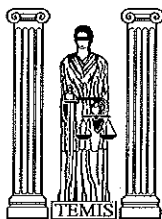


LAS PROHIBICIONES  
PROBATORIAS

D/XIV G, 510

ERNST BELING - KAI AMBOS  
ÓSCAR JULIÁN GUERRERO

# LAS PROHIBICIONES PROBATORIAS



EDITORIAL TEMIS S. A.  
Bogotá - Colombia  
2009



### ANTES QUE EL LIBRO CIENTÍFICO MUERA

El libro científico es un organismo que se basa en un delicado equilibrio. Los elevados costos iniciales (las horas de trabajo que requieren el autor, los redactores, los correctores, los ilustradores) solo se recuperan si las ventas alcanzan determinado número de ejemplares.

La fotocopia, en un primer momento, reduce las ventas y por este motivo contribuye al aumento del precio. En un segundo momento, elimina de raíz la posibilidad económica de producir nuevos libros, sobre todo científicos.

De conformidad con la ley colombiana, la fotocopia de un libro (o de parte de este) protegido por derecho de autor (copyright) es ilícita. Por consiguiente, toda fotocopia que burle la compra de un libro, es delito.

La fotocopia no solo es ilícita, sino que amenaza la supervivencia de un modo de transmitir la ciencia.

Quien fotocopia un libro, quien pone a disposición los medios para fotocopiar, quien de cualquier modo fomenta esta práctica, no solo se alza contra la ley, sino que particularmente se encuentra en la situación de quien recoge una flor de una especie protegida, y tal vez se dispone a coger la última flor de esa especie.

- © Ernst Beling, Kai Ambos y Óscar Julián Guerrero, 2009.
- © Editorial Temis S. A., 2009.  
Calle 17, núm. 68D-46, Bogotá.  
[www.editorialtemis.com](http://www.editorialtemis.com)  
correo elec.: [editorial@editorialtemis.com](mailto:editorial@editorialtemis.com)

Hecho el depósito que exige la ley.  
Impreso en Editorial Nomos S. A.  
Carrera 39 B, núm. 17-85, Bogotá.

ISBN 978-958-35-0730-4  
2398 200900037100

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, sin la autorización escrita de los titulares del copyright, por medio de cualquier proceso, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis S. A.

## PRESENTACIÓN

La obra científica de BELING en el campo del derecho penal es bien reconocida para los hispanoparlantes. No así ciertas producciones del derecho procesal penal, entre otras, están relacionadas con la prohibición de prueba. Un pequeño opúsculo tan citado como poco analizado. La forma de escindir las materias jurídicas en nuestra vida académica ha patrocinado el fenómeno de que a los grandes autores de tradición germana se les reconozca como dogmáticos del derecho penal material, dejando de lado sus contribuciones, quizá más importantes, del derecho procesal. A esta deficiencia de la academia se suma una praxis que desprecia la teoría procesal y que a fuerza de repetir las más enconadas mañas del procedimentalismo y se ha olvidado que es el derecho procesal penal el que materializa las facultades punitivas del Estado sobre los ciudadanos. La consecuencia de ese desprecio no puede ser peor, pues con cada imprecisión judicial lo que debe ser un proceso penal con todas las garantías sufre una aguda minusvalía que termina avalada por una curiosa "jurisprudencia de necesidades".

Este texto de BELING llama justamente a reflexionar sobre un punto en donde confluyen los problemas más agudos del proceso penal, esto es, la verdad procesal, las limitaciones a la investigación penal y el respeto del poder estatal por los derechos de sus ciudadanos. Puede decirse sin temor que después de esta famosa conferencia de BELING el derecho procesal penal jamás volvió a dormir en paz. Para fortuna de la dignidad humana y del concepto de Estado de Derecho, esta conferencia del maestro alemán marca un hito en la historia de proceso penal, pues a partir de la aclaración y la cla-



sificación de las prohibiciones de prueba, BELING abrió una puerta por la que han pasado innumerables ensayos, libros, tesis doctorales y habilitaciones profesoriales que han intentado darle solución a los problemas planteados magistralmente en 1903. Si quisiera valorarse la dificultad de un tema por la cantidad de literatura que genera con seguridad que la prohibición de prueba está llamada a ocupar lugar de honor. Al menos así lo demuestra la más reciente edición del comentario LÖWE ROSENBERG en el que otro famoso penalista y procesalista, el profesor KARL-HEINZ GÖSSEL, hace el inventario de la producción académica y jurisprudencial en esta materia.

En efecto, la prohibición de prueba es uno de los temas más investigados en Alemania. A nuestro medio llegó por la vía de la obra de EUGENIO FLORIAN en los años cuarenta y para infortunio de nuestro proceso penal terminó relegada a una simple referencia en el derecho probatorio. Luego llegaron las muy clarificantes apreciaciones de la teoría española con GÓMEZ ORBANEJA. A ello añadimos las producciones del argentino JULIO MAIER y la reciente tesis doctoral de FABRICIO GUARIGLIA que constituye el estudio más profundo que haya producido la bibliografía americana y obviamente, lugar destacado merece el significativo aporte que, desde el derecho comparado, nos ha hecho llegar el profesor español JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER.

Hoy, con el desarrollo de la teoría de los derechos fundamentales, con las consideraciones obligadas de la aplicación del principio de proporcionalidad en todas las actuaciones penales y con la no menos importante noción de un proceso penal adecuado al principio de Estado de Derecho, la cuestión de las prohibiciones de prueba debiera ser de las más debatidas en el contexto del proceso penal colombiano. Lamentablemente no es así. La carencia de estudios es un síntoma preocupante de dos patologías: la primera y más grave que existe muy poca preocupación por las exigencias de la investigación penal cuando se trata de la injerencia en de-

rechos fundamentales. La segunda, el inevitable recurso de nuestra legislación procesal al tema de la exclusión probatoria, copia burda que el ordenamiento ha importado de los desarrollos de proceso penal norteamericano sin reparar en la dificultad de acoplamiento entre el contenido de esas categorías y el entramado de garantías de la Constitución colombiana. Para ambos males, el lector podrá encontrar en esta conferencia un bálsamo. Frente a lo primero, habrá de recordarse que después de las palabras de BELING el proceso penal no puede obviar la máxima según la cual “no es ningún principio del proceso penal que la verdad deba ser averiguada a cualquier precio”. En relación con lo segundo, el lector podrá observar que mucho antes de que se conformara la figura de la exclusión, la obra de BELING ya había planteado los problemas fundamentales de la práctica probatoria ilegal y sus posibles soluciones.

Al lado de la traducción del texto de BELING, este libro comprende las contribuciones de KAI AMBOS y ÓSCAR JULIÁN GUERRERO P. El primero da un esbozo completo de las teorías y la jurisprudencia alemana sobre los tópicos que BELING trazó desde su época. En este ensayo, el lector podrá apreciar la evolución del tema hasta sus desarrollos más recientes. Se pretende transmitir una visión crítica de los aportes teóricos que han permitido una construcción conceptual desde la Constitución y la teoría de los derechos fundamentales más allá de los problemas meramente descriptivos de la discusión germana, pues la similitud de normas entre el modelo colombiano y el alemán permiten justamente el planteamiento de problemas similares para los casos de autoincriminación, intervenciones corporales o la protección de la esfera privada del ciudadano.

La contribución de AMBOS puede responder fundamentalmente una pregunta: ¿cuánto se ha avanzado en el tema desde que BELING expuso esta conferencia? La doctrina ha buscado justificación sobre la existencia de las prohibiciones,

sobre su ámbito de aplicación, sobre el fundamento constitucional de la prohibición de autoincriminación, sobre los elementos fundamentales para hacer una ponderación lo más objetiva posible, pero para ser realistas en un siglo de trabajo investigativo y de búsquedas jurisprudenciales, las soluciones planteadas llevan a nuevos problemas que hacen insatisfactorio el resultado para un ejercicio cabal de la administración de justicia penal o para el mantenimiento incólume de los derechos fundamentales del afectado. No obstante, ahí están las nociones del fin de protección de la norma, del ámbito de afectación del derecho personal del interesado, de la teoría de las esferas, de la restitución de derechos por violación de la autodeterminación informativa, solo para nombrar las más citadas. Pero el examen de cualquier apreciación teórica sobre esta cuestión conduce inevitablemente a los caminos de la ponderación y de sus dificultades como bien lo ha esbozado KLAUS ROGALL.

La contribución de ÓSCAR JULIÁN GUERRERO traza un inventario de las prohibiciones de prueba en la legislación procesal penal colombiana, partiendo de la Constitución y sus desarrollos en la ley procesal penal. El autor da pautas para reconocer el tratamiento de aspectos similares en el derecho continental y en el derecho anglosajón y la forma de asimilación de estos puntos por la legislación colombiana. Para los lectores estas contribuciones tienen un propósito clave: mostrar que el propio Código de Procedimiento Penal tiene toda una estructura de prohibiciones de prueba inexploradas. Sería deseable que la jurisprudencia constitucional y de casación reflexione sobre aspectos tan claves para el mantenimiento de los derechos fundamentales como el contenido *nemo tenetur se ipsum accusare*, la extensión de protección de la inviolabilidad domiciliaria o la vulneración del derecho a la intimidad frente a las exigencias del proceso penal.

Con estas anotaciones introductorias se abre paso a una discusión casi inexistente en Colombia por las razones anotadas, que en aras de sumarse al proceso acusatorio merecen toda la atención de la academia y la judicatura.

KAI AMBOS-ÓSCAR J. GUERRERO  
Göttingen-Bogotá  
Abril de 2009

## ÍNDICE GENERAL

	PÁG.
Presentación .....	VII

ERNST VON BELING

### LAS PROHIBICIONES DE PRUEBA COMO LÍMITE A LA AVERIGUACIÓN DE LA VERDAD EN EL PROCESO PENAL

KAI AMBOS

### LAS PROHIBICIONES DE UTILIZACIÓN DE PRUEBAS EN EL PROCESO PENAL ALEMÁN

1. Introducción: fondo teórico e histórico .....	59
2. Definición terminológica y sistemática .....	64
3. Prohibiciones escritas de utilización de pruebas, con especial referencia al § 136a III .....	70
A) El § 136a .....	70
a) Generalidades .....	70
b) Acuerdos .....	73
c) Destinatarios .....	79
d) Ardid o engaño .....	82
B) Vigilancia de telecomunicaciones y grabaciones secretas .....	87
C) Otras prohibiciones escritas de utilización de pruebas .....	91
4. Prohibiciones no escritas de utilización de pruebas .....	100
A) Intentos de explicación .....	100

	PÁG.
B) Ejemplos de prohibiciones de utilización de pruebas dependientes .....	112
a) Falta de instrucción del imputado .....	112
b) Instrucción deficiente de testigos con derecho a negarse a declarar o de dar ciertas informaciones .....	118
c) Ejecución ilícita de medidas coercitivas .....	122
C) Ejemplos de prohibiciones probatorias autónomas .....	142
5. ¿Efecto reflejo o extensivo? .....	145

ÓSCAR JULIÁN GUERRERO P.

## LAS PROHIBICIONES DE PRUEBA EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO. ANOTACIONES DESDE EL DERECHO COMPARADO

1. Introducción .....	153
2. El “nemo tenetur se ipsum accusare” en el ordenamiento procesal penal colombiano .....	159
A) La no autoincriminación como parte del derecho de defensa y el debido proceso en las normas rectoras del Código. ....	162
B) Deberes positivos de información y verificación por parte de los jueces y autoridades de persecución penal sobre el derecho a no declarar y a no inculparse .....	163
a) Información legalmente obtenida a efectos de imputación y detención preventiva .....	172
b) Interrogatorios y entrevistas en la etapa de investigación penal .....	175
c) Deber de advertencia al capturado .....	182
C) Deberes activos de información frente a personas que no tienen obligación constitucional o legal de declarar .....	183
2. Prohibiciones probatorias relacionadas con injerencias en los derechos fundamentales .....	196

	PÁG.
A) Intervenciones corporales .....	197
B) Afectaciones del derecho a la intimidad en el amparo domiciliario e intervención de comunicaciones .....	201
C) Utilización de agentes encubiertos e informantes ....	206
4. Las soluciones posibles y la vía de la ponderación .....	208

LAS PROHIBICIONES DE PRUEBA  
COMO LÍMITE A LA AVERIGUACIÓN  
DE LA VERDAD EN EL PROCESO PENAL

ERNST VON BELING



¡Distinguida audiencia!

La existencia humana, imperfecta como es, está ubicada entre la verdad y el error, y es por ello que todo el pensamiento humano es, en última instancia, una lucha contra el error, un esfuerzo por encontrar la verdad. Librar esta lucha constituye especialmente la vocación privilegiada del investigador científico, quien es *par excellence* un buscador de la verdad. Pero también la vida práctica enarbola su parte en la lucha contra el prejuicio y las tinieblas y aquí la administración de justicia ha de cumplir de nuevo y especialmente con la tarea del consciente y sistemático descubrimiento de la verdad. El siguiente discurso debe versar sobre la averiguación de la verdad procesal, pero de forma tal, que solo se tomará en consideración el proceso penal y se dejará de lado el proceso civil, dominado por reglas esencialmente distintas. Resulta justificado comparar la actividad de investigación procesal penal con la actividad de investigación del erudito. Una comparación de tal naturaleza no deja de ser bastante desfavorable al primero en un punto: el punto de los *límites* de la investigación. El fiscal y el juez penal no están en la afortunada situación en la cual se encuentra el investigador científico, quien puede investigar libremente y no *ex vinculis*. Es la ley misma, aquí o allá, la que cierra un camino. En una época en la que los postulados de ausencia de limitaciones, libertad, carencia de condicionamientos de la investigación científica están en boca de todos, mostrar las

limitaciones de la investigación de la verdad en el proceso penal puede ser del interés de un público muy amplio.

Las limitaciones que acabamos de mencionar se manifiestan en el hecho de que la ley incluso prohíbe a los órganos de la justicia penal la práctica de ciertas pruebas. Por suerte se trata de excepciones. Desde hace tiempo se ha establecido como regla el principio según el cual cualquier *hecho* relevante puede ser investigado y desde luego con todos los *medios* disponibles.

La ley procesal penal no enuncia este principio, lo presupone como obvio. La ley bajo ciertas circunstancias pone límites al esfuerzo de investigación: de esta manera afirma indirectamente que en todos los otros casos está permitido practicar cualquier prueba que sea pertinente. Así, el proceso penal está reconocidamente dominado por el principio de la investigación de la verdad material: únicamente la "verdad real" puede ser fundamento de una decisión, pero el juez no puede encontrarla si la busca por caminos marcados obligatoriamente de antemano. Si, para decirlo con GOETHE, él encuentra solamente "en imágenes multicolores poca claridad, mucha confusión y una pequeña chispa de verdad", ¿cómo puede atreverse a decidir justamente? Por tanto, el funcionario de la justicia penal *ad detegendam veritatem* puede en principio, sin prevenciones, penetrar con su antorcha en la más profunda oscuridad. Ninguna consideración personal, temor, prejuicio, respecto a los intervinientes en el proceso penal debe impedirle correr el velo. Todos los medios probatorios y cada forma de valoración están a su disposición. A efecto de incriminar al culpable o absolver al inocente, todo el reino natural puede ser procesalmente significativo: el loro que habla, la huella del dedo o de la

bota que delata al culpable, el cadáver e incluso el interior del cuerpo de una persona viva, etc. Todos los progresos de la técnica pueden y deben estar al servicio del proceso penal, el cual efectivamente también debe estar a la altura de los tiempos. La justicia moderna trabaja allí donde se da la oportunidad para ello, con fotografías y teléfono, fonógrafos y rayos x, con medidas antropométricas y análisis químicos<sup>1</sup>.

En el contexto de esta libertad investigativa en ejercicio de su actividad de persecución penal, el Estado procede sin restricciones en tanto no se limita él mismo. Solo el propio Estado puede gritar: "¡Alto!" en la actividad de investigación criminal. Y si lo hace parece no muy plausible. ¿Pero no sería deplorable, si a consecuencia de los obstáculos que el propio Estado crea, se impidiera el esclarecimiento de oscuros casos, y como resultado de ello siguiera la absolución de un culpable? ¿No sería todavía más deplorable, si a consecuencia de la penumbra, resultara condenado un inocente? A pesar de esto, en el derecho actual existen este tipo de restricciones "creadas por el mismo Estado y autoimpuestas". Yo las denomino *prohibiciones de prueba* y entiendo con este término normas jurídicas que o prescriben dejar de lado un determinado hecho (prohibiciones de prueba absolutas) o declaran inadmisibles ciertos medios de prueba (prohibiciones de prueba relativas).

<sup>1</sup> El aspecto técnico de la justicia penal, como es sabido, lo trabaja en la literatura sobre todo HANS GROSS (*Handbuch für Untersuchungsrichter; Archiv fuer Kriminalanthropologie und Kriminalistik usw.*). Esta transmisión de conocimientos técnicos a los juristas es por cierto meritorio, pero no constituye ciencia de la jurisprudencia.

Estas prohibiciones de prueba son completamente diferentes de las limitaciones que están ligadas al conocimiento humano. En efecto, sea de nuestro agrado o no, hay que aceptar que la investigación humana tiene sus límites naturales, que no llega hasta las estrellas. Por el contrario, las prohibiciones de prueba son limitaciones *autoimpuestas* al conocimiento. Se trata de aquellos casos en los que no se debe probar, y no de los que no se puede probar.

También hay que distinguir rigurosamente las prohibiciones de prueba de las *reglas de prueba negativas*. El antiguo derecho procesal común conocía numerosas disposiciones sutiles que ataban al juez a imposiciones en la determinación de los hechos: estas le decían bajo qué presupuestos tenía que considerar un hecho verdadero —reglas de pruebas positivas— o no verdadero —reglas de prueba negativas—. Por el contrario, el derecho actual proclama el principio de la libre valoración de la prueba: es cuestión de la propia convicción del juez considerar un hecho como verdadero o no. Por tanto, las reglas negativas de prueba (como las positivas) pertenecen básicamente al pasado. Pero su desaparición no ha afectado las prohibiciones de prueba. Hasta ahora sus rasgos específicos no han sido bastante reconocidos y con demasiada frecuencia se les ha confundido con las reglas de prueba negativas<sup>2</sup>. No obstante, existe

<sup>2</sup> En el manual no he esbozado de forma bastante firme la distinción entre prohibición de prueba y reglas de prueba. Esta confusión se encuentra también en GLASER, *Handbuch I*, 353. En casos específicos pueden surgir dudas relacionadas con el hecho de si una norma incluye prohibiciones de prueba o reglas de prueba. Como regla de prueba negativa será considerada, en contra de lo afirmado en el manual (párrafo 85 III c), entre otros, la exclusión de los proto-

una profunda diferencia entre la auténtica prohibición de prueba y la sencilla regla de prueba. La regla de prueba es una premisa de valoración probatoria, procede del propio derecho probatorio, opera con la prueba misma y con su proyección. En efecto, ella impide al juez creer en un hecho; por ejemplo, cuando existe un solo testigo, como era el caso del derecho antiguo, la regla no pretende en absoluto eliminar pruebas, sino que designa un camino como intransitable, pues teme que si se toma aquella vía, el caminante se extravíe con demasiada frecuencia. Distinto es el caso de la prohibición de prueba. Ella introduce en el derecho probatorio un elemento externo al no permitir posibilidad alguna de que se prueben los hechos de cierta forma. La prohibición de prueba cierra un camino que puede ser efectivamente viable y llevar con seguridad a la meta, lo cierra porque no hay que tomarlo, algo así como si el propietario de un terreno en los Alpes cerrara una vía escalada, pues no quiere que unos alpinistas molesten el reino de las cabras de la montaña. Por tanto, la prohibición de prueba no guarda relación con la utilidad o falta de utilidad de una producción de prueba a los fines procesales o con la libertad o la carencia de ella en la valoración de la prueba, no atribuye o resta fuerza probatoria a una prueba. Sus razones se encuentran en otro campo.

Por lo demás, se distinguen claramente las prohibiciones probatorias de las normas que tienen en la mira el prin-

---

colos no firmados por el juez en los casos de los §§ 250 y 253 de la ley procesal penal. Desde luego, es posible que la prohibición de prueba y la regla de prueba positiva vayan de la mano: "No investigar este o aquel hecho (o no mediante esta o aquella prueba) —prohibición de prueba—, sino considerar como cierto... —regla de prueba positiva—".

cipio de inmediación, y que por tanto excluyen las pruebas practicadas de manera indirecta; los preceptos formales que están destinados a garantizar la averiguación de la verdad y aquellos que difícilmente se pueden separar de los que acabamos de mencionar, que se refieren al “cómo” de la práctica de prueba (exclusión de las declaraciones de testigos que no hayan jurado, prohibición de la tortura, prohibición de interrogar al acusador privado o el acusado, etc.). En todos estos casos se trata de disposiciones que deben su origen a consideraciones internas del derecho probatorio e incluso a consideraciones que se refieren a la técnica de la prueba.

Este discurso no se encarga de estos temas. La discusión que sigue tiene que ocuparse solamente de la genuina prohibición probatoria, y por consiguiente de normas que se enfrentan directamente a la prueba.

Estas normas no se presentan, en su conjunto, de forma igualmente categórica. Algunas, sin embargo, pretenden validez por sí mismas y sin condicionamiento alguno, ellas implican prohibiciones probatorias *absolutas*. Pero otras vedan la práctica de prueba solo de manera condicional, es decir, solo en el caso en que la voluntad de una persona designada puntualmente en la ley se oponga a la prueba. Como ejemplo de una prohibición de prueba condicionada, se puede mencionar el principio jurídico que otorga a un testigo el derecho de negarse a declarar. Este principio implica algo más que la libertad de decisión frente a la obligación de declarar: implica imperativamente que de forma justificada el testimonio de quien se rehúsa a declarar no debe ser utilizado como prueba.

De antemano resulta claro que la ley debe haber tenido sus razones cuando le cierra al juez unas puertas por cua-

les él no debe pasar. Obviamente, las prohibiciones de prueba no pueden ser la creación de un impulso caprichoso o de un arbitrio tiránico<sup>3</sup>. Según el derecho procesal alemán vigente, se pueden distinguir seis distintas consideraciones que han condensado las prohibiciones de prueba. En primer lugar se encuentra la consideración por el interés superior del Estado, los intereses del servicio oficial y las relaciones de derecho internacional; en segundo lugar, la consideración de la posición privilegiada de la dinastía reinante ya convertida en histórica. Pero también ciertos intereses del ciudadano particular se verifican de conformidad con el derecho actual como limitaciones ante las cuales la investigación procesal penal debe hacer un alto, esto es, el interés jurídicamente protegido que constituye la *esfera de la personalidad*; a las relaciones de parentesco, a la conservación de los *secretos* que se hayan confiado en virtud de una relación jurídicamente protegida y, finalmente, a los intereses de la *propiedad privada*. De esta manera, se conciben otros cuatro grupos de prohibiciones de prueba.

## I

El primer grupo de prohibiciones de prueba procede del interés superior del Estado. De conformidad con los párrafos 53 y 72 de la ley procesal penal, los funcionarios públicos pueden ser interrogados acerca de circunstancias re-

<sup>3</sup> En lo relacionado específicamente con las prohibiciones de prueba testimoniales, se puede hacer referencia a la comparación de las normas del derecho privado que brindan las motivaciones del Código Penal (véase *Proyecto III*, §§ 42-45).

lacionadas con su deber de reserva<sup>4</sup>, únicamente con la autorización de sus superiores. No obstante, esta autorización puede ser negada solo cuando el informe pudiera conllevar perjuicio para el bien del "Reich" o de un Estado federado<sup>5</sup>; y según el § 96 del ordenamiento procesal penal, las autoridades y los funcionarios públicos no están obligados<sup>6</sup> a la presentación o entrega de actas o escritos que se encuentren bajo custodia oficial, cuando la autoridad superior adminis-

<sup>4</sup> Acerca de las circunstancias en la que el funcionario deba permanecer callado, la situación está determinada por el derecho administrativo de la función pública. Desde el punto de vista del juez, no existe disposición específica. Ellos tienen que mantener el silencio acerca de los procesos de consulta (que preceden la sentencia) (pero solamente en el marco del párrafo 53 del C. P.; acerca de la amplia concepción del tribunal del Reich, véase página 27, nota 4). Por el contrario, el secreto de oficio no tiene un tratamiento en la esfera de la publicidad. La obligación de silencio puede también ser relativa según la personalidad de quien pide información. Por tanto, habrá que suponer, de acuerdo con HINRICHSSEN (*Deutsche Juristische Zeitung*, pág. 137), y también VON HESSERT, *ibidem*, pág. 228, que el juez de la investigación penal no tiene deber de oficio de silencio frente al juez que conoce el caso (pues no puede darse ningún conflicto de intereses entre el Estado como instructor y el Estado como juzgador), mientras que en cualquier otro caso el juez de la investigación debe observar silencio.

<sup>5</sup> Esta prohibición de prueba constituye una novedad respecto del derecho penal común. Véase ZACHARIÄ, *Handbuch des Strafprozesses*, II, pág. 192.

<sup>6</sup> El párrafo habla sólo de "presentación" y "entrega" de actas, etc., pero entiende cualquier tipo de uso, mientras que no se aplica cuando los documentos, etc., se encuentran ya en manos de los órganos de justicia penal.



trativa declare que la divulgación del contenido de estos actos o escritos causaría un perjuicio para el bien del "Reich" o de un Estado federal. En el primer caso, se trata de una prohibición para utilizar a testigos o expertos como prueba; en el segundo, para utilizar documentos como prueba. Ambas prohibiciones están dispuestas por el bien del "Reich" o de un Estado federal, obviamente de manera distinta. La prohibición de prueba que se refiere a testigos y expertos es incondicionada, el funcionario público no debe ser interrogado sobre hechos que hacen parte de su obligación oficial de reserva. La prohibición se aplica por igual en caso de que el testigo o experto no invoque<sup>7</sup> la obligación profesional de reserva y de la misma forma cuando sus superiores del nivel más alto no formulen ninguna objeción en contra del interrogatorio. Únicamente la autorización expresa de la autoridad superior da vía libre al tribunal para proceder al interrogatorio. Distinto es el caso de la prohibición de prueba relacionada con los documentos que relaciona el § 96, que opera de forma condicionada a que la autoridad administrativa formule objeción. En un primer momento, el tribunal puede libremente admitir como pruebas los actos y documentos públicos en cuestión y la objeción de la autoridad administrativa simplemente lo impide. Pero la ley muestra claramente que ambas prohibiciones de prueba se fundamentan en el bien del Estado al asignar a la autoridad administrativa de la cual depende el funcionario público la tarea de autorizar la aprobación para el interrogatorio, siempre y

<sup>7</sup> No es pertinente la opinión del tribunal del Reich, Goldammers Archiv XLVIII 296. El tenor del § 53 del ordenamiento procesal penal dice claramente que la voluntad o deseo del testigo en absoluto puede ser el criterio decisivo.

cuando ello no implique perjuicio para el bien del Reich o de un Estado federal; y en el caso de la prueba relacionada con documentos al declarar relevante aquella objeción de la autoridad administrativa del máximo nivel jerárquico, que se apoya en la afirmación según la cual la divulgación de los actos o documentos conllevaría perjuicio para el bien del Reich o de un Estado federal. Con ello, los estados federales y el Reich quedan en pie de igualdad. Además, no importa solamente el bien del Estado cuyos funcionarios están sometidos a interrogatorio y cuyas autoridades deban entregar las actas, sino que la prohibición de prueba se aplica a todos aquellos casos en que uno de los estados alemanes, incluyendo el Reich, padecería perjuicio como consecuencia de la divulgación del hecho en cuestión, por ejemplo, en el caso en que la declaración de un funcionario *del Estado de Wuerttemberg* tuviera consecuencias negativas para el *Estado prusiano*.

Junto al bien del Estado, en el, apropiado y verdadero sentido de la palabra, también figura en la ley como fundamento jurídico de una prohibición de prueba la consideración por los intereses de la función oficial. En efecto, según el § 76 de la ley procesal penal, el interrogatorio de un funcionario público no procede cuando el superior del funcionario declara que el interrogatorio conllevaría perjuicio para el interés de la función. El interés de la función oficial es, por decirlo de alguna forma, como la edición en miniatura del bien del Estado. El interés de la función oficial puede, por ejemplo, oponerse al interrogatorio de un funcionario subalterno en su calidad de experto, porque el dictamen puede aparecer como asunto de un funcionario superior al cual el inferior se sienta obligado y la competencia de los subalter-

nos se perciba como inadecuada. El interés de la función oficial también puede oponerse al interrogatorio de un experto, en el sentido de que este experto es imprescindible para sus tareas administrativas. En este caso sería excesivo hablar de daño para el bien del Estado en sentido propio y no pasaría de ser alarde de erudición. Sin embargo, el bien del Estado y los intereses oficiales son conceptos *afines*. Los intereses de la función oficial pueden definirse como bien del Estado de segundo grado, como la utilidad o conveniencia del Estado, aplicada a las relaciones de servicio. Se requiere precisar el concepto en la medida en que el interés de la función oficial según la ley no tiene por qué ser un interés de servicio *estatal*; la prohibición de prueba protege también otras ramas del servicio público y especialmente el servicio *comunal*. Este último, por otro lado, es más débil en sus consecuencias respecto de la prohibición de prueba basada en expertos que se fundamentan en el bien del Estado en sentido restrictivo, pues es condicionado por la formulación de una objeción de la autoridad superior.

En una tercera variación encontramos la consideración del interés del Estado como fundamento de una prohibición de prueba. Esta vez se trata de la relación de nuestro Estado con potencias extranjeras. La consideración de la correlación de los Estados como factor de cultura y la necesidad de una convivencia ordenada ha producido, junto a otros innumerables preceptos del derecho internacional, también el precepto de que cada Estado respete bajo el fundamento de extraterritorialidad los funcionarios extranjeros y que de alguna manera emprenda actos de jurisdicción en contra de ellos o de sus bienes. Así por ejemplo, el Reich alemán no tiene el derecho ni de llamar al embajador francés como

testigo o como experto en un proceso penal, ni de practicar una inspección ocular en el edificio de su embajada, ni de registrar los documentos escritos de la misión francesa o el archivo de la embajada, etc. La inmunidad penal de las personas y bienes extraterritoriales comporta una prohibición de prueba y en realidad una prohibición absoluta: esta vale igualmente cuando las personas de que se trata no invocan este privilegio; la inmunidad decae y con ella la prohibición de prueba solamente, como es lógico, cuando el Estado al que pertenece la persona a consecuencia de la vigencia de la extraterritorialidad renuncia a mantener tal limitación<sup>8</sup>.

## II

Mientras que las prohibiciones de prueba que pertenecen al grupo que hemos ido comentando hasta ahora están fundadas en el interés del mismo Estado, la segunda clase de prohibiciones está arraigada en un privilegio de la jefatura del Estado que siendo monárquica cubre al jefe de Estado y los miembros de su familia.

El § 5 de la introducción a ley constitucional y el § 4 del ordenamiento procesal penal determinan en efecto que “con referencia a los príncipes territoriales y a los miembros de las familias de los príncipes territoriales, así como de los miembros de la familia de los príncipes de Hohenzollern, de la antigua casa real de Hannover, de las antiguas familias de príncipes electores de Hessen y de los duques de Nassau, las normas constitucionales y la ley procesal penal encuen-

<sup>8</sup> Según el derecho público del Estado extranjero en cuestión, se establece cuál es el órgano autorizado para renunciar; es posible que el mismo embajador, etc., lo sea.

tran aplicación solamente en la medida en que constituciones de la casa o leyes del Estado federal no contengan norma en contrario”.

Por tanto, constituciones de la casa de la dinastía real o principesca y las leyes del Estado federal están en condición de establecer prohibiciones de prueba en consideración a estas personas. De hecho, esto ha ocurrido en diversas circunstancias. Por ejemplo, la ley orgánica de Wuerttemberg, referida al artículo 2 de la ley procesal penal de 4 de marzo de 1879, prescribe: “El jefe de Estado no puede ser llamado a declarar”.

Normas análogas contiene el Código Procesal Penal revisado de Sajonia del 1 de octubre de 1868, artículo 228; el ordenamiento de Hessen de 7 de junio de 1879, etc. El sentido de estas disposiciones es claramente que la molestia que resulta ligada a una declaración se les ahorre a las personas privilegiadas. Se toma en cuenta también la desagradable sensación que causaría el interrogatorio en este caso y la evaluación tal vez muy delicada del valor de tal testimonio, que el tribunal no podría evitar. Esta prohibición suele estar establecida de manera incondicionada, es decir, que no se espera que quien tenga el privilegio lo invoque, sino que ni siquiera se le notifica. Si declara que quiere testimoniar, la prohibición cesa, aunque esto no esté definido con absoluta certeza<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> En efecto, si la prohibición de prueba procede del deseo de evitar la excitación desagradable de la opinión pública y prevenir que el tribunal evalúe el testimonio encontrándose tal vez en desacuerdo con la jefatura del Estado, básicamente puede reconducirse a la prohibición de prueba en el interés del Estado, no en el interés de los

### III

Por otro lado, también la *esfera de la personalidad del particular* se opone en medida significativa a la aspiración de averiguación de la verdad por los órganos de justicia penal. De allí resultan prohibiciones de prueba relacionadas con la persona del *inculpado*, pero también con la persona del *testigo*.

1. El antiguo proceso inquisitivo general trataba bastante mal la persona del imputado. Él era objeto de investigación y aún cuando su situación procesal con frecuencia ha sido esbozada con demasiados colores lúgubres, es con seguridad cierto que el respeto por su dignidad humana y en general por la esfera de su personalidad era un concepto desconocido de tal manera que en cualquier caso una práctica probatoria no requería hacer un alto frente a esta limitación. Ni siquiera el cuerpo y la vida del investigado estaban seguros ante las injerencias del proceso penal, pues la práctica de prueba por medio de la coacción de la tristemente recordada tortura era la prueba reina.

Actualmente el valor de la personalidad ostenta un alto precio. La personalidad ya no se sacrifica para conseguir una prueba *à tout prix* y no se impone un gravamen al inculpado. En primer lugar, está legalmente reconocido que el mismo imputado no está obligado a contribuir de forma positiva en su propia condena. De allí que él no está obliga-

---

miembros de la realeza, así que la sola renuncia a invocar su privilegio por el príncipe no pudiera modificar este estado de cosas (a menos que se le hubiera delegado un derecho de renuncia en nombre del Estado). La jurisprudencia de los estados federados brinda materia para muchas dudas en este campo.

do a declarar; no se le "interroga" en el sentido común de la palabra; es de su deseo si quiere dejarse interrogar o no. Si prefiere quedarse callado, no se puede ejercer ninguna presión para abrirle la boca. Tampoco tiene deber de revelar un hecho. Si esconde objetos relevantes para la prueba, las autoridades de persecución penal no los pueden tomar, sino a condición de un registro y secuestro ceñidos a la ley; la personalidad del imputado alguna manera puede ser sometida a coacción con la finalidad de persuadirlo a la revelación del lugar donde se encuentran las cosas o a la entrega por cuenta propia de las mismas.

El inculpado, de conformidad con lo sostenido hasta ahora, no está obligado a participar de forma *activa* en su propia condena, pero él queda en una desventaja mucho más grave en consideración a los actos procesales en los cuales él participa de forma puramente *pasiva*, como la parte que los sufre, así el debe tolerar, literalmente hablando, una inspección ocular de su persona. No puede protestar, cuando por ejemplo se examinen a profundidad las heridas o cicatrices que tiene en su cuerpo o si se observa con lupa un tatuaje que tiene en su humanidad; o si se toman medidas antropométricas o fotografías de su persona, se graba el sonido de su voz con un fonógrafo, se verifica con ayuda de rayos X que tiene un proyectil, etc. Esta obligación de tolerancia no puede ser extendida hasta el punto de negar la personalidad. Lastimosamente, la ley abandona a su propia suerte la respuesta a estas complejas preguntas. Pero con seguridad, a ello subyace al menos la duda fundamentada de si está realmente permitido, por ejemplo, cortar completamente el cabello al imputado contra su voluntad, cortarle la barba, etc. Cuando se trata de una injerencia que afecta la integridad

corporal, como introducción de dispositivos estomacales, suministro de un vomitivo o la práctica de una incisión (v. gr., una incisión por medio de la cual deba ser puesta a la luz una esquirola que el acusado de caza furtiva le propinó a otro), la duda debe elevarse hasta la certeza de que estas violaciones de la integridad personal no pueden ser admisibles sin el consentimiento del interesado. Incluso, cuando estas injerencias no tienen como consecuencia ningún daño *permanente*, siguen siendo un ataque a la personalidad. Si el derecho moderno se toma en serio la tarea de garantizar la esfera de la personalidad, resulta obvio que este principio fundamental debe extenderse también al derecho procesal penal, en la medida en que la ley no declara su contrariedad a él de forma inequívoca<sup>10</sup>.

2. Si en estos casos la prueba fracasa a instancias de la voluntad del inculpado, existen también otros casos en los cuales fracasa por la contraposición con la esfera de personalidad de un *testigo* que se opone y que según la ley hay que respetar.

Según el § 54 de la ley procesal penal, cualquier testigo puede rehusar la respuesta a aquellas preguntas, cuya contestación le implique a él mismo o a los parientes expresamente designados en la ley el riesgo de una persecución jurídico penal<sup>11</sup>. En consecuencia, si el testigo se rehúsa dar la información, el tribunal no puede seguir la investigación;

<sup>10</sup> *Rosenfeld Reichstrafprozess*, pág. 281, quiere excluir solamente aquello que conlleva daño permanente. Véase por otro lado BELING, *Zeitschrift. für Strafrecht-Wissenschaft*, vol. xv, pág. 471.

<sup>11</sup> Esta norma se puede aplicar de forma análoga a los peritos según el § 76 de la Ordenanza Procesal Penal.



la prueba en este sentido está prohibida. El carácter de esta norma sería aún más significativo, si el derecho de rehusarse a contestar le correspondiera no solo al testigo al que se amenaza con la persecución penal en virtud de su respuesta, sino también a los que se amenazan únicamente con el perjuicio o la deshonra, como era el caso en el derecho antiguo, por ejemplo, en la ley procesal penal de Sajonia, artículo 222 y como es el caso actual en el ordenamiento procesal civil de conformidad con el § 384. Si la ley reconoce como válido que el testigo invoque la deshonra que lo amenaza, esto significa la clara expresión del más amplio respeto por la esfera personal del individuo; en este caso la ley prefiere renunciar al medio de prueba (el testigo) que exigirle deshonrarse a sí mismo por su declaración. Pero también cuando, como en el proceso penal alemán actual, solo el peligro de ser perseguido penalmente que amenaza al testigo justifica el derecho de negarse a declarar, el fundamento jurídico de este derecho puede encontrarse solo en el respeto por la personalidad. No se puede suponer que la personalidad acepte espontáneamente la humillación de denunciarse a sí mismo o a un familiar. Es posible que en la formulación de esta norma desempeñe algún papel como reminiscencia también esta otra consideración: un testigo enfrentado a la alternativa de decir la verdad y entregarse o entregar a un familiar al juez, o de mentir, resulta sospechoso. Su testimonio no vale mucho en consideración al dilema en que se encuentra. En este caso, nos encontraríamos frente a una regla y no a una prohibición de prueba. Pero esta reflexión no puede brindar la verdadera justificación para la prohibición, pues incluso el testigo sospechoso está sometido a interrogatorio en el derecho vigente, de tal manera que el juez considerará,

conforme al principio de la libre valoración de la prueba, que valor atribuir a su testimonio. Además, si se trata de una regla de prueba, resulta contradictorio que se escuche al testigo si se declara preparado para testimoniar. Si el legislador se hubiera dejado guiar por la circunstancia de que se deben evaluar con prudencia las declaraciones de este tipo de testigos, enfrentados a un dilema, y si por esta razón hubiese querido evitar su utilización como pruebas, hubiera tenido consecuentemente que excluir del todo a cualquier testigo sospechoso, sin tomar en cuenta si estaban preparados para testimoniar o no. Pero, como no es así y es más bien el testigo mismo quien decide si quiere declarar o no, la norma que estamos examinando —§ 54 de la ordenanza procesal penal— debe agradecer su origen no a la desconfianza contra el testigo, sino al respeto por su personalidad. Por tanto, se trata de una verdadera prohibición de prueba. La ley cree que así se pueden conseguir verdaderos éxitos probatorios, pero al mismo tiempo prohíbe cierta práctica.

Paralela a esta prohibición de prueba corre otra. En efecto, si la ley toma frente a los testigos la precaución de que no tengan que revelar nada contra su voluntad que pudiera entregarlos al juez penal, de forma consecuente tampoco puede exigirles que participen en la práctica de prueba que implique la *entrega de objetos*, ya que por esta razón atraerían sobre sí o sobre familiares cercanos la persecución penal. Sin embargo, está permitido utilizar el objeto en cuestión para fines probatorios en la medida en que se puede conseguir aun sin que el testigo ayude de manera activa; en otras palabras, el registro y la incautación son lícitas también cuando el testigo utiliza el derecho de rehusarse a declarar

conforme al § 54 de la ordenanza procesal penal<sup>12</sup>. Por el contrario, la ley no exige que los mismos testigos revelen dónde se encuentran tales objetos o que ellos mismos los muestren y entreguen, es decir, no existe para ellos la declaración coactada, como declara expresamente el § 95 sección 2<sup>13</sup>. También en este caso, por tanto, nos encontramos frente a la renuncia (condicionada) a una forma de prueba que no es completamente intransitable, sino que por el contrario pudiera prometer un éxito extraordinario.

#### IV

Otro grupo al que le asiste el derecho de negarse a declarar nace de las relaciones de *parentesco*. Según el § 51 de la ley procesal penal están autorizados a rehusarse a declarar el novio, el esposo, padres e hijos de los acusados y algunos otros familiares cercanos<sup>14</sup>. También en este caso se trata de una prohibición condicionada: cuando el novio, el esposo, etc., del imputado ejercen su derecho de negarse a declarar, debe impedirse la continuación de investigación con fundamento en esta prohibición. Nuevamente, como en los casos discutidos anteriormente, pudiera aparecer la idea de una regla de prueba, como si la ley no quisiera tener un

<sup>12</sup> Exceptuando, como es obvio, la norma particular del § 97 de la Ordenanza Procesal Penal.

<sup>13</sup> Se ha de distinguir tajantemente entre la obligación de aceptar el secuestro de objetos y la obligación editada, la cual ya se encuentra expresada claramente en la ley procesal penal de Wuerttemberg de 1848, art. 229.

<sup>14</sup> Esta norma se puede aplicar de forma análoga a los peritos según el § 76 de la Ordenanza Procesal Penal.

testimonio por la desconfianza en los vínculos afectivos cercanos con el imputado. Antiguos ordenamientos sin duda se dejaron guiar por esta consideración, pero llegaron consecuentemente a una exclusión *absoluta*, independiente de la voluntad del testigo. Es el caso del derecho romano: *parentes et liberi invicem adversus se nec volentes ad testimonium admittendi sunt*, afirma libro 6 de *testibus* 4,20<sup>15</sup>. La razón para excluir el testimonio de los familiares lo enuncia PAULUS, (sent. V 15 párrafo 3), en estos términos: *Quia rei verae testimonium necessitudo personarum plerumque corrumpit*. Por consiguiente, aquí el fundamento realmente enunciado es la falta de credibilidad del testimonio de parientes sin que exista una auténtica prohibición de prueba. Solo que en el caso del derecho romano puro autores posteriores han expresado su escepticismo acerca de si la razón indicada por PAULUS fuera la verdadera razón para brindar un tratamiento distinto a los familiares como testigos<sup>16</sup>. En el derecho procesal penal alemán común, la apreciación teórica aclara cada vez más el asunto en el sentido de que los familiares tienen que ser sometidos a un tratamiento especial no porque se desconfié de ellos, sino por ellos mismos. Este cambio de perspectiva se percibe claramente en lo que escribe sobre este punto ROSSHIRT en 1846<sup>17</sup>:

“Nosotros observamos en ella (es decir en la norma del derecho romano), dice él, desde el punto de vista moral *una noble valoración de la tierna relación* que los parientes men-

<sup>15</sup> Véase también I.3, § 5 D. de *testibus* 22,5: “quidam propter reverentiam personarum ... admittendi non sunt ad testimonii fidem”.

<sup>16</sup> Así ZACHARIÄ, vol. II, pág. 187, nota 17.

<sup>17</sup> *Zeitschrift für Strafverfahren*, N. F. III 114.

cionados guardan mutuamente. En esta forma de concebir el problema, la expresión de PAULUS en las palabras *quia ... corrumpit* no cambia para nada esta concepción, pues en su contexto, a lo expresado por PAULUS le puede ser atribuido muy seguramente el significado de que en razón a la preocupación de que otorgue una declaración falsa en relación con las personas con que se tienen vínculos naturales, los ascendientes y descendientes no tienen por qué ser puestos para nada en una situación de contradicción interna y desagradable, aun si lo fuera solo para el íntimo sentimiento”.

Este punto de vista también se ha acuñado claramente en la exposición de motivos del proyecto de ordenanza procesal penal<sup>18</sup> que desde la concepción observada supone “*que es mejor renunciar a un medio de prueba que exponer a un pariente cercano del imputado a la tentación de cometer perjurio para ayudarlo*”.

Pero, si la consideración por el testigo mismo era la razón principal para un tratamiento especial, no se justifica que el pariente *dispuesto a declarar* también deba ser excluido del deber de testimoniar. Sin embargo, muchos doctrinantes permanecieron fieles aun en el derecho común a la exclusión absoluta del testimonio de familiares<sup>19</sup>; lo reconfirmaron también leyes más recientes, como el *Code Pénal* (arts. 156, 189 y 322) e igualmente la ordenanza procesal penal de 1856 de Frankfurt (art. 79). Pero al final prevaleció la concepción según la cual no se interroga al pariente bajo la gra-

<sup>18</sup> Motivos del Proyecto III, con referencia al § 42.

<sup>19</sup> Véase C. J. A. MITTERMEIER, *Theorie des Beweises* 1834 310; ROSSHIRT, ob. cit., pág. 113; GEIB, *Geschichte des römischen Criminalprozesses*, pág. 626; ZACHARIÄ, vol. II, pág. 187.

vedad del juramento, cuando este no quiere declarar, y este es también el punto de vista de la ordenanza procesal penal vigente. Así la anterior regla de prueba resulta superada y se obtiene una prohibición de prueba relativa<sup>20</sup>. La ley no le impone al familiar del imputado la calidad de un sospechoso, cuyo testimonio tiene muy poco valor, y por tanto no se debe recaudar, sino que prescribe con claridad la posibilidad de renunciar a los testimonios de familiares, incluso cuando no sean sospechosos, para no crear una situación muy penosa al testigo que desea declarar voluntariamente. La vía no se considera intransitable, sino que se prohíbe a pesar de su viabilidad. Esto no se contrapone con el hecho según el cual al juez le está permitido desconfiar de los testigos que sean familiares del imputado y dispuestos a declarar —es decir, en los casos en que la prohibición de prueba no se aplica en razón de su carácter relativo y no ab-

<sup>20</sup> La prohibición de prueba vale sin distinguir si la materia objeto de prueba es una circunstancia de cargo o descargo del imputado. Vale también cuando el familiar es la única prueba (en el caso del derecho común ZACHARIA, vol. II, pág. 190 quería que la interdicción cesara en el caso en que padres e hijos estuviesen uno en contra de otro como imputado y damnificado, pues de otra manera el procedimiento legal y el castigo del culpable resultarían imposibles de antemano y la intención de la ley no puede haber sido esta). La prohibición de prueba vale también en contra de lo que desea el imputado. Hay dudas acerca de si la prohibición de prueba se extiende también a los familiares del denunciante privado. Normalmente esto se niega para la *lex lata*, véase LÖWE 5 con referencia al § 51; se admite para la *lex ferenda*, véase BRETTNER, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, vol. XLI, pág. 20; KRONECKER GOLTD, Arch. XXXIII 26; GORDEN, *Ztsch. f. Str.-R.-Wissenschaft*, vol. XVIII, pág. 565; KADE, *Privatklage*, vol. 57.

soluto—, en la medida en que no tiene que exigir juramento (Ordenanza Procesal Penal, § 57).

Por otro lado, al igual que para el derecho de rehusarse a dar información contenido en el § 54 de la Ordenanza Procesal Penal, también en este caso al derecho de rehusarse a rendir testimonio corresponde la prohibición de ejercer coacción *editada* sobre el testigo, es decir, el juez no debe forzar a los familiares del imputado a presentar objetos que pudieran ser útiles para los objetivos del proceso penal (Ordenanza Procesal Penal, § 95, apartado 2), pero en cualquier caso están autorizados el registro y secuestro de tales objetos también frente a los familiares del imputado.

## V

El mismo beneficio que disfrutaban los familiares del imputado—y así llegamos a un quinto grupo de prohibiciones de prueba—ampara a ciertas personas cuyas bocas están cerradas por un deber de confidencialidad.

1) Así, según el § 52 de la Ordenanza Procesal Penal los sacerdotes tienen la facultad de rehusarse a declarar sobre aquello que se les haya confiado en el contexto del consejo espiritual; es la denominada protección del secreto confesional. Hoy esta prohibición de prueba es relativa. La negativa a declarar depende de la explicación del clérigo. El derecho canónico prohíbe de manera absoluta el interrogatorio de los sacerdotes acerca de lo que les ha sido confiado en la confesión<sup>21</sup>. Conforme a las estipulaciones del derecho canónico, están la Ordenanza Procesal Penal de Baden

<sup>21</sup> C. 2 d. 6 de *poenit.*; cap. 12, IX de *poenit.* 5, 38; cap. 18. x de *excess. Praelat.* 5,31.

de 1864, de Hessen de 1865, de Wuerttemberg de 1868 y la reformada de Sajonia de 1868<sup>22</sup>. La ley Procesal Penal imperial se ha alejado conscientemente de estas normas y hace depender la admisibilidad o inadmisibilidad del interrogatorio de la disposición o no disposición del clérigo para declarar<sup>23</sup>. Pero sería muy equivocada la interpretación según la cual la ley concede al testigo desmentir el conocimiento obtenido en el ejercicio de salvación espiritual, en otras palabras, la interpretación de que la ley lo autoriza a afirmar falsamente que nada sabe. Si un sacerdote tuviera un conocimiento conseguido en la confesión y se atreviera a afirmar que no sabe nada, sería perjurio y de nada le serviría invocar la construcción de la teología católica según la cual no es el confesor quien escucha lo que se confiesa, sino Dios mismo. Así, la ley procesal penal considera el secreto confesional en la medida en que se le otorga al clérigo un derecho a *permanecer en silencio*: el sacerdote no necesita declarar<sup>24</sup>.

2) De la misma manera están autorizados a rehusarse a declarar los defensores del imputado acerca de lo que se les haya confiado en el ejercicio de esta función de conformidad con el § 52 de la ley procesal penal<sup>25</sup>; lo mismo vale

<sup>22</sup> Ordenanza Procesal Penal de Baden, § 105; de Hessen, art. 129; de Wuerttemberg, art. 142, de Sajonia, art. 213.

<sup>23</sup> Los fundamentos para ello están presentados en la exposición de motivos del proyecto III, §§ 42-45.

<sup>24</sup> Véase mi manual, pág. 351, nota 56.

<sup>25</sup> ZACHARIÄ, vol. II, pág. 194 querría liberar al defensor del testimonio solo en lo que se refiere a aquellas percepciones y confianzas "cuya comunicación empeoraría la posición del imputado". Esta limitación no está prevista en el § 52 de la Ordenanza Procesal Penal.



3) Para abogados y médicos acerca de lo que se les haya confiado en el ejercicio de su oficio<sup>26-27</sup>.

El círculo de las personas que están habilitadas para rehusarse a declarar está estrechamente restringido: únicamente el sacerdote, el defensor, el abogado, el médico en persona tienen derecho, no así su personal auxiliar como sacristanes, escribientes, etc.<sup>28</sup>. Además, es obvio que cada uno de los aquí mencionados tiene derecho a rehusarse a declarar únicamente con respecto a los hechos que les hayan sido confiados personalmente, pero no sobre hechos confiados a su antecesor o que él haya llegado a conocer por otras vías<sup>29</sup>. Por otro lado, el derecho a permanecer en silencio se extiende más allá del tiempo de ejercicio de la profesión, también el sacerdote retirado, el médico que ha dejado de ejercer, etc., están autorizados a seguir conservando los secretos que les fueron confiados en su momento.

En este caso se trata de hechos que han sido “confiados”, es decir, que una persona ha comunicado a otra con fundamento en una relación de confianza y esperando que

<sup>26</sup> Esta liberación del deber para abogados y médicos era desconocida en el derecho común y en los ordenamientos procesales penales particulares. ZACHARIÄ, vol. II, pág. 193.

<sup>27</sup> Este derecho de rehusarse se puede extender a los peritos según el § 52 a pesar del § 76 de la Ordenanza Procesal Penal, pues la revelación de secretos que hayan sido confiados puede tener lugar solo en el marco del testimonio, pero no en los resultados del dictamen.

<sup>28</sup> El art. 213 de la ley sajona exceptuaba además del abogado también a “aquellas personas que colaboran en su expedición”.

<sup>29</sup> Apropiados la OLG Zweibrücken, Seufferts Archiv Bd. LVII 474 (con referencia al § 383 del C.P.O.).

aquel mantenga la boca cerrada<sup>30</sup>. Evidentemente, el interés en el silencio no reside en la persona de confianza, sino en el tercero del cual procede la información. Por esta razón, el derecho de rehusarse a dar testimonio cesa cuando esta tercera persona revela el secreto, es decir, cuando autoriza al testigo a hablar. El derecho positivo prescribe conforme a eso que el defensor, los abogados y los médicos no pueden negarse a declarar, cuando son desvinculados de la obligación de mantener el silencio de conformidad con el § 52 inciso 2. Que para sacerdotes no esté prevista la misma norma, es difícilmente justificable.

<sup>30</sup> Desde este punto de vista, no tiene ninguna importancia si el mantenimiento del secreto ha sido prometido por la persona de confianza. Pero siempre tiene que tratarse de una transmisión del saber de una persona a otra. Por tanto, es plenamente justificado que en términos muy generales el "confiar un hecho" en el sentido del § 53 se defina como "comunicación confidencial", así LÖWE, 2, con referencia al § 52; Gaupp Stein II, Petersen-Anger 4, Loth. Seuffert 6 con referencia al § 383 C.P.O. De manera distinta juzga el O.L.G. Zweibrücken in Seufferts Archiv, t. LVII, pág. 474, que declara autorizado al sacerdote a rehusar su testimonio acerca del hecho de haber recibido donaciones para la iglesia. Esta interpretación implicaría que el sacerdote estuviera autorizado a rehusarse a declarar acerca de acciones humanas de todo tipo de las cuales haya tenido conocimiento en el ejercicio de la cura de almas, con la sencilla condición de que fueran comunicadas confidencialmente, y que el mismo principio tendría que valer para defensores, abogados y médicos. Pero así se pasarían completamente los límites del concepto de "confiar un hecho". No se puede, por ejemplo, hablar de "confiar un hecho" cuando A ofende a un tercero confiando en el silencio de B; en este caso se "confía" en la otra persona, pero no se le "confía un hecho"; y si se da a otra persona un objeto, se le confía la cosa, pero no "un hecho".

La autorización para hablar que el tercero imparte al testigo obviamente no es un fenómeno procesal, sino algo que se produce detrás del escenario. La administración de justicia se funda en la declaración del mismo testigo. Si declara que no quiere testimoniar, hay que ahorrarle más preguntas acerca del tema de prueba, a menos que sea expresa una autorización del tercero para declarar. Si por el contrario, el testigo expresa que está dispuesto a declarar, se admite la prueba sin considerar si aquel cuenta o no con la aprobación del tercero. A pesar de que cuando el testigo habla vulnera de la manera más evidente la confianza que la tercera persona había depositado en él, el tribunal no necesita preocuparse por esta deslealtad y puede y debe interrogar como testigo al sacerdote, al defensor, etc., que sin ser autorizados revelan el secreto<sup>31</sup>. No se podría afirmar tajantemente que esta regulación resulte adecuada. Aquí se enfrentan así dos intereses contrapuestos: el tercero que ha confiado el secreto a quien puede ser testigo y el Estado que

<sup>31</sup> La obligación de reserva que la persona de confianza tiene frente al que le confió algo —§ 52 abs. 2 Ord. Proc. Pen.—, y cuya violación incluso está sancionada —C. P., art. 300— desaparece cuando el tribunal desea el testimonio, es decir, existe solamente para relación extraprocesal; en el proceso existe solamente un derecho al silencio de la persona de confianza. En el caso de la *lege lata*, no hay dudas acerca de eso y se trata también de la opinión general de la jurisprudencia, véase LÖWE, 18, Stenglein 11 con referencia al § 52; GEYER HOLTZEND, Handbuch, I, 279; GLASER, Handbuch I, 533, BINDING, *Grundrisse des Strafprozesses* § 81 V B 2 a 8. 152; decisiones del tribunal del Reich in *Str.-S.* XIX, 364; véase también C. J. A. MITTERMEIER, *Das Deutsche Strafverfahren*, vol. I § 67 notas 23 y 24. En el caso de *lege ferenda*, la cuestión está muy controvertida; véase en el texto más arriba.

quisiera conocer el secreto. Pero no se entiende por qué el testigo que no tiene un interés directo deba decidir si mantiene o no el secreto. O la relación de confianza le merece al Estado todo el respeto, y entonces no puede vulnerarla por medio de la persona de confianza de forma caprichosa y arbitraria, o definitivamente no le parece tan importante al punto de que la averiguación de la verdad procesal deba sufrir a causa de ella y entonces no puede renunciar por amor al oficio a penetrar en el secreto que posee la persona de confianza. ¡No importa la persona a la que se le enteró del secreto, sino la persona que lo confió! ¡La prohibición de prueba protege al segundó, no al primero!

Es obvio y el § 95 inciso 2 del ordenamiento procesal penal lo afirma de forma directa que también en este caso, como en el del derecho de rehusarse a rendir testimonio para las personas que hemos mencionado, se suma el derecho de negarse a revelar el lugar donde se encuentran objetos, es decir, que también en este caso se debe admitir que no procede el registro bajo coacción. Aquí obviamente la preservación de objetos sujetos a registro debe permanecer limitado a aquellas cosas cuya entrega implicaría para el testigo revelar deslealmente un hecho que le ha sido confiado en el ejercicio de su función garantizada por la ley<sup>32</sup>. En este caso

<sup>32</sup> Distinta la opinión de LÖWE, 3 b, con referencia al § 95: depende de si el sacerdote, u otro ha recibido o no el objeto de que se trata en su calidad profesional especificada en el § 52. Pero de esta manera no se establece un verdadero paralelismo entre el § 52 y el § 95, apartado 2. No puede tener importancia la manera en que se ha recibido el objeto. Por un lado, se puede imaginar muy bien que declinar cualquiera responsabilidad respecto de un objeto recibido en ejercicio de la actividad profesional en absoluto viola la obligación al

se deberá incluso ir más allá y considerar que está *prohibido* buscar e incautar *anotaciones acerca de lo que se confió* a sacerdotes, defensores, abogados y médicos, es decir, estas personas no solo no deben *participar activamente* en la función de que las autoridades se apoderen de estos objetos, sino que sin su consentimiento, la autoridad de *ninguna manera* puede buscar y apropiarse de tales anotaciones. Desde luego, la praxis no renuncia a ejecutar registros y secuestros de estas cosas. Si, por ejemplo, un médico se rehúsa a declarar acerca de las informaciones confidenciales que el paciente le ha comunicado, se toma sencillamente el historial de registro clínico y se instruye lo que sea necesario con fundamento en las notas que estén contenidas en el documento<sup>33</sup>. Hasta ahora nadie ha cuestionado esta praxis, pero hay que considerarla inadmisibles. En efecto, esta práctica desquicia el derecho de rehusarse a declarar explícitamente reconocido a sacerdotes, médicos, etc. Aquí debe aducirse que si aquella praxis estuviera conforme a la ley, podría resultarle conveniente al asesor espiritual, al médico, etc., tomar el menor número de notas posibles acerca de aquello que se les haya confiado. Tampoco hay que destacar que la incautación de los libros representaría una no-

---

secreto (pues la cosa no revela nada, p. ej.); y por el otro, contrariamente el sacerdote, al declinar cualquier responsabilidad por la entrega de un objeto que ha recibido fuera del marco de la cura de almas, etc., permita aclarar los hechos que había de mantener en secreto. Para conformarse con el sentido de la ley, hay que autorizar en el primer caso la autoincriminación coaccionada por el objeto y excluirla en el segundo. Las conclusiones de LÖWE son para ambos casos contrarias.

<sup>33</sup> Es, por ejemplo, la opinión de LÖWE, 3b al § 95.

table molestia para el médico, etc., de tal manera que son igualmente inconvenientes que se deben tener en cuenta. Pero lo que aquí debe ser decisivo es la carencia de lógica en una situación en la que se pretende con todo tacto dispensar al testigo de la obligación de revelar el secreto por su propia cuenta y al mismo tiempo arrancárselo sin esta consideración y coactivamente. Con la misma lógica, al bandido que renuncia generosamente a la extorsión, le estaría permitido procurarse el bolso que esté a la mano mediante el hurto. Si el Estado es serio con el respeto de los derechos de los sacerdotes, médicos, etc., debe no solo renunciar de plano al testimonio de estas personas, en tanto está relacionadas con el secreto, sino aún más ;renunciar directamente a invadir este campo vedado! Por tanto, está conforme con el sentido del § 52 de la ley procesal penal proteger los datos sobre hechos que constituyan secreto, es decir, existe una prohibición de prueba absoluta frente a la obtención de tales notas, en la medida en que el mismo sacerdote, el mismo médico, etc., no dan su consentimiento para su registro e incautación<sup>34</sup>.

<sup>34</sup> Según las explicaciones que el texto brinda, los testigos mencionados en los §§ 51 y 54 no están protegidos frente al registro e incautación en lo que toca a sus notas, pero sí lo son los del § 52. ¿A qué obedece esta discrepancia? La respuesta es sencillamente que el derecho de rehusarse a declarar de los §§ 51 y 54 sencillamente pretenden ahorrar al testigo el conflicto de sentimientos en que podría encontrarse si se le exigiera actuar en el proceso, mientras que el derecho del § 52 quiere proteger el secreto en sí mismo. La diversidad de estas motivaciones jurídicas tiene naturalmente que producir distintas consecuencias importantes.

## VI

A los cinco grupos de prohibiciones de prueba discutidos hasta ahora se suma en sexto lugar otro que procede de la inviolabilidad que actualmente le está garantizada a la *propiedad privada*. En efecto, si el derecho procesal penal permite a las autoridades poner a disposición del proceso penal objetos que se encuentran en la propiedad privada, sería muy difícil que de este principio se siguiera que cualquier injerencia en la esfera de lo privado resulte admisible sin ninguna limitación. La ley calla ante esta pregunta compleja, por lo que para dar una solución, recurrimos a los principios generales. Es fácil reconocer la extensión del problema. Por ejemplo, si se ha despertado la sospecha de que el imputado de homicidio ha sepultado en alguna parte en su hacienda el cadáver del occiso. ¿Puede permitírsele a la autoridad excavar por todas partes, la tierra y el piso, para buscar el cadáver? ¿Puede la autoridad destruir una abundante cosecha de trigo para tal efecto? Otros puntos de partida existentes para el mismo aspecto son: si hay indicios de que el inculpa-do de hurto ha empotrado el dinero robado en una pared de su casa, ¿puede la autoridad demoler la casa en la búsqueda del dinero? Si un comerciante es sospechoso de que ha vendido ron de imitación como si fuera auténtico, ¿puede la autoridad inutilizar o destruir todas las existencias de ron, debido a la investigación química de autenticidad o inautenticidad? Finalmente, si se ofrece como el único medio para establecer si el imputado se deshizo de un billete de banco robado dándoselo a comer a un animal de propiedad de un tercero, ¿puede permitirse sacrificar el animal? Es obvio que todas estas injerencias en la esfera de la propiedad es-

tán permitidas si el propietario da su consentimiento. Pero ¿qué pasa si se niega? La respuesta, en el sentido de nuestro actual derecho culturalmente desarrollado, es una sola: *la propiedad por principio es inviolable*; la injerencia en esta esfera es procedente únicamente dentro de los límites explícitamente permitidos por la ley. Cada silencio, cada imprecisión de la ley ha de interpretarse *en favor* del propietario. Las disposiciones procesales permiten que se le sustraiga la tenencia de la cosa a quien legítimamente la posee allí donde las finalidades procesales lo exijan, pero no se afirma en lo más mínimo que se pueda alterar la sustancia de la cosa o que el empleo procesal pueda permitir una inutilización de la cosa o incluso una expropiación. Por tanto, la autoridad judicial puede efectuar inspecciones oculares o practicar pruebas documentales siempre y cuando *salva rei substantia*, es decir a menos que el propietario de la cosa contra quien proceda la injerencia no levante ninguna objeción<sup>35</sup> —una clara prohibición de prueba.

\*\*\*

Todos los grupos de prohibiciones de prueba que hemos mencionado, por distintos que sean en su origen y alcance, tienen en común sin excepción que son prohibiciones *relativas*, es decir, no le cierran definitivamente a los tribunales el acceso a los hechos, sino el camino que *de una*

<sup>35</sup> En algunos casos, las autoridades pueden optar por otro camino. Si, por ejemplo, el imputado de adulteración de géneros alimenticios se niega a que la autoridad tome pruebas químicas en su negocio, hay que comprarle la cantidad necesaria para un muestreo, que está obligado a vender según el párrafo 2 de la ley imperial del 14 de mayo de 1879.



*u otra manera* lleva a ellos, para decirlo sin metáforas, vedan *uno u otro* medio de prueba. Fuera de los medios de prueba prohibidos, existen otros medios, permitidos, con los cuales la administración de justicia puede llegar al esclarecimiento necesario<sup>36</sup>.

Por otro lado, complementando el cuadro, a una prohibición de *prueba absoluta* muy importante se añade la prohibición relativa. Según el § 251 del ordenamiento procesal penal, “las declaraciones de un testigo interrogado antes

<sup>36</sup> Esto vale, lo que en un primer momento pudiera aparecer dudoso, también para las prohibiciones de prueba del § 54 del ordenamiento procesal penal. Aquí se protege el secreto en sí mismo, pero solo como secreto en la persona del hombre de confianza, véase antes pág. 18; solo esta está protegida frente al empleo para finalidades procesales. No hay ningún obstáculo a que se interroge como testigo por ejemplo, una cuarta persona que ha escuchado la comunicación confidencial de la tercera persona al sacerdote; incluso la persona que confía el secreto está obligada a testimoniar acerca de su secreto en la medida en que puede ser testigo (cuando, por ejemplo, no es él mismo el imputado, etc.).

Todos los derechos que permiten rehusarse a declarar son, por así decir, absolutamente personales. El secreto de testigo reconocido como legítimo ya no es un secreto de testigo reconocido por la ley, cuando es de segunda mano. Así interpreta también GLASER, *Handbuch*, I 513; LÖWE, 9 con referencia a los § 51-54. Si el familiar del imputado ha relatado a otros la circunstancia, si el médico o el sacerdote “han hablado fuera de lugar”, si alguien ha comunicado un hecho a una tercera persona —hecho acerca del cual pudiera negarse a dar testimonio conforme al § 54—, las personas que han recibido esta información están obligadas a testimoniar. Este principio admite una modificación solo en el caso del § 251. Véase antes en el texto página 25, nota 4.

de de la vista principal, que solo hiciere uso en la vista principal de su derecho de rehusarse a declarar, no pueden ser leídas”.

Esto significa que si un testigo tiene el derecho de rehusarse a declarar y no ha ejercido este derecho en un interrogatorio anterior en el transcurso del proceso, pero con ocasión de otro interrogatorio en el mismo proceso aquel se rehúsa a declarar, aquella declaración anterior tiene que considerarse *pro non facta* y el rechazo a rendir testimonio que se produce después tiene que considerarse eficaz *ex tunc*<sup>37</sup>. Por tanto, la declaración anterior que el testigo ha producido es un fruto prohibido del cual la justicia no puede comer. Lo que el testigo ha dicho con anterioridad no se puede tocar, queda absolutamente vedado para erigir prueba; este tema de prueba, por consiguiente, no llega a tener *ninguna* entidad y todos los medios de prueba para investigar lo que ha declarado el testigo resultan inadmisibles; esta es una prohibición de prueba absoluta. No sólo es inadmisibles leer el protocolo relacionado con la declaración anterior, sino también interrogar como testigos al personal que recibe la información, delante de los cuales el testigo declaró, en particular a jueces de investigación y escribientes. Es difícil entender cómo el tribunal imperial ha permitido el interrogatorio del personal de la administración de justicia —una sentencia contra la cual se ha declarado casi toda la crítica con unanimidad<sup>38</sup>—. Pero, cuando se reconoce la na-

<sup>37</sup>No se puede evitar extender analógicamente esta norma a los peritos. Véase A. M. BENNECKE, *Lehrbuch*, págs. 363, nota 5, 547.

<sup>38</sup>Véase las citas en mi *Manual*, § 83 nota 40; además ROSENFELD, *Reichstrafprozess*, pág. 247 nota 9. El tribunal imperial ha vuelto a expresar recientemente más de una vez su propia interpretación, véase *Entsch*, tomo XXXV, pág. 6.

turalidad de la prohibición probatoria como absoluta de conformidad con el § 251 de la ordenanza procesal penal hay que ir más allá. No solo es obvio desde este punto de vista que el protocolo no puede ser utilizado para “refrescar la memoria” de alguien<sup>39</sup>, sino que no se puede en absoluto interrogar a un testigo acerca del tema y no se puede consultar ningún documento escrito acerca de lo que el testigo declaró en aquella ocasión<sup>40</sup>. En particular se ha de extender esta prohibición de prueba a eventuales datos extrajudiciales que el testigo haya hecho en torno a su declaración y a cartas en que informa acerca de lo mismo<sup>41</sup>.

\*\*\*

Así se concluye la visión panorámica de las prohibiciones de prueba reconocidas por el derecho actualmente vigente. Su significado sale a la luz cuando ponemos de presente la oposición entre la cantidad de intereses humanos que las prohibiciones protegen y las que dejan de valer para el derecho procesal penal.

<sup>39</sup> Esta opinión la comparte el tribunal imperial, “Entsch”, in *Strafs.*, t. xxv, pág. 5.

<sup>40</sup> Hasta ahora, por lo común, no se ha sacado esta consecuencia.

<sup>41</sup> Para evitar equivocaciones, hay que dejar especialmente claro que solo la declaración anterior en sí misma tiene que considerarse materia de prueba prohibida, pero para nada el *mismo tópico de prueba* acerca del cual informaba la deposición anterior. Si, por ejemplo, una mujer ha padecido malos tratos de su cónyuge, que ahora está imputado por eso, y lo ha comunicado a una amiga en una carta, después ha depuesto ante el tribunal y cuenta a la misma amiga en una segunda carta el contenido de su deposición, y después se niega a testimoniar, la prohibición de prueba se refiere solamente a la segunda carta, pero no a la primera.

Aquí es necesario nombrar el bien de otras entidades públicas distintas del Estado, como municipalidades, círculos administrativos, provincias, etc. A efecto de la práctica probatoria, nunca se tiene en cuenta la voluntad de estas entidades, abstracción hecha de la municipalidad, etc., que está autorizada a hacer objeciones contra el interrogatorio de uno de sus empleados en calidad de testigo experto, y por esa razón se frustra el objeto de esta prueba<sup>42</sup>. En tanto que las debilidades y faltas del Estado, como hemos mostrado anteriormente, pueden ser ocultados a los ojos del juez penal, sin que importe que en el proceso penal surjan a la luz faltas y debilidades, por ejemplo, de la administración de una ciudad.

Pero también, el bien del Estado se mantiene como fundamento de limitación probatoria solo en el contexto descrito anteriormente. De allí se desprende esencialmente la muy importante regla: el Estado reviste ciertos fenómenos de la vida pública con el velo del secreto, obligando a los involucrados a no divulgar nada. No obstante, esta obligación de mantener el secreto es válida únicamente en la medida en que no se oponga a ella una obligación de declarar que le sea contraria. Así, por ejemplo, en el caso de exclusión de la publicidad debido a la amenaza para la seguridad del Estado aquellos que están presentes en una audiencia judicial están obligados a mantener el secreto acerca del debate por el deber de reserva (G.V.G. § 175, apartado 2), de tal manera que actuar en contra de esta norma es punible (art. 2 de la ley imperial del 5 de abril de 1888); pero la misma persona obligada a la reserva debe declarar<sup>43</sup> si con poste-

<sup>42</sup> Véase lo anteriormente expresado.

<sup>43</sup> KLEINFELLER, *Das Reichsgesetz*, vom. 5, april 1888, explica I 4 con referencia al art. II (p. 192).

rrioridad se le interroga sobre aquellos asuntos. El proceso penal tiene prioridad sobre el deber de reserva de las actuaciones. El mismo principio se aplica al *secreto electoral*<sup>44</sup>. Por último, aparece la *reserva oficial* que representa una limitación para la práctica de prueba procesal penal solo en el sentido examinado con anterioridad, es decir, únicamente en el caso del interrogatorio de funcionarios públicos y cuando sea estrictamente indispensable. Por lo demás, quien no es funcionario está obligado a rendir testimonio acerca de asuntos sobre los cuales se extiende la reserva oficial<sup>45</sup>, en tanto que si se trata del funcionario público interrogado como testigo, esto depende de que en el caso concreto se autorice por el superior el interrogatorio sobre asuntos sometidos a reserva oficial<sup>46</sup>.

Son innumerables los intereses de los *particulares* que el derecho probatorio procesal penal abandona a su propia suerte. En primer lugar, es obvio que nadie puede oponerse al esclarecimiento de un asesinato, de un incendio, etc.,

<sup>44</sup> Esta opinión la comparte el tribunal imperial, *Rechtspr.*, t. vi, pág. 517.

<sup>45</sup> En primer lugar, los escabinos y el jurado están cubiertos por el § 200 de la ley introductoria de la Constitución cuando se trate de la reserva sobre la deliberación.

<sup>46</sup> Por esta razón, no es adecuada la sent. del tribunal imperial, t. xxvi, pág. 202; BINDING, *Grundrisse d. Str.-Pr-Re.* § 81 VB 2: un juez no puede en ningún caso ser escuchado acerca de las circunstancias de la deliberación (antes de la sentencia) por el secreto. (Véase también SALINGER, *Ztsch.F.Civ.-Prozess*, t. xxx, pág. 511). Pero la significación del secreto de deliberación para el derecho probatorio se deduce solo del § 53 del ordenamiento procesal penal. Véase mi *Manual*, pág. 85 III a nota 9; ROSENFELD, *Reichstrafprozess*, pág. 249, nota 18.

con la vaga fundamentación de que la aclaración del delito le "causaría un perjuicio"<sup>47</sup>. Pero también en el caso en que el perjuicio o el inconveniente se concreten, la regla general indica que hay que padecerlos. El proceso penal prevalece. Así nadie puede escudarse detrás de la enfermedad o los contratiempos en el oficio<sup>48</sup>. Nadie puede invocar la decencia y las buenas costumbres para eludir una práctica de prueba que va a serle fatal. El proceso penal saca inexorablemente a luz todos los secretos, en la medida en que no aparezcan los pocos casos anteriormente discutidos que se reconocen como fundamentos de impedimento probatorio. En este sentido, ni el secreto tributario y menos aún el secreto de redacción pueden resistirse al proceso penal. El antiguo derecho procesal penal respetaba el secreto artístico, el secreto de oficio, el secreto de fabricación; este último tenía vigencia en Sajonia (art. 222) y Hannover (§ 101). El ordenamiento criminal prusiano de 1805 (§ 313) exceptuaba al testigo del deber de declarar, cuando se le exigía revelar un secreto que, al divulgarse, hubiera implicado para el tes-

<sup>47</sup> El ordenamiento criminal prusiano de 1805 liberaba al testigo del deber de contestar (§ 313) "cuando con ocasión de una pregunta que claramente no tiene que ver con el objeto del interrogatorio, el testigo puede temer no sin razón que contestar implicaría consecuencias desventajosas para su persona". Una norma muy inútil, pues preguntas que no tienen nada que ver con la cuestión no hay que hacerlas al testigo, aun cuando contestarlas no implique para él perjuicio alguno.

<sup>48</sup> Solo en el caso de los funcionarios públicos es posible utilizar la declaración de dispensa por parte de los superiores para impedir el interrogatorio del funcionario como perito conforme al ordenamiento procesal penal, § 76, apartado 2. Véase lo anteriormente expuesto a este respecto.

tigo un perjuicio<sup>49</sup> en su arte o en su oficio artesanal, y todavía hoy una norma similar está vigente en el campo del proceso civil (§ 384 del ordenamiento procesal civil). Por el contrario, el derecho procesal penal actual no conoce una prohibición de tal talante. El derecho procesal penal tampoco tiene en consideración la condición de diputado. Los diputados del *Reichstag* y de los parlamentos de los estados federales no pueden ser sancionados, debido a sus votos y a las opiniones efectuadas en el ejercicio de sus funciones, pero no pueden negarse a declarar acerca de esto, etc.<sup>50</sup>.

Igualmente, intereses ideales para mantener en reserva determinados hechos no encuentran gracia a los ojos de la justicia penal. El deseo de no manifestar una convicción íntima y en particular una visión del mundo quizás demasiado personal, el temor a la profanación, la repugnancia a “revelar a la gente del común su sentimiento, su visión”, todo esto es pisoteado despiadadamente por averiguación de la verdad procesal penal. Mientras que la Constitución del Reich de 28 de marzo de 1849 (párrafo 144, apartado 2) pretende establecer que nadie esté obligado a revelar sus convicciones religiosas, la evolución del derecho ha ido más allá de este intento de una prohibición de prueba bastante particular y hoy cualquiera debe sincerarse ante el tribunal también sobre este punto de vista. No parece asombroso

<sup>49</sup> Véase al respecto las precisiones del O. L. G. de Hamburgo en *Seuffert Archiv*, t. LVII, pág. 336 acerca de la diferencia que existe bajo este punto de vista entre el derecho penal y el derecho civil. Entre los derechos empresariales no protegidos por el derecho de prueba se incluyen también aquellos que menciona el párrafo 145 del Gew.-Ordnung de 26 de julio de 1900.

<sup>50</sup> Véanse las citas en mi *Manual*, pág. 352, nota 68.

aquí que también los secretos de familia deban ser inexorablemente revelados en el proceso penal. También es absolutamente obvio que un compromiso de guardar silencio contraído privadamente por dos personas no merece consideración ninguna<sup>51</sup>. Si alguien ha prometido a otro no divulgar ciertas cosas, puede estar obligado moralmente a callar —“la discreción es cuestión de honra”—. Pero la ley no reconoce este deber como obligación jurídica; jurídicamente no existe ningún “contrato de silencio”, y en cualquier caso no se puede deducir ninguna vinculación jurídica en contra de las exigencias de la justicia penal. El proceso abre la boca del portador del secreto, así el testigo esté de acuerdo o no. A este respecto, en nada cambia la circunstancia de que alguien haya comprometido su “palabra de honor”, en el sentido de que callaría. En noviembre de 1902 le fue exigido al diputado Bebel en presencia del Dr. Peters que nombrara a aquel que le había contado de la denominada “Tuckerbrief”. Bebel se negó a brindar información; había dado su palabra de que no iba a comprometer a su informante. Pero esto era admisible fuera de un proceso penal, en tanto que si existiera un proceso penal Bebel hubiese sido llamado como testigo y al tribunal no se le habría satisfecho con la invocación de una promesa de honrar la palabra, sino que habría aplicado, si el caso lo amerita, la declaración forzada<sup>52</sup>. Quien justifique en su palabra de honor el deseo de callar sobre hechos significativos para la justicia penal cae así mismo en los bra-

<sup>51</sup> Véase MITTERMEIER, *Strafverfahren* I, § 67, n. 6 y 22; ROSSHIRT, *Ztsch. f. Strafverf.* N. F. Bd. III 130; LÖWE, 9 con referencia a los §§ 51-54.

<sup>52</sup> Véase también el caso citado por BOURGUIGNON, *Jurisprudence des Codes Criminels*, t. II (1825), núm. III con referencia al art. 304 del *Code d'instruction criminelle*.



zos de la misma justicia penal y no puede exigir que ella se plegue frente a su compromiso de honrar la palabra empeñada. Incluso la expresión *juramentada* que pretende reservarse un hecho penal se deja de lado por carecer de significado en el proceso penal. El derecho canónico ya lo preveía así<sup>53</sup>. *Le serment ne lie pa* (el juramento no obliga) dijo un procurador general francés frente a un testigo que por medio del juramento había prometido permanecer en silencio y que apelando a su honra y su conciencia se rehusaba a declarar en el proceso<sup>54</sup>. En efecto, un juramento de este tipo no es vinculante, tampoco en el derecho procesal alemán vigente. ¿A dónde se llegaría, si se pretendiera observar en aquellos juramentos absolutamente superfluos y esencialmente privados un cerrojo para la persecución penal? Si así fuese entonces cualquier testigo que quisiera desprenderse del interrogatorio podría en últimas liberarse de esta incómoda obligación por haber jurado a cualquier tercero que no iba a declarar nada. Sería la bancarrota de toda administración de justicia.

<sup>53</sup> Cap. 4 x de Testibus cog, 2,21: "Pervenit ad audientieam nostram, quod cum J, prior sancti Laurentii, coram te fuisset de simoniae et adulterii crimini adousatus, quedam qui contra cum ducendus erat in testimonium, juramento adstrinxit, ut no deponeret contra ipsum. ... Respoddemus, ad detegendam tatae frandis et calliditatis comentum ipsum testsem merite esse compellemdum". Cap. 18 x de testib. 2,20. Intimatit B, presbyter, quod G clericus capellanum ejus et alios quam plures de testibus suis *juramento adstrinxit*, quod testimonium, consilium et auxilium contra ipsum non praeberent eidem. Ideoque injungimus, ut ... eos, qui sunt juramento adstricti ... *in testimonium recipere non postponas*.

<sup>54</sup> Véase el caso citado por BOURGUIGNON, *Jurisprudence*, n. II con referencia art. 304 *Code d'instruction criminelle*.

Si se considera el alcance del poder de la justicia penal, como se nos presenta en estas últimas observaciones, ha de destacarse con mayor claridad la naturaleza de protección que tienen las prohibiciones de prueba. Estas crean un espacio sagrado frente a la mirada inquisitoria de los órganos de persecución penal, que reivindica el derecho a permanecer oculto. Fiscal, policía y juez no pueden forzar la puerta cerrada. Pero los efectos procesales concretos de las prohibiciones de prueba son los siguientes:

a) El medio de prueba prohibido no permite ninguna práctica: el objeto de inspección prohibido no puede ser observado, el documento prohibido no puede ser leído, el testigo prohibido o el experto prohibido no pueden ser escuchados.

b) No obstante, si se ha verificado lo contrario, por ejemplo, porque la necesaria autorización del superior para la declaración de un funcionario público se ha dejado pasar negligentemente o porque la relación de parentesco entre el testigo y el imputado había permanecido desconocida, en estos casos, si se reconoce el error a tiempo, lo que haya salido a luz de esta manera no tiene que ser tomado en consideración, más bien debe ser ignorado y el juez tiene que considerar la práctica de prueba como si nunca hubiese tenido lugar.

c) Si el error no fue reconocido antes de la sentencia, aquella sentencia puede ser impugnada a consecuencia de este<sup>55</sup>.

<sup>55</sup> Todas las prohibiciones de prueba tienen carácter imperativo, es decir, su vulneración fundamenta la casación en la medida en que es reconocible una relación causal entre la violación y la sentencia. Esto vale también para las prohibiciones de prueba condicional.

*A consecuencia de la prohibición de prueba queda por fuera un hecho* (en la medida en que no estamos en presencia de una prohibición puramente relativa y existen medios de prueba no prohibidos de igual valor): la práctica probatoria se resiente. El ordenamiento procesal penal no extrae de forma expresa las consecuencias de este fenómeno. Teóricamente sería concebible que una ley considere que una práctica probatoria recortada no es fundamento suficiente para verter una decisión de fondo, pues presupuesto de toda sentencia sería la valoración integral de la práctica de prueba. Así, si el juez suprime incluso un solo testimonio de quien ejerce su derecho de rehusarse a declarar, no podría ni condenar ni absolver al imputado, sino que debería *archivar* el proceso sin ningún resultado. Solo que así, la gran mayoría de los procesos penales encontraría este deshonroso final, pues las prohibiciones probatorias que con mucha frecuencia suelen aparecer en la praxis serían determinantes. Por tanto, será difícil encontrar leyes que escojan esta alternativa. Igualmente, la ordenanza procesal penal ha permanecido lejana a este doctrinarismo. Aun con una práctica probatoria aminorada, debe decretarse una sentencia de contenido condenatorio o absolutorio<sup>56</sup>. Puede tener sus reparos, el hecho de hacerse a un cuadro del acontecimiento a juzgar con fundamento en un simple "torso" de la prue-

---

das (presuponiendo, obviamente, que la condición estuviese dada, pues en caso contrario la prohibición no se aplica).

<sup>56</sup> Presuponiendo, desde luego, que se han examinado todas las pruebas legalmente admisibles y obligatoriamente necesarias en el caso particular y que el marco reducido de la prueba se debe solo a una imposibilidad de derecho (o también fáctica) de aclarar aún más los hechos.

ba: pero así debe ocurrir, para bien o para mal se decide con lo existente. La prohibición probatoria no implica que los vacíos no se puedan llenar de otra forma, es decir, por vía de la prueba indiciaria. Por ejemplo, si el hijo en el proceso rehúsa declarar contra el padre por malos tratos, el tribunal puede establecer lo ocurrido si el padre es reconocido como brutal y los vecinos a la hora del delito han escuchado directamente ruido como golpes e inmediatamente después han visto salir de la casa al hijo ensangrentado. En otros casos se puede proponer como argumento la circunstancia misma de la falta de prueba, es decir, el hecho de que, por ejemplo, debido al secreto médico se rehúsa un testimonio y el tribunal así puede enviar la señal de que el hecho investigado así resulta afirmado. Pero desde luego hay muchos otros casos en los cuales una vez declarada la prohibición probatoria, fractura toda la práctica probatoria, de tal manera que la prueba restante que todavía está habilitada no es suficiente para obtener un cuadro claro. Así, le queda al tribunal como única puerta de escapatoria el principio *in dubio pro reo*, es decir, solucionar el caso con la absolución. La prohibición probatoria muestra aquí completamente su importancia eminentemente práctica: muy probablemente sin la prohibición probatoria, el tribunal se hubiese dirigido de forma apabullante a la prueba de la culpabilidad. Pero debido a la fuerza de la prohibición de prueba, el tribunal debe dejar libre al culpable.

Esta circunstancia nos lleva inmediatamente a la cuestión de la justificación de las prohibiciones de prueba. ¿No sería tal vez un desafío dispuesto para la legislación del futuro, que se deje desde ahora en adelante las manos libres a las autoridades penales para que puedan actuar sin limitaciones y en interés de la justicia, es decir, que se supriman

todas las prohibiciones de prueba? Quien quiera contestar esta pregunta de forma elemental no podría ahorrarse el reproche de tener una visión unilateral y de corto alcance. El interés por una justicia penal eficaz es sin ninguna duda muy significativo. Pero no es el único interés existente en el mundo: en no pocas ocasiones entra en conflicto con otros intereses, así que uno de los dos debe ceder. Todo lo que acontece es en última instancia una lucha de tendencias y de fuerzas, y así también el proceso penal puede estar implicado en esta batalla. La cuestión de si las prohibiciones probatorias tienen justificación desemboca en el problema, mucho más importante y de más largo alcance, del estado de necesidad y de la ponderación de bienes. Este problema *en principio* no ha sido nunca discutido y apenas planteado<sup>57</sup> en su aplicación a las prohibiciones probatorias, como en general ha faltado un tratamiento comprensivo de lo mismo. Desde luego, se necesita todavía un largo trabajo científico que

<sup>57</sup> ZACHARIÄ, t. I, pág. 39, compara (t. II, pág. 192) e interpreta esta noción como un concepto básico y general: se busca sacar a la luz la verdad material *en la medida en que* puede conciliarse con otras consideraciones jurídicas y exigencias morales. Véase además ROSSHIRT, *Ztsch. f. Strafverf.* N. F. III 95.

Desde hace tiempo es común la siguiente interpretación del derecho de rehusarse a declarar: en este caso se trata de ponderar los requerimientos del Estado en la esfera de la investigación de la verdad en el marco del proceso penal con respecto a otras exigencias legítimas y eventualmente dar a las segundas la prioridad con respecto a las primeras. Véase por ejemplo ZACHARIÄ, t. II, pág. 186; *Motive zu Entwurf III* con referencia a los §§ 42-45. Digna de mención es también la disposición de Oldenburg 1857, art. 132: las autoridades públicas tienen que negar al juez la divulgación de actos y documentos "que sea interés prioritario del Estado mantener secretos".

en lugar de la casuística establezca sólidos principios generales para solucionar la cuestión de en que medida el interés del Estado para investigar la verdad plena en el procedimiento penal se superpone a otros intereses en conflicto provenientes del mismo Estado, de las municipalidades y de los particulares. En efecto, la mediación entre un interés estatal y un interés de otro tipo es en general uno de los problemas más difíciles, e incluso podemos atrevernos a decirlo "el" problema típico del derecho. En particular, nuestro problema está claramente relacionado con el problema jurídico-administrativo del alcance de las facultades de la policía; incluso se puede decir que cada disposición legal que acuerda o niega a un órgano cualquiera del Estado determinadas atribuciones es expresión de una ponderación de intereses. Por lo demás, no solo el legislador está obligado a acometer tal ponderación, pues el problema alcanza incluso en sus últimos desarrollos la sala del tribunal del juez penal, cuando este en un caso penal alberga dudas y debe decidirse en favor de la absolución o de la condena; en este caso el juez solo tiene la angustiante elección entre humanidad y compasión por un lado y por otro la consideración del Estado que ha sido ofendido por el delito. Con mucho énfasis la ley carolina (art. 150) señalaba al juzgador: "A asuntos de tan gran significado como juzgar entre el bien común y la sangre humana se les ha de corresponder con mayor juicio y cuidado"<sup>58</sup>.

<sup>58</sup> Este texto está precedido por estas consideraciones: "Si acaso algunas personas sencillas piensan que hacen bien en salvar la vida de estos (es decir, los imputados por homicidio), sepan que de esta manera pecan gravemente y son deudores de los acusadores de los mismos frente a Dios y al mundo".

Esta exhortación hay que aplicarla más que al juez —que enfrenta el problema solamente en menor medida— al legislador y a los que le aconsejan, pues en últimas aquel se dispone a verter en forma de proposiciones jurídicas duraderas el equilibrio entre los intereses del proceso penal y otros intereses. En cualquier caso pueden darse desde ahora al menos unas directrices que la futura legislación deberá cumplir.

1. El establecimiento o no de prohibiciones de prueba tendrá que permanecer siempre en armonía con los principios jurídicos que en otros campos del derecho arbitran un conflicto parecido entre determinados intereses del Estado y otros intereses. Lo que está permitido a la policía preventiva no podrá por regla general ser vedado a la policía represiva y a la justicia penal. Además, si un propietario puede ser despojado de una cosa a favor del bien público en el sentido del derecho administrativo, también en el proceso penal debe permitirse este tipo de expropiación forzada, pero fundamentalmente bajo las mismas cautelas que le corresponden a la propiedad conforme sucede en el derecho administrativo y no de forma más exigente para el propietario (en particular cuando se padece un perjuicio).

2. Allí donde resulte necesario establecer una prohibición probatoria, hay que pensar siempre en *todos* los medios probatorios correspondientes, es decir, debe tenerse en cuenta que no se regulen de forma aislada las prohibiciones de declaración, las prohibiciones de inspección, etc., sino que, en la medida en que exista un concepto general unitario, se extraen claramente las consecuencias en forma unívoca para todos los medios de prueba<sup>59</sup>.

<sup>59</sup> Véase acerca de esto lo que se afirmó anteriormente.

3. No se puede desatender la circunstancia de que el interés estatal imperante en el proceso penal en manera alguna constituye una constante de grandeza que determine su intensidad. Es absolutamente evidente que el interés en aclarar una alta traición, un asesinato, etc., —piénsese por ejemplo en los procesos por asesinato de Konitz o de Gumbinn— es infinitamente mayor que, por ejemplo, el interés en la investigación y en la condena de un ciclista que ha conducido en la orilla prohibida de la carretera o el caso de un joven demasiado alegre que en la vía pública de noche dió rienda suelta a sus ganas de cantar. Por lo tanto, una prohibición de prueba digna de atención para delitos de bagatela se vuelve deplorable en asuntos de capital importancia. La prueba en el caso de delitos graves puede estar menos limitada que la prueba en el caso de sencillas transgresiones. Un manejo diferenciado de delitos de mayor y menor gravedad está autorizado por la ley en otros casos: el ejemplo más apropiado es el de la prisión preventiva en fase de investigación, que normalmente no está permitida para delitos menores según el § 113 del ordenamiento procesal penal.

4. Se darán múltiples casos en los que el interés justificado que entra en contradicción con el interés del proceso penal se puede satisfacer de forma distinta a la utilización de la prohibición probatoria. Muchas veces se complacen eficazmente aquellos intereses en la medida en que no se renuncