

Proceso penal, privacidad y autodeterminación informativa en la persecución penal de la delincuencia organizada. Un análisis desde la perspectiva del derecho procesal penal alemán

Criminal action, privacy and informative self-determination in the criminal prosecution of organized crime. An analysis from the perspective of German criminal procedural law

Processo penal, privacidade e auto-determinação informativa na perseguição penal da delinquência organizada. Uma análise desde a perspectiva do direito processual penal alemão

FECHA DE RECEPCIÓN: 2015/03/13 FECHA CONCEPTO EVALUACIÓN: 2015/06/18 FECHA DE APROBACIÓN: 2015/07/29

Angélica Romero Sánchez

LL.M. Freiburg
Doctoral Student,
International Max Planck Research School for Comparative Criminal Law,
Freiburg im Breisgau, Alemania.
a.romero@mpicc.de

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo: Romero, A. (2015). Proceso penal, privacidad y autodeterminación informativa en la persecución penal de la delincuencia organizada. Un análisis desde la perspectiva del derecho procesal penal alemán. *Revista Criminalidad*, 57 (2): 319-333.

RESUMEN

El surgimiento y fortalecimiento de la delincuencia organizada en las últimas décadas del siglo XX determinan un cambio en las herramientas de investigación penal y su regulación en muchos sistemas jurídicos. Estos instrumentos, apoyados en el desarrollo de nuevas tecnologías, poseen características que los diferencian de las clásicas medidas de investigación. En el presente artículo se describe esta transformación en el proceso penal alemán (I), analizan-

do el contexto en que se ha originado la regulación de estos nuevos instrumentos de investigación penal de la delincuencia organizada (A), estudiando sus características especiales (B) y deduciendo las características generales (C). Posteriormente se reseña, desde la perspectiva de la doctrina y jurisprudencia alemanas, el significado de dos libertades fundamentales afectadas con la ejecución de tales mecanismos (II): el derecho a la privacidad (A) y el

derecho a la autodeterminación informativa (B). Cómo conciliar el uso de estas medidas de investigación y su afectación a las garantías fundamentales mencionadas, constituye el tercer apartado del artículo (III). En este se examinan los diferentes presupuestos desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia alemanas, para legitimar este tipo de intervenciones. Seguidamente (IV) se describe, de manera general, la estructura desarrollada por

el legislador alemán para la regulación de las medidas de investigación aquí tratadas, teniendo en cuenta los presupuestos señalados en el acápite precedente. Finalmente, las conclusiones están dirigidas a reflexionar acerca de la importancia de una regulación estructurada de aquellas medidas de investigación, de carácter secreto y utilizadas en la persecución penal de determinados tipos de criminalidad, como la delincuencia organizada, cuyo empleo acarrea graves injerencias en derechos fundamentales.

PALABRAS CLAVE

Proceso penal, delincuencia organizada (fuente: Tesouro de política criminal latinoamericana - ILANUD).

ABSTRACT

The emergence and invigoration of organized crime in the past few decades of the 20th century have imposed a change in criminal investigation tools and regulation in many juridical aspects. The features of these instruments, as supported by the development of new technologies, make them different from the classical investigative measures. In this article, the transformation of the German legal procedure is described by: I) analyzing the context from which the regulation of these new criminal investigation of organized crime instruments have emerged (A), studying their particular features (B), and deducing the general characteristics (C).

Subsequently, from the perspective of German doctrine and jurisprudence, a review is made of the meaning of two fundamental freedoms affected with the enforcement of these mechanisms: II) the right to privacy (A), and the right to informational self determination (B).

How is it possible to reconcile the use of these investigative measures and the way they adversely affect the above-mentioned fundamental liberties or guarantees makes part of the third item (III) in this article, where the different assumptions developed by German doctrine and jurisprudence are examined as to legitimize this type of interventions.

Then (IV), in a general manner, the structure developed by the German legislator concerning the regulation of the investigative measures analyzed herein, by taking into account the above assumptions seen in the foregoing section. Finally, the conclusions are aimed at reflecting about the importance of a structured regulation for any such investigation measures of secret nature and used in the prosecution of particular types of criminality like organized crime, the use of which entails very serious interference in fundamental rights.

KEY WORDS

Criminal proceeding, criminal action, organized crime (Source: Tesouro de política criminal latinoamericana - ILANUD).

RESUMO

O surgimento e fortalecimento da delinquência organizada nas últimas décadas do século XX determinam uma mudança nas ferramentas da investigação penal e seu regulamento em muitos sistemas legais. Estes instrumentos, suportados no desenvolvimento de novas tecnologias, têm as características que os diferenciam das medidas clássicas da investigação. Neste artigo, esta transformação no processo penal alemão (I) é descrito, analisando o contexto em que o regulamento destes instrumentos novos da investigação penal da delinquência

organizada (A) foi originada, estudando suas características especiais (B) e deduzindo as características gerais (C). Posteriormente resenha-se, desde a perspectiva da doutrina e da jurisprudência alemãs, o significado de duas liberdades fundamentais afetadas com a execução de tais mecanismos (II): o direito à privacidade (A) e o direito à auto-determinação informativa (B). Como conciliar o uso destas medidas da investigação e da sua afetação às garantias fundamentais mencionadas, constitui a terceira seção do artigo (III). Neste, os pressupostos diferentes

desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência alemãs são examinados, para legitimar este tipo de intervenções. Seguidamente (IV) descreva-se, em geral, a estrutura desenvolvida pelo legislador alemão para o regulamento das medidas da investigação tratadas aqui, considerando os pressupostos indicados no parágrafo precedente. Final-

mente, as conclusões são dirigidas para refletir sobre a importância de um regulamento estruturado daquelas medidas da investigação, de caráter secreto e usadas na perseguição penal de determinados tipos de criminalidade, como a delinquência organizada, cujo uso ocasiona interferências sérias em direitos fundamentais.

PALAVRAS - CHAVE

Proceso penal, delinquência organizada (fonte: Tesouro de política criminal latinoamericana - ILANUD).

Introducción: delincuencia organizada y nuevas tecnologías

A partir de finales de los años 70 e inicios de los 80 del siglo XX, los fenómenos criminales empiezan a denotar ciertos cambios, producto no solo de la globalización y la apertura de fronteras en lo económico, sino también del avance tecnológico. La criminalidad organizada es un ejemplo de ello (Sieber, 2014, pp. 356 y ss.): grupos delincuenciales que participan en mercados ilegales de carácter transfronterizo, y cuyo objeto puede radicar en el tráfico tanto de bienes ilícitos (drogas, dinero falso) como lícitos –caso en el cual la ilicitud de su tráfico deriva de la forma en que han sido adquiridos (mercancías robadas)–, así como en la prestación de servicios (falsificación de pasaportes, lavado de dinero) e incluso en el tráfico de seres humanos (de inmigrantes, introducción ilegal de trabajadores, comercio de mujeres y niños) (Albrecht, 2001). Se trata de organizaciones criminales estructuradas, que no solamente van más allá de las fronteras de los propios sistemas jurídicos nacionales, sino que también se apoyan, cada vez más, en la utilización de modernas tecnologías, para así garantizar el éxito de sus transacciones.

Por ello, en las últimas décadas, los Estados se han visto forzados tanto a incorporar como a regular en sus legislaciones nuevos instrumentos de investigación, que les permitan la persecución penal de la delincuencia organizada de una manera mucho más efectiva y eficiente¹. Un ejemplo de ello es el

caso alemán, el cual en los últimos tiempos ha introducido en su regulación procesal penal modernas medidas de investigación, con el fin de hacer efectiva la lucha contra la delincuencia organizada².

I. Medidas de investigación para la persecución penal de la delincuencia organizada, en la Ordenanza Procesal Penal alemana

A. Ley contra la criminalidad organizada

La introducción y regulación de nuevas medidas de investigación en el proceso penal alemán tiene su inicio a partir de los años 90, principalmente a través de la “Ley de Lucha contra el Tráfico Ilegal de Estupefacientes y otras formas de Criminalidad Organizada” o “Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität” (OrgKG), también de-

¹ Sobre los problemas de la lucha contra nuevas formas de criminalidad a través de los instrumentos tradicionales de investigación, y la necesidad de nuevas fórmulas en Alemania, cfr. Podolsky (1995), especialmente Caps. VI y VII, Parte A, pp. 95 y ss. También es de gran importancia la obra de Kinzig (2004).

