxin, *op. cit.* en nota 10, § 24, n.º m. 30.

den aumentar las objeciones que desde el punto de vista del Estado de derecho se pueden tener contra tal tipo de intervenciones en la vida privada.

Mi opinión es en resumen la siguiente:

La intervención acústica del domicilio sólo debe admitirse, conforme al derecho vigente, en los casos en los que puedan presumirse que se están llevando a cabo acuerdos conspiratorios en la vivienda privada. Las conversaciones con personas de la estricta confianza del inculpaado —especialmente familiares y “compañeros sentimentales”— deben, en cambio, seguir siendo un tabú, aun cuando eventualmente puedan manifestarse en ellas, lo que sucede raras veces, expresiones autoincriminadoras de un delito ya cometido. De este modo se establecería una delimitación relativamente clara y útil sobre cuándo es admisible ordenar la escucha de una vivienda privada.

De ello se deduce que la sentencia del Tribunal Supremo alemán —BGHSt 50, p. 206— sobre la conversación del inculpaado consigo mismo es en el fondo correcta. Cuando alguien se encuentra solo en una habitación, su conducta dentro de las cuatro paredes pertenece al ámbito esencial de configuración de la vida privada y no puede ser objeto de escucha. Por tanto, si esta escucha se realiza, la misma no puede ser valorada como prueba. “La información conseguida mientras existe una prohibición de obtención de la misma no puede ser, cualquiera que sea su contenido, valorada como prueba en un proceso penal”⁶⁷.

⁶⁷ BverfGE 109, p. 331.

Con una delimitación de las escuchas domiciliarias como la que aquí se propone pueden acallarse algunas de las críticas que se han dirigido contra la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre la vigilancia acústica del domicilio (BverfGE 109, p. 279), que, por lo demás, en muchos aspectos es ciertamente digna de alabanza.

*v. Gr.
anterior*

de la...
de la...