² De conformidad con las “Directrices Comunes de los Ministros de Justicia y Senadores de los Estados sobre el trabajo conjunto de la Fiscalía y la Policía en la persecución de la Criminalidad Organizada” o “Gemeinsamen Richtlinien der Justizminister/-senatoren und der Innenminister/-senatoren der Länder über die Zusammenarbeit von Staatsanwaltschaft und Polizei bei der Verfolgung der Organisierten Kriminalität”, de 21 de enero de 1991, se entiende en Alemania por criminalidad organizada “la comisión planificada de delitos, impulsada por la búsqueda de ganancias o poder. Tales delitos, individualmente o en su conjunto, adquieren relevancia notable cuando más de dos personas actúan con un propósito común, por un tiempo prolongado e indeterminado y con división de trabajo, mediante el uso de estructuras profesionales o similares a una empresa, empleando la violencia u otro medio idóneo de intimidación, o ejerciendo influencia sobre la política, los medios de comunicación, la administración pública, la justicia o la economía”. Este concepto [aclarar la misma directriz] “no abarca delitos de terrorismo”. Cfr. Meyer-Gofßner, StPO-Kommentar, Anhang 12, Anlage E, 2.1.

nominada “Ley contra la Criminalidad Organizada”, de 15 de julio de 1992 (BGBl. I, pp. 1302 y ss.).

Algunas de estas medidas especiales de investigación ya se venían ejecutando en el proceso penal, amparadas en la cláusula general del párrafo § 161 de la Ordenanza Procesal Penal (StPO, por su sigla en alemán). Esta norma faculta a la Fiscalía, en cumplimiento de su deber de investigar, no solo a requerir información de otras instituciones públicas, sino también a llevar a cabo medidas de investigación de “cualquier especie”, siempre y cuando la ley no regule de manera específica la facultad que pretende desarrollar³.

El objetivo principal del legislador alemán de los 90 fue modernizar los instrumentos de investigación en ese entonces existentes, de tal forma que le permitieran al ente investigador perseguir de una forma más eficaz las nuevas formas de criminalidad. Métodos tradicionales, como el interrogatorio, la inspección o el allanamiento, entre otros, resultaban insuficientes frente a las modernas estructuras del crimen organizado, su profesionalidad y proceder conspirativo y metódico.

Así, a la Ordenanza Procesal Penal alemana son introducidas nuevas medidas de investigación, como el “cruce, comparación y contraste de datos personales que obren en archivos automatizados” o “*Rasterfahndung*”, la “utilización de dispositivos de seguimiento y localización”, el “agente encubierto”, la “recolección y cruce de información sobre personas o medios de transporte dejada en puestos de control de policía” y la “vigilancia acústica fuera del domicilio”. La “interceptación de telecomunicaciones”, cuya regulación ya existía en el StPO, es modificada, adaptándola para la persecución penal, también, de la delincuencia organizada.

Con la regulación de estos nuevos instrumentos de investigación se llenarían los vacíos probatorios que hasta ese momento se presentaban en el proceso penal, tanto en la investigación como en el juzgamiento de este tipo de criminalidad. Ahora sería posible, a través de ellos, la infiltración en el núcleo de las organizaciones criminales, el conocimiento y la desarticulación de su estructura y, lo más importante, el procesamiento de los principales cabecillas, organizadores, financiadores y demás participantes del grupo criminal (Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Lucha contra el Tráfico Ilegal

de Estupefacientes y otras formas de Criminalidad Organizada, BT-Drs. 12/989).

Esta tendencia hacia la regulación de nuevos y modernos instrumentos de investigación penal sería confirmada por posteriores legislaciones, dentro de las cuales vale la pena mencionar:

- “Ley de Modificación del Código Penal, de la Ordenanza Procesal Penal y de otras Leyes” o “Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozeßordnung und anderer Gesetze” (también denominada “Ley de Lucha contra la Delincuencia” o “Verbrechensbekämpfungsgesetz”, de 28 de octubre de 1994 (BGBl. I, pp. 3186 y ss.);
- “Ley de Modificación de la Ley Fundamental” o “Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes”, de 26 de marzo de 1998 (BGBl. I, pp. 610 y ss.), que autoriza la injerencia del Estado en el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, para determinados casos de persecución penal de delincuencia organizada;
- “Ley para el Mejoramiento de la Lucha contra la Criminalidad Organizada” o “Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität”, de 4 de mayo de 1998 (BGBl. I, pp. 845 y ss.), que introduce en la Ordenanza Procesal Penal la “vigilancia acústica del domicilio”;
- La “Ley de Reforma de la Ordenanza Procesal Penal” o “Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung”, de 6 de agosto de 2002 (BGBl. I, pp. 3018 y ss.), que introduce en dicho código la utilización del IMSI-Catcher, y finalmente la
- “Ley para la Reestructuración de la Vigilancia de las Telecomunicaciones y otras Medidas Secretas de Investigación, así como de la Implementación de la Directriz de la Unión Europea 2006/24/EG” o “Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG”, de 21 de diciembre de 2007 (BGBl. I, pp. 3198 y ss.), que modifica la denominada “recolección de datos electrónicos de tráfico”.

Posteriormente leyes en la materia no han realizado cambios trascendentales en la estructura de la regulación de las medidas de investigación antes anotadas y objeto del presente aporte.

B. Características especiales

Actualmente se encuentran reguladas en la Ordenanza Procesal Penal alemana las siguientes medidas de investigación, que son utilizadas en la persecución penal de la delincuencia organizada:

³ Una excepción la constituye la regulación de la interceptación de telecomunicaciones, cuya introducción y regulación en el StPO se dio ya desde finales de los años 60, a través de la “Ley de Limitación del Derecho al Secreto de Correspondencia, Postal y de Telecomunicaciones”, de 13 de agosto de 1968 (BGBl. I, pp. 949 y ss.).

1. *Cruce, comparación y contraste de datos personales que obren en archivos automatizados (§ 98 a StPO) (Rasterfahndung)*

Se trata de un método computarizado de búsqueda, que selecciona y compara la información existente en un banco de datos con la también contenida en otros bancos de datos, según determinadas características de una persona o un hecho. A partir de esta comparación se descartan presuntos autores del delito que se investiga, pero a la vez se extraen posibles autores. Esta herramienta se utiliza con la finalidad de obtener pistas que, de acuerdo con la experiencia criminalística, puedan aportar al esclarecimiento del hecho (Klever, 2003; Siebrecht, 1997; Pehl, 2008).

Su utilización se lleva a cabo en varios pasos: en primer lugar, se deben establecer las características del perfil criminal del sospechoso que se va a buscar. E. g., en una investigación contra la mafia rusa por lavado de dinero en Alemania, las características del perfil criminal que se ha de investigar podrían ser las siguientes: ciudadano de procedencia de Europa del Este, sin asiento oficial en Alemania o permiso de residencia, socio o parte de una empresa en Alemania o de una entidad de venta de inmuebles con sede en Alemania y que ofrezca inmuebles de lujo. En un segundo paso, cada una de estas características del perfil son consultadas en las diferentes bases de datos (públicas o privadas) –e. g., en los datos de la oficina pública de registro, de las oficinas de visados y de permisos de residencia, en bases de datos del registro mercantil, bases de datos de registros de propiedad o entidades financieras–. Finalmente, y partiendo de las informaciones obtenidas en estos procesos de búsqueda, el sistema recoge aquellos resultados que coincidan en más de una búsqueda o que reúnan la mayoría de características del perfil aportado. Aquellas personas que pasan el filtro, siendo referenciadas de modo recurrente en las bases de datos y sistemas de información consultados, podrán ser objeto de posteriores investigaciones, a través de otros medios de prueba que aporten información más específica respecto del hecho investigado.

2. *Utilización de dispositivos de seguimiento y localización (§ 100h, párr. 1, Nr. 2 StPO)*

A través del párrafo § 100h StPO se facultó al ente investigador para la utilización de otras tecnologías, que permitan en especial la localización de

personas u objetos a través de señales, tales como captadores de movimiento, instrumentos de visión nocturna, dispositivos de rastreo y fotografías satelitales, entre otros, además de GPS (Global Positioning System) (Günther, 2014, § 100h StPO, Apdo. 6; Bruns, 2013, § 100h, Apdo. 5). Esta medida no abarca la geolocalización a través de celulares, ni la obtención de datos electrónicos de tráfico. Se descarta también de este ámbito el registro online (BGH 51, p. 218; Eisenberg, 2012, Apdo. 2514a).

3. *Recolección y cruce de información dejada en puestos de control de policía, sobre personas o medios de transporte (§ 163e StPO)*

A través de esta medida se autoriza a los organismos de persecución penal a solicitar a otras autoridades oficiales o puestos de control de policía –e. g., aduanas, fronteras o simples puestos de control de identificación o de control de tráfico en carreteras– la información que se haya recolectado o que se llegare a recolectar durante un tiempo determinado, respecto a determinada persona o vehículo automotor, sea de transporte terrestre, aéreo o marítimo (Petri, 2012, Cap. G, Apdo. 282 y ss.).

El investigador reúne esta información para proceder a su sistematización y análisis. De esta forma es posible obtener un perfil de la persona investigada, un mapa de sus movimientos, sus conexiones con otras personas, los lugares visitados e incluso los medios de transporte utilizados. Tal información permite establecer, e. g., en casos de persecución de criminalidad organizada, la existencia de estructuras criminales, sus contactos, sus lugares de operación, etc.

4. *Vigilancia acústica fuera del domicilio (§ 100f StPO)*

Esta medida de investigación, regulada en el párrafo § 100f StPO, se refiere a la interceptación y grabación de las conversaciones privadas que se lleven a cabo por fuera del ámbito de protección del art. 13 de la Ley Fundamental alemana, esto es, del domicilio personal, con ayuda de tecnología como micrófonos o aparatos de grabación (Bruns, 2013, § 100h, Apdo. a y ss.).

5. *Recolección de datos electrónicos de tráfico (§ 100g StPO)*

El párrafo § 100g StPO autoriza la recolección de los datos electrónicos de tráfico por parte de la

Fiscalía, y su solicitud a los respectivos proveedores de servicios de telecomunicación.

La Ordenanza Procesal Penal no contiene una definición precisa de lo que debe entenderse por datos electrónicos de tráfico. Para ello, el legislador remitió a los parágrafos § 96, párr. 1, y § 113a de la Ley de Telecomunicaciones (BGBl. I, p. 1190; BGBl. I, pp. 1266). A través de ellos se autoriza a las entidades prestadoras de servicios de telecomunicación a recolectar y almacenar determinados datos electrónicos de tráfico que se enumeran en los respectivos parágrafos, entre otros: número de identificación de un equipo telefónico, IMSI (International Mobile Subscriber Identity), IMEI (International Mobile Equipment Identifier), número de SIM-Card, identificación de las llamadas realizadas y recibidas, datos de inicio y final de las llamadas (fecha, hora y destinatario de la llamada), volumen de datos transmitidos, localización, servicio de telefonía utilizado, tipo de servicio contratado con la empresa de telefonía celular, así como las cuentas de cobro de los servicios telefónicos⁴.

La importancia de esta medida radica en que a través de estos datos es posible establecer quién, cuándo, con quién, durante cuánto tiempo, desde qué lugar se comunicó una persona y/o si la comunicación se realizó utilizando una red fija de telecomunicación, un teléfono celular, correo electrónico, o cualquier otro servicio de mensajería instantánea por internet. También permiten determinar qué conexiones de teléfonos móviles se encontraban en las proximidades de la escena del crimen en el momento de los hechos o, incluso, con quién se comunicó la víctima antes de su muerte o desaparición. Con ellos, además, es posible crear perfiles de movimiento y patrones de conexión, lo cual facilita la comprensión de las relaciones entre delitos y delincentes. Y, finalmente, hacen posible develar redes y estructuras criminales en casos de criminalidad

4 El § 113a de la Ley de Telecomunicaciones, que imponía a los proveedores de servicios de telefonía el deber de guardar por seis meses los datos electrónicos de tráfico generados con ocasión del servicio prestado (*Vorratdatenspeicherung*), entre otros, números de teléfono conectados, identificación de las conexiones, fecha y hora del inicio y final de la comunicación, IMSI (International Mobile Subscriber Identity), IMEI (International Mobile Equipment Identifier) y celda de radioemisión en que se produjo la llamada, a efectos de geolocalización, fue declarado nulo a través de Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 2 de marzo de 2010, por ser contrario al art. 10 de la Ley Fundamental, al imponer el almacenamiento de datos personales sin mediar motivo alguno. Cfr. BVerfGE 125, pp. 260 y ss. Igualmente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a través de la Sentencia C-293/12 y C-594/12, de 8 de abril de 2014, declaró la nulidad de la Directiva del Parlamento Europeo 2006/24/CE, sobre conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones, por ser contraria a los arts. 7, 8 y 52 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

organizada, lo que permite la puesta en marcha de otras medidas de investigación (Grafe, 2008).

6. IMSI-Catcher (§ 100i StPO)

Se denomina IMSI-Catcher a la tecnología diseñada para obtener la identificación de terminales telefónicas, mediante la captación de códigos de identificación de teléfonos celulares o de sus componentes. Se trata de un dispositivo electrónico que permite determinar las identidades electrónicas de todos los teléfonos celulares: Identidad Internacional de Suscriptor Móvil (IMSI, por su sigla en inglés), el cual a su vez está asociado con la Tarjeta de Módulo de Identidad del Suscriptor (SIM, por su sigla en inglés) y la Identidad Internacional de Equipos Móviles (IMEI, por su sigla en inglés), que es el número de serie de su teléfono.

El IMSI-Catcher es básicamente una miniestación GSM (Global System for Mobile communications), que obliga a que los teléfonos que se encuentran en su radio de cobertura lo utilicen, en vez de emplear la red verdadera. De esta forma, el aparato capta la identificación del celular, su IMSI, y luego se puede utilizar para desactivar o degradar el modo de cifrado GSM mientras transmite su llamada hacia la red legítima. Así, es posible no solo establecer e identificar qué teléfonos celulares se encuentran en una zona determinada, sino también, en caso de conocerse ya la identificación de un teléfono celular, detectar o descartar su presencia en la zona de cobertura del IMSI-Catcher. Este modo de operación le permite también escuchar directamente conversaciones sospechosas, así como posibilita la desactivación del servicio de telefonía y la interceptación o averiguación de mensajes SMS desde su teléfono (Keller, 2008).

7. Vigilancia acústica del domicilio (§ 100c StPO)

Como su nombre lo indica, a través de esta medida de investigación es posible vigilar y grabar el contenido de las conversaciones que se llevan a cabo en el ámbito de protección del art. 13 de la Ley Fundamental alemana, esto es, en el lugar de domicilio o residencia de una persona investigada, utilizando para ello medios tecnológicos (Kress, 2009).

8. Interceptación de telecomunicaciones (§ 100a StPO)

El parágrafo § 100a StPO faculta a los organismos de investigación y persecución penal para vigilar y

grabar los contenidos de procesos de telecomunicación (con profundidad sobre esta medida, cfr. Kleih, 2010; también, pero con énfasis en la praxis, Krüpe-Gescher, 2005).

9. Agente encubierto (§110a StPO)

Por su parte, el parágrafo § 110a StPO permite la utilización de agentes encubiertos con fines de persecución penal. Se entiende por agente encubierto, de acuerdo con la norma, el agente de policía que, haciendo uso de una identidad encubierta, se infiltra por un tiempo determinado en la escena criminal, para recolectar información que permita el desmantelamiento de organizaciones criminales o la utilización de otras medidas de investigación (Erfurth, 1997). Para ello, el agente es dotado con los documentos y objetos necesarios que simulen su nueva identidad (documentos de identidad, permiso de conducir, cuentas bancarias, permisos para ejercer alguna profesión u oficio, documentos de pertenencia a alguna organización, institución o entidad, teléfonos, inmuebles fachada, vehículos, etc.) y que le permitan introducirse en el tráfico regular, y más específicamente en el ámbito criminal que se va a investigar.

C. Características generales

Teniendo en cuenta las características específicas de cada una de las medidas de investigación antes descritas, se pueden extraer como características generales de las mismas las siguientes (Albrecht, Grafe & Kilchling, 2008, p. 18; Bode, 2012):

- (1) Se llevan a cabo sin que el afectado perciba la injerencia del Estado en su ámbito personal. Es decir, poseen un carácter secreto. Esto, en contradicción con las tradicionales medidas de investigación que se llevan a cabo de forma abierta y pública.
- (2) Abarcan un grupo considerable de personas, pues no solo recaen sobre el sospechoso investigado, sino también sobre terceros.
- (3) Comprenden grandes cantidades de datos.
- (4) La información obtenida a través de estos nuevos métodos, está referida tanto a hechos del pasado como del futuro, lo cual posibilita la actuación preventiva de los órganos de control.
- (5) Su ejecución se lleva a cabo por largos períodos de tiempo.
- (6) Y, finalmente, otra característica de estas medidas de investigación es que traen consigo la injerencia en derechos fundamentales. Se trata

de conductas invasivas a libertades fundamentales, como el derecho a la privacidad, que a su vez incluye el derecho a la intimidad personal, el derecho al secreto de comunicaciones, la inviolabilidad del domicilio, y especialmente para todas y cada una de ellas, el derecho a la autodeterminación informativa.

A continuación se hará referencia a los derechos a la privacidad y a la autodeterminación informativa, por tratarse de dos de las garantías cuya limitación comparten en general estas medidas de investigación, diseñadas para la persecución penal de la delincuencia organizada.

II. El derecho a la privacidad y a la autodeterminación informativa

A. Derecho a la privacidad

La “esfera de la privacidad”, como se le denomina en el derecho alemán, se refiere a ese ámbito no público, cerrado, en el que las personas permanecen libres de cualquier perturbación externa, y donde, por lo mismo, ejercen su derecho al libre desarrollo de la personalidad. El ser humano debe poder gozar de ese ámbito específico en el que pueda comportarse de manera libre y natural, sin temor a poder ser observado o escuchado por terceros (Enders, 2013: vol. IV, § 87, Apdo. 6).

La Constitución alemana o Ley Fundamental no protege la “esfera de la privacidad” como una entidad abstracta, como sí lo hacen, e. g., el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, el art. 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea o el art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Por el contrario, en el derecho alemán, la protección del derecho a la privacidad se deriva del derecho a la personalidad, consagrado en el art. 2, párrafo 1, de la Ley Fundamental. Así, el derecho a la personalidad sirve como protección de ese espacio blindado del desarrollo de la personalidad, y su ámbito de protección se concreta a través de la consagración de otras garantías fundamentales, como el derecho a la inviolabilidad del domicilio, el derecho al secreto de las telecomunicaciones y también, como lo veremos más adelante, el derecho a la autodeterminación informativa y la garantía de la confidencialidad e integridad de los sistemas técnicos de información (Schwabenbauer, 2013, pp. 117 y ss).

B. El derecho a la autodeterminación informativa

Se traduce, en pocas palabras, en el derecho que les asiste a las personas a saber quién y en qué forma tiene acceso a sus datos personales, con qué objetivos y bajo qué circunstancias. Además, protege la garantía de transparencia en el procesamiento de datos⁵.

Este concepto de “autodeterminación informativa” fue desarrollado por el Tribunal Federal Constitucional alemán, a través de la conocida como “Sentencia de los Censos” o “Volkzählungsurteil” del año 1983 (BVerfGE 65, pp. 1 y ss.). El recurso que diera origen a este fallo se dirigía concretamente contra la denominada “recolección total de datos” (*Total Datenerhebung*), que el Estado alemán pretendía realizar mediante un censo de la población germana-occidental.

La norma demandada o “Ley de Censos”, de 25 de octubre de 1982 (BGBl. I, pp. 369 y ss.), obligaba a todos los ciudadanos a que, en virtud de este registro, por así llamarlo, aportaran sus nombres, apellidos, dirección, teléfono, sexo, fecha de nacimiento, ideología política, religión, nacionalidad, tipo de convivencia con otras personas, domicilio, tipo de trabajo, clase de ingresos, profesión, estudios realizados—especificando la duración de los mismos—, dirección laboral, medio de transporte utilizado para ir al trabajo, tiempo de desplazamiento al trabajo, duración de la jornada laboral; además, la clase, extensión, dotación y usos de vivienda, el número y uso de habitaciones, y la cuantía de los alquileres mensuales, entre otros datos. Este tipo de datos, quizá vistos de forma aislada, no parecen contar con la relevancia necesaria como para ser objeto de una tutela constitucional, sobre todo teniendo en cuenta, tal como lo aceptaban los demandantes, que muchos de estos ya eran conocidos por el mismo Estado o sus organismos. En realidad, lo que alarmaba a los ciudadanos demandantes era la posible combinación de esos datos y su adscripción a una determinada persona, además del hecho de que se amenazaba con sanciones a quien no aportara la información (BVerfGE 65, pp. 16 y ss.).

El Tribunal Federal Constitucional alemán respondió a los planteamientos de la demanda con tal rigurosidad, que la sentencia se ha convertido en uno de los hitos más destacados de la jurisprudencia

constitucional alemana en las últimas décadas. Esta decisión sentó las bases para el futuro desarrollo de la protección de datos. Y como consecuencia de la misma, se puso en evidencia la necesidad de reformar muchas leyes ya existentes, entre ellas la Ordenanza Procesal Penal, que en este contexto debería ocuparse del tema relativo a la protección de datos, con especial énfasis en la regulación de su recolección, uso y transmisión en el proceso penal. Además, la sentencia supuso el inicio de la reflexión relativa al papel que debe desempeñar la autodeterminación informativa, en el marco del procesamiento de grandes cantidades de datos pertenecientes a los ciudadanos.

La Sentencia del Censo también es un reflejo de la ya en ese entonces existente discusión acerca del creciente desarrollo de la tecnología de la información a través de sistemas informáticos y de los cambios que esta tecnología generaría en la sociedad y, particularmente, en la relación Estado-ciudadanos (Hassemer & Chirino, 1997, p. 162).

El punto de partida del análisis jurídico del Tribunal lo constituyó el derecho a la autodeterminación informativa, es decir, el derecho del ciudadano a decidir por sí mismo cuándo y dentro de qué límites pueden ser revelados sus datos personales, y a saber quién y en qué forma tiene acceso a sus datos personales, con qué objetivos y bajo qué circunstancias.

La sentencia planteó cinco principios esenciales, que fueron resaltados al inicio de la misma (BVerfGE 65, p. 1) y de los cuales solo haremos referencia a dos, por resultar de mayor interés para el tema central aquí tratado:

Primero: Bajo las condiciones actuales del procesamiento de datos, la protección del individuo frente a la recolección ilimitada, al almacenamiento, la utilización y la transmisión de datos personales, está amparada en el derecho a la personalidad, del art. 2, párr. 1, en conexión con el art. 1, párr. 1, de la Ley Fundamental. Este derecho fundamental garantiza la facultad del individuo para decidir sobre la cesión y utilización de sus datos personales.

Segundo: Limitaciones a este derecho a la “autodeterminación informativa”, están permitidas solo frente a intereses generales preponderantes. Para ello es necesario un fundamento legal acorde con la Ley Fundamental y respetuoso del principio de determinación o certeza de ley, derivado del Estado de Derecho. En la regulación de estas limitaciones al derecho a la autodeterminación informativa, el legislador debe observar, además, el principio de proporcionalidad. Asimismo, este debe tomar medidas de carácter organizativo y procedimental, que

⁵ Para un análisis detallado sobre el derecho a la autodeterminación informativa y su importancia en el proceso penal, vid. Chirino (1999); también Hassemer & Chirino (1997), y Albers (2005).

contrarresten el peligro de vulneración del derecho a la personalidad.

Adentrándonos en el primer principio, el Tribunal Federal Constitucional alemán dedujo el derecho a la autodeterminación informativa, al establecer una relación directa entre el derecho general a la personalidad y la garantía, también fundamental, de la dignidad del ser humano (art. 2, párrafo 1, y art. 1 de la Ley Fundamental). En esta línea, estableció una conexión entre la autodeterminación informativa y la dignidad del ser humano, y elevó el derecho a la autodeterminación informativa a un rango preferente dentro de la legislación, convirtiendo el derecho a la protección de datos personales en un derecho fundamental, profundamente unido a los principios más básicos de la Constitución alemana.

El respeto a la dignidad humana es, en el sistema constitucional alemán, un valor fundamental, a tal punto que su protección y fomento son deber del Estado (art. 1, párrafo 1, GG). En el centro del ordenamiento constitucional se encuentran el valor y dignidad de la persona, que se autodetermina libremente como miembro de una sociedad libre. Su protección sirve para garantizar el derecho general de la personalidad, consagrado en el art. 2, párr. 1, en conexión con el art. 1, párr. 1, de la Ley Fundamental, y que comprende la capacidad de los individuos, derivada del concepto de autodeterminación, a decidir por sí mismos cuándo y dentro de qué límites los asuntos de la vida personal habrán de ser públicos (BVerfGE 65, pp. 41 y ss.). Para el Tribunal Federal Constitucional alemán, esta facultad amerita una especial protección, como consecuencia de las condiciones a las que hasta ese entonces habían conducido y conducirían en el futuro el procesamiento automático de datos (BVerfGE 65, pp. 41 y 42). Ello, principalmente “debido a que en los procesos de decisión no se acude como antes a las actas y archivos elaborados en forma manual, sino que con la ayuda del procesamiento automático de datos se puede consultar la información individual sobre las relaciones personales y materiales de un individuo, que ha sido archivada en una forma ilimitada, desde el punto de vista técnico, y que se puede revisar en segundos sin tener en cuenta las distancias”.

La anterior situación cobra mayor relevancia, resaltó el Tribunal, cuando toda esa información hace parte de sistemas de información estructurados, que podrían generar una imagen más o menos completa de la personalidad, sin que el implicado pueda controlar suficientemente su exactitud y la utilización de la misma. Así, reconoció el juez constitucional alemán, la autodeterminación individual presupone que a los individuos se les garantice

la libertad para decidir qué actividades emprender y cuáles omitir, sin temor a estar contribuyendo a la configuración de un perfil equivocado o acertado de su personalidad.

De igual manera, cuando el ciudadano no posee control sobre la transferencia o interconexión que se hace posteriormente de los datos que entrega, añadiría el Tribunal Constitucional, se abre la puerta a otra posible vulneración de esta garantía. Las personas tienen el derecho a que los diversos organismos que recogen datos informen a los afectados, no solo de que se estarán recogiendo sus datos con el propósito de su tratamiento posterior y sobre el tipo de datos que se recogerán, sino también acerca del origen y de los posibles receptores de esos datos. Por ello, la utilización de los datos personales debe estar limitada a los fines determinados por la ley (principio de sujeción al fin –*Zweckbindung*–), y su retransmisión a terceros solo estará permitida excepcionalmente por la ley, siempre y cuando se cumplan ciertos criterios de proporcionalidad (BVerfGE 65, p. 46)⁶.

Se resaltó además, en dicha sentencia, que un ordenamiento social y un orden legal, en el que los ciudadanos no puedan conocer quiénes, cuándo y en qué circunstancias se sabe qué sobre ellos, son incompatibles con el derecho a la autodeterminación de la información. Añadiendo que “la autodeterminación es una condición funcional elemental de una nación democrática y libre, fundada en la capacidad de sus ciudadanos para cooperar y actuar”. Así, “el libre desarrollo de la personalidad presupone, en las modernas condiciones del procesamiento de datos, la protección de los individuos frente a la ilimitada recolección, archivo, empleo y retransmisión de sus datos personales”. Esa protección, señaló el Tribunal, se contempla en los derechos fundamentales a la dignidad humana y a la personalidad, establecidos en los arts. 2, párr. 1, y 1, párr. 2, de la Ley Fundamental alemana (BVerfGE 65, p. 42).

A través de esta formulación, el Tribunal Federal Constitucional alemán quiso reconocer una tutela de la esfera “activa” de la personalidad, pero también una tutela del aspecto social de la privacidad. Ello nos demuestra que, como lo anotaría posteriormente *Hassemer*, “el derecho a la autodeterminación informativa, no es una invención de un Tribunal Constitucional o un avance realizado por el pensamiento del siglo XX, sino más bien una nueva vestimenta para un viejo derecho humano: el derecho a la privacidad, a controlar al poderoso Estado, a con-

⁶ E. g., esta regulación la constituye la Ley Federal de Protección de Datos (*Bundesdatenschutzgesetz*), de 14 de enero de 2003 (BGBl. I, p. 66).

trolar que éste no afecte a quienes se encuentran bajo su poder y a quienes se encuentran sometidos a sus amenazantes intervenciones” (Hassemer, 1995).

Sin embargo, tal como sucede con otros derechos fundamentales, la autodeterminación informativa no es un derecho absoluto (BVerfGE, 65, pp. 43 y ss.), sino que admite restricciones, basadas principalmente en la posibilidad de investigar conductas punibles siempre y cuando se cumplan estrictos presupuestos, descritos por el Tribunal Constitucional en el segundo punto de su sentencia (segundo principio), a los que a continuación haremos referencia de manera más extensa.

III. Presupuestos para la intervención del Estado en la privacidad de las personas

Por tratarse de derechos fundamentales, su afectación o injerencia por parte del Estado, en este caso a través del Derecho Penal y de forma secreta, debe estar previamente autorizada por la Constitución, reglamentada en la ley en debida forma, y en todo caso debe ser proporcional (BVerfGE 65, pp. 44, 54, 58, 62). Así lo ha confirmado incluso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el art. 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos: “La injerencia del Estado en la vida privada, puede estar justificada bajo tres requisitos:

- La injerencia debe estar prevista en la ley;
- Debe tener una finalidad legítima, y
- Debe ser necesaria”.
- Estos tres puntos se traducen en el cumplimiento de tres principios fundamentales:
- El Principio de Reserva de Ley (justificación formal);
- El Principio de Legitimidad del Fin, y
- El Principio de Proporcionalidad (justificación material).
- Debiéndose garantizar, además,
- La inviolabilidad del ámbito esencial de configuración de la privacidad (*Kernbereich der privaten Lebensgestaltung*), y por último,
- El derecho de contradicción por parte del afectado con la medida.

A. La reserva de ley

Este principio se desprende del principio del Estado de Derecho y de los derechos fundamentales. Estipula que los actos del Estado que tengan injerencia o afecten derechos fundamentales deben es-

tar consagrados y regulados en una ley. El sentido y finalidad de la reserva de ley es hacer previsible y calculables los actos del Estado, así como descartar cualquier acto abusivo (Morlok, 2012, § 22, Apdos. 559 y ss.). En consecuencia, a través de esta garantía se limitan o restringen las facultades del Estado para interferir en los derechos fundamentales. De allí que la ley deba aclarar (abstractamente) los requisitos exigidos para legitimar esa injerencia.

En estos términos, las leyes que regulan las injerencias del Estado en los derechos fundamentales deben garantizar, de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia constitucional alemana, que aquellas satisfagan los siguientes requerimientos (Morlok, 2012, § 22):

Primero, deben citar el derecho fundamental comprometido (*Zitiergebot* o mandato de citación). Se trata de una función de alerta y reflexión, para que el legislador recuerde su sometimiento a la ley y los principios fundamentales, de acuerdo con el art. 1, párr. 3, de la Ley Fundamental.

Segundo, deben cumplir con el principio de determinación de la ley o certeza de ley, el cual demuestra que la reserva de ley no se agota en una distribución o reparto de competencias entre órganos del Estado. Más bien plantea la concesión de responsabilidad al legislador parlamentario (elegido democráticamente) de tomar decisiones esenciales, relativas a la injerencia del Estado en los derechos fundamentales de sus asociados y al alcance de las mismas. Una labor de esta naturaleza deberá:

- Evitar la utilización de términos ambiguos (situación problemática, especialmente en el caso de medidas que implican la utilización de sistemas tecnológicos), y
- Omitir la referencia a otras normas que generen una cadena de referencias a otras normas.

Tercero, estas leyes deben garantizar una reserva judicial, la cual se refiere a la exigencia de la participación de un juez en la determinación de la admisibilidad de la injerencia en el derecho fundamental. Es lo que se conoce como “aseguramiento cualificado del derecho fundamental”. Constituye un control preventivo por parte de un órgano neutral, para garantizar una mejor protección del derecho fundamental del afectado (Morlok, 2012, § 22).

Y, por último, la ley debe garantizar la reserva de ejecución de la misma, por parte de la Administración.

De esta forma, los tres poderes del Estado terminan tomando parte activa en la regulación de las injerencias en el derecho fundamental, de tal suerte que su afectación, en caso de autorizarse, resulte más legítima y transparente en los siguientes términos:

- El Poder Legislativo, que dicta la ley que prevé la injerencia, junto con sus requisitos;
- El Poder Judicial, a través del juez que autoriza la injerencia, y finalmente,
- El Poder Ejecutivo, que por medio de la Administración (en este caso, a través de la Policía Judicial o de quien haga sus veces) ejecuta, previa orden judicial, la medida que afecta el derecho fundamental.

B. Principio de legitimidad del fin

El legislador debe perseguir el bienestar común, siempre amparado en la Constitución y la Ley. Las intervenciones o injerencias secretas en los derechos fundamentales, a través de las ya mencionadas medidas de investigación, deben servir para la protección, por medio de la persecución penal, tanto de bienes jurídicos individuales como de la vida, la salud y la libertad, así como de bienes jurídicos, como el Orden Constitucional Democrático y Liberal, la Existencia y Seguridad del Estado o de intereses políticos de defensa del Estado u otros intereses de valor significativo, cuyo mantenimiento es mandato constitucional (Schwabenbauer, 2013, p. 206).

Estos fines, sin lugar a dudas, resultan legítimos a la hora de justificar la afectación de ciertos derechos fundamentales, como consecuencia de la utilización de medidas secretas de investigación.

C. Principio de proporcionalidad

Este principio se ha desarrollado como un criterio de suma importancia para el control de las injerencias del poder público en los derechos fundamentales⁷. El legislador actúa proporcionalmente cuando, a través de una ley, persigue un fin legítimo, y el contenido de esa ley es idóneo, necesario y proporcional para lograr el objetivo perseguido por la misma (Schwabenbauer, 2013, p. 205). Tal mandato resulta también aplicable a las injerencias secretas en derechos fundamentales.

1. Idoneidad

El criterio de idoneidad exige que la medida de investigación sea el medio adecuado para el cumplimiento del fin perseguido (Morlok, 2012, § 23, Apdo.

619; Schwabenbauer, 2013, pp. 207 y ss.). Este será el caso cuando, con ayuda de la medida de investigación, se pueda alcanzar el fin pretendido o, por lo menos, se busque el cumplimiento del fin (persecución efectiva de determinado tipo de criminalidad grave, a través de identificación de sospechosos, descubrimiento de responsables del delito, conocimiento sobre la estructura criminal, etc.).

E. g., la ley permite la interceptación telefónica en la investigación de determinados delitos, y asume la afectación al derecho a la privacidad de las personas. El examen objetivo de idoneidad debe definir que efectivamente el monitoreo de las comunicaciones puede arrojar un resultado concreto, en el marco de la investigación que se esté adelantando por el delito específico que ha generado la injerencia, de tal manera que deba ser considerada como desproporcionada e incluso carente de justificación teleológica la autorización de interceptaciones únicamente con fines exploratorios y sin referencia concreta a una investigación en curso por un delito concreto.

Límites temporales también se incluyen dentro de este subprincipio. Es decir, pueden existir medidas que sean aptas para alcanzar los fines que se propone la investigación penal, pero que resulten desproporcionadas por la duración e intensidad de la intromisión en los derechos fundamentales.

2. Necesidad

Establecida la idoneidad de la medida para lograr el fin perseguido, se debe proceder a determinar la necesidad de la misma. El subprincipio de necesidad se refiere a la imprescindibilidad del medio para lograr el objetivo perseguido, ante la inexistencia de otro medio menos restrictivo. Entonces, la pregunta que debe hacerse es si existen otros medios para lograr el objetivo (Morlok, 2012, § 23, Apdo. 620-622; Schwabenbauer, 2013, pp. 212 y ss.). Ante una respuesta positiva, es preciso elegir, entre ellos, el menos restrictivo de los derechos fundamentales. Una respuesta negativa permitiría entonces la utilización de la medida en discusión.

3. Proporcionalidad en sentido concreto

Esta ponderación constituye el eje central del juicio de proporcionalidad. Se trata de un examen, en el cual son ponderados, en el caso concreto, los principios en juego. Esto es, las exigencias constitucionales derivadas de la persecución del delito y las exigencias de protección de los derechos fundamentales. Entonces, se entenderá que la utilización

⁷ En la República Federal de Alemania, el principio de proporcionalidad tiene rango constitucional. Éste se desprende del Principio de Estado de Derecho y especialmente de la naturaleza misma de los derechos fundamentales, los cuales, como expresión del derecho a la libertad de los ciudadanos, sólo pueden ser limitados por el Estado no más allá de lo estrictamente necesario y sólo cuando ello fuere indispensable para la protección del interés público general (BVerfGE 19, 342, 348 f).

de una medida es proporcional en sentido concreto cuando, luego de una ponderación general, se determina que la gravedad de la intervención no resulta excesiva en relación con la importancia de las razones que justifican dicha intervención (Morlok, 2012, § 23, Apdo. 623 y ss.; Schwabenbauer, 2013, pp. 215 y ss.). Y es por ello que los bienes jurídicos que se toman en consideración a la hora de autorizar la injerencia en los derechos fundamentales, deben tener tal importancia que justifiquen las medidas secretas de investigación.

En estos términos, es tarea del legislador resolver la tensión existente entre dos deberes del Estado: por un lado, la protección de los bienes jurídicos, y por el otro, la defensa de los derechos fundamentales. Ello se logra a través, e. g., del establecimiento de categorías graduales de sospecha frente a la comisión de conductas punibles, que autoricen la injerencia, e. g., solo en los casos en los que la sospecha esté basada en hechos específicos, y no en simples puntos de referencia. O también, a través de la escogencia de determinados bienes jurídicos de importancia o de la consideración de la intensidad del daño que su lesión o puesta en peligro podrían causar, de tal suerte que para garantizar su protección, se autorice recurrir a la injerencia en determinados derechos fundamentales. Ello, e. g., a través de catálogos de delitos que limiten la utilización de la medida secreta de investigación a las conductas penales que allí se incluyan.

D. Garantía de inviolabilidad del núcleo esencial de configuración de la vida privada

La idea de una protección absoluta del ámbito esencial de configuración de la vida privada, derivada de la dignidad humana, tiene una larga tradición en la historia de la jurisprudencia constitucional alemana (BVerfGE 34, p. 238).

Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, no es compatible con la dignidad de las personas hacer de ellas un mero objeto del poder estatal (BVerfGE 30, pp. 1, 25 s. y 29 ss.; BVerfGE 96, pp. 375 y 399). Así, no se puede tratar a un delincuente de forma que se viole su pretensión social de valoración y respeto, constitucionalmente garantizada, ni convertirlo en un simple objeto de la lucha contra la delincuencia y de la ejecución penal. Sin embargo, dice la jurisprudencia, también esa eficacia de la fórmula del objeto tiene límites, ya que la persona no pocas veces es objeto del derecho, al cual tiene que someterse de manera simultánea.

Por lo tanto, “no se lesiona la dignidad humana por el mero hecho de que alguien se convierta en destinatario de las medidas de persecución penal, pero sí cuando la forma de aplicación de las medidas adoptadas pone seriamente en riesgo la calidad del sujeto afectado. Ello ocurre cuando el tratamiento por el poder público prescinde del respeto al valor que le corresponde a todo ser humano por el mero hecho de serlo” (BVerfGE 109, pp. 312 y 313).

Por todo lo anterior, un proceder secreto del Estado no significa *per se* una violación de la pretensión de respeto que está protegida de manera absoluta. Si alguien se vuelve objeto de observación, ello no representa simultánea y obligatoriamente una inobservancia de su valor como persona, en la medida en que durante esta observación se respete el núcleo esencial intangible de la configuración de la vida privada. Si el Estado penetrara en este núcleo, lesionaría la sagrada libertad que se garantiza a toda persona para desarrollarse en los asuntos personalísimos que le conciernen. Ni siquiera los intereses preponderantes de la generalidad pueden justificar una intervención en este núcleo absolutamente protegido de la configuración de la vida privada (BVerfGE 109, p. 313).

Según el Tribunal Constitucional alemán, pertenece a este núcleo esencial de la configuración de la vida privada “la posibilidad de expresar procesos interiores como sensaciones y sentimientos tales como reflexiones, opiniones y experiencias de tipo personalísimo (...), sin miedo a que aquello sea vigilado por organismos estatales” (BVerfGE 109, p. 313).

Por ello, cuando se infringe ese núcleo esencial, de acuerdo con lo dicho por 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” (BVerfGE 109, p. 331). Agregando: “Los datos derivados de actos que pertenecen al ámbito intangible o núcleo esencial 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” (BVerfGE 109, p. 331).

Sin embargo, la misma jurisprudencia ha señalado, de manera no muy clara, que “las conversaciones que contengan datos sobre delitos cometidos cuando tengan suficiente relevancia social –*hinreichende Sozialbezug*–” no hacen parte de ese núcleo

esencial de la configuración de la vida privada (BVerfGE 109, p. 319)⁸.

E. Derecho de contradicción por parte del afectado con la medida

Como principio fundamental ha sido consagrado en Alemania el derecho que tiene toda persona, cuyos derechos han sido objeto de lesión por parte del poder estatal, a acudir ante los jueces (art. 19, párr. 4, Ley Fundamental).

En caso de intervenciones o injerencias estatales en derechos fundamentales no reconocibles, esto es, ocultas o secretas, al titular del derecho fundamental le asiste el derecho a ser informado sobre las mismas, lógicamente, con posterioridad a la ejecución de estas. Esto con el fin de garantizarle la tutela judicial efectiva de sus derechos fundamentales. Así el afectado tendrá el derecho a controvertir ante un juez, si es su deseo, la invasión en su derecho a la privacidad (Huber, 1999, vol. 1, art. 19, Apdo. 393 y ss.).

IV. Estructura regulatoria de las medidas de investigación

El legislador alemán, con el propósito de dar cumplimiento a los presupuestos de intervención en la privacidad de las personas reseñados en el acápite anterior, y así legítimar, limitar y sistematizar las medidas de investigación diseñadas para la persecución penal de la delincuencia organizada, se ha decantado por crear una estructura regulatoria de estas medidas de investigación, caracterizada por contener:

- Exigencia de un grado específico de sospecha, según la gravedad de la injerencia y la importancia del derecho fundamental. Así se tiene una escala, que empieza en su nivel más bajo con la “sospecha inicial” y que a su vez es presupuesto para iniciar una investigación penal. Le sigue la “sospecha cualificada”, la cual requiere hechos específicos, ya sea respecto de la conducta investigada o bien en relación con el presunto responsable. Y por último, encontramos la “sospecha suficiente” o imperiosa, requisito para las intervenciones más severas.
- Cualificación del objeto de investigación, a través de, entre otros, catálogos de delitos que limitan la aplicación de estas nuevas medidas de

investigación a ámbitos especiales de criminalidad, como la criminalidad organizada, el terrorismo y/o delitos contra el Estado.

- Exigencia de cumplimiento de una cláusula de subsidiariedad, de acuerdo con la previsión del éxito de la medida y/o un análisis de la dificultad de su realización. De esta forma, nos encontramos en la Ordenanza Procesal Penal, como requisito para la realización de las medidas de investigación de carácter secreto, con “cláusulas de subsidiariedad simples” (cuando la utilización de otra medida implique menos perspectivas de éxito o esta resulte más dificultosa), “cláusulas de subsidiariedad cualificadas” (cuando la utilización de otra medida implique considerablemente menos perspectivas de éxito o esta resulte muy dificultosa), “cláusulas de subsidiariedad estrictas” (cuando de otra forma sería inútil y notablemente dificultoso el esclarecimiento de los hechos) y la denominada “cláusula última ratio” (cuando de otra forma sería más difícil o inútil de manera desproporcionada), para aquellos casos en que la injerencia en el derecho fundamental es de suma importancia, como el caso de la vigilancia acústica del domicilio.
- Exigencia de protección del núcleo esencial del ámbito de la vida privada.
- Exigencia de un control judicial previo a la ejecución de la medida.
- Control de sujeción de los datos obtenidos por medio de las medidas secretas de investigación, a la finalidad inicial de su recolección. Ello a través de la consagración de los deberes, tanto de registro de los datos recogidos como de destrucción o eliminación de los datos que, una vez recolectados y evaluados, no son útiles para el fin perseguido.
- Deber de comunicar al afectado con la medida de investigación, la injerencia que se ha realizado en su derecho a la privacidad, con posterioridad a la realización de la misma. Ello con el fin de garantizar su derecho de contradicción frente a esta. Y finalmente,
- Reglamentación de la transferencia de la información recolectada a través de tales medidas de investigación, tanto a otros procesos penales como a otros organismos del Estado que ejercen funciones diferentes a la persecución penal, tales como policía y los servicios de inteligencia⁹.

8 En contra de esta posición están el salvamento de voto en la misma sentencia, pp. 382 y ss.; también crítico: Roxin, 2007, p. 168, con otras referencias en la nota de pie de página N.º 45.

9 Sobre el tema, y en particular la transmisión de datos recogidos por los servicios secretos al proceso penal, entre otros, cfr. Gazeas (2014) y también Dose (2013).

- A manera de ejemplo, exigen los §§ 100a y 100b StPO, para la interceptación de telecomunicaciones, los siguientes requisitos:
- La existencia de una sospecha cualificada. Así, exige la norma hechos específicos, que fundamenten la sospecha de que alguien es el autor o partícipe de una conducta punible.
- Dicha sospecha debe estar referida a la comisión de “delitos graves” (“*schwere Straftaten*”), que la norma enumera en un catálogo específico de tipos penales, entre ellos delitos propios del fenómeno de la delincuencia organizada. Además, se exige que en el caso concreto, se trate también de un hecho “grave”.
- La realización de la interceptación telefónica, además, solo será permitida siempre y cuando de otra forma el esclarecimiento de los hechos o la ubicación del presunto autor del delito serían inútiles y considerablemente difíciles (cláusula estricta de subsidiaridad).
- La medida debe ser previamente ordenada por un juez, que verificará el cumplimiento de los requisitos establecidos.
- Obligación de registrar los datos recolectados (§ 101, párr. 3 StPO).
- Obligación de comunicar al afectado, una vez que se ha dado fin al período de interceptación (§ 101, párr. 4, Nr. 9 StPO).
- Autorización de transferir datos e información recogida a otros procesos penales, siempre y cuando en ese otro proceso se den igualmente los requisitos que exige la ley para la interceptación de telecomunicaciones (§ 477, párr. 2 StPO).

Conclusión

La introducción, a partir de finales del siglo XX, de nuevas medidas de investigación para la persecución efectiva de la delincuencia organizada, produjo una regulación especial de las mismas en la Ordenanza Procesal Penal alemana.

Tal regulación es consecuencia no solo de las características especiales que poseen estas nuevas medidas de investigación, y de la grave injerencia que su empleo significa en derechos fundamentales, como el derecho a la privacidad y a la autodeterminación informativa, sino también, de los principios y exigencias desarrollados por la jurisprudencia y doctrina para justificar la intromisión del Estado en tales derechos.

Desde una perspectiva del derecho penal comparado, la estructura utilizada en la regulación de tales medidas de investigación enseña un panorama

garantista. La observancia de los principios de reserva de ley, legitimidad del fin, y principalmente del principio de proporcionalidad, se puede ver reflejada con claridad en la estructura legislativa utilizada, limitando, e. g., la posibilidad de su utilización en la investigación de determinado tipo de criminalidad, como lo es la delincuencia organizada, entre otros fenómenos criminales de importancia. Y en todo caso, excluyendo su empleo para la investigación de la criminalidad común y delitos de bagatela, lo cual desembocaría en la aplicación desproporcionada de la medida.

Así las cosas, resulta de interés el esquema aquí expuesto, para ser confrontado con otros ordenamientos jurídicos; e. g., el colombiano, en el cual las medidas secretas de investigación penal reguladas por el Código de Procedimiento Penal poseen otra estructura, y posiblemente se fundamentan en otras interpretaciones, dignas de constituirse en objeto de análisis en un futuro aporte sobre el tema.

Tabla de abreviaturas

Apdo.	Apartado
BGBl.	Bundesgesetzblatt –Diario Oficial de la Federación–
BGH	Bundesgerichtshof –Tribunal Supremo Federal–
BT-Drs.	Bundestag Drucksache –Boletín Oficial de la Cámara Baja del Parlamento Federal–
BVerfGE	Entscheidung des Bundesverfassungsgericht –Decisión del Tribunal Federal Constitucional–
Cfr.	Confrontar
KK-StPO	Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung
MükoStPO	Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung

Referencias

- Albers, M. (2005). *Informationelle Selbstbestimmung*. Baden-Baden: Nomos Verlag.
- Albrecht, H. J. (2001). *Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Albrecht, H. J., Grafe, A. & Kilchling, M. (2008). *Rechtswirklichkeit der Auskunftserteilung über Telekommunikationsverbindungsdaten nach §§ 100g und 100h der Strafprozessordnung* –Forschungsbericht des Max-

- Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht-. En: BT-Drs. 16/8434, 18, Freiburg i.Br.
- Bode, T. (2012). *Verdeckte strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen*. Heidelberg: Springer.
- Bruns, M. (2013). § 100h. En: *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung* (7a. ed.). München: Beck.
- Chirino, A. (1999). *Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und seine Geltung im Strafverfahren, am Beispiel der neuen Ermittlungsmethoden in der Strafprozessordnung*. Frankfurt am Main: Lang.
- Dose, C. (2013). *Übermittlung und verfahrensübergreifende Verwendung von Zufallserkenntnissen*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Enders, Ch. (2013). Schutz der Persönlichkeit und der Privatsphäre. En: *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*. Vol. IV: Grundrechte in Deutschland, Einzelgrundrechte I. Heidelberg: Müller.
- Eisenberg, U. (2012). *Beweisrecht der StPO. Spezialkommentar* (8a. ed.). München: Beck.
- Erfurth, C. (1997). *Verdeckte Ermittlungen*. Frankfurt am Main: Lang.
- Gazeas, N. (2014). *Übermittlung nachrichtendienstlicher Erkenntnisse an Strafverfolgungsbehörden*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Grafe, A. (2008). Die Auskunftserteilung über Verkehrsdaten nach §§ 100g, 100h StPO. Tesis doctoral. Freiburg i.Br.
- Günther, R. (2014). § 100h. En: *Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung (MüKoStPO)*. München: Beck.
- Hassemer, W. (1995). *Datenschutz und Datenverarbeitung heute*. Wiesbaden: Hessische Datenschutzbeauftragte.
- Hassemer, W. & Chirino, A. (1997). *El derecho a la autodeterminación informativa y los retos del procesamiento automatizado de datos personales*. Buenos Aires: Ed. Del Puerto.
- Huber, P. (1999). Art. 19. En: *Das Bonner Grundgesetz –Kommentar–*. Vol. 1: Präambel, Artikel 1 bis 19. München: Vahlen.
- Keller, C. (2008). *Die Ermittlung der Kennungen und des Standorts von Mobilfunkgeräten im Spannungsfeld zwischen Kriminalitätsbekämpfung und Verfassungsmäßigkeit*. Der Einsatz von IMSI-Catchern. Hamburgo: Kovač.
- Kinzig, J. (2004). *Die rechtliche Bewältigung von Erscheinungsformen organisierter Kriminalität*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Kleih, B-Ch. (2010). *Die strafprozessuale Überwachung der Telekommunikation*. Baden-Baden: Nomos Verlag.
- Klever, S. (2003). Die Rasterfahndung nach § 98a StPO. Münster: Schöningh.
- Kress, S. (2009). *Der 'Große Lauschangriff' als Mittel internationaler Verbrechensbekämpfung. Zur Verwertbarkeit im Ausland gewonnener Beweise*. Hamburg: Kovač.
- Krüpe-Gescher, Ch. (2005). *Die Überwachung der Telekommunikation nach den §§ 100a, 100b StPO in der Rechtspraxis*. Berlin, Freiburg i.Br.: Duncker & Humblot.
- Meyer-Goßner, L. & Schmitt, B. (2015). *Strafprozessordnung. Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen* (58. Ed.). München: Beck.
- Morlok, M. (2012). *Grundrechte* (3a. ed.). Baden-Baden: Nomos Verlag.
- Pehl, D. (2008). *Die Implementierung der Rasterfahndung*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Petri, T. (2012). Informationsverarbeitung im Polizei- und Strafverfahrensrecht. En: *Handbuch des Polizeirechts* (5a. ed.). München: Beck.
- Podolsky, J. (1995). Wahrnehmung, Ermittlung und Verfolgung neuerer Kriminalitätsformen in Deutschland. Stuttgart: tesis doctoral.
- Roxin, C. (2007). Großer Lauschangriff und Kernbereich privater Lebensgestaltung. En: *Recht gestalten - dem Recht dienen. Festschrift für Reinhard Böttcher*. Berlin: de Gruyter Recht.
- Schwabenbauer, T. (2013). *Heimliche Grundrechtseingriffe*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Sieber, U. (2014). Einführung. Entwicklung, Ziele und Probleme des Europäischen Strafrechts. En: U. Sieber, H. Satzger, B. von Heintschel-Heinegg (Eds.). *Europäisches Strafrecht* (2a. ed.). Baden-Baden: Nomos Verlag.
- Siebrecht, M. (1997). *Rasterfahndung. Eine EDV-gestützte Massenfahndungsmethode im Spannungsfeld zwischen einer effektiven Strafverfolgung und dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung*. Berlin: Duncker und Humblot.

Jurisprudencia citada

Bundesverfassungsgericht (Tribunal Federal Constitucional)	
Sentencia de 15 de diciembre de 1970 (2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68 y 308/69)	BVerfGE, vol. 30, pp. 1-47.
Sentencia de 31 de enero de 1973 (2 BvR 454/71)	BVerfGE, vol. 34, pp. 238-251.
Sentencia de 15 de diciembre de 1983 (1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83)	BVerfGE, vol. 65, pp. 1-71.
Sentencia de 12 de noviembre de 1997 (1 BvR 479/92, 307/94)	BVerfGE, vol. 96, pp. 375-407.
Sentencia de 3 de marzo de 2004 (1 BvR 2378/98, 1084/99)	BVerfGE, vol. 109, pp. 280-382.
Sentencia de 2 de marzo de 2010 (1BvR 256, 263, 586/08)	BVerfGE, vol. 125, pp. 260-385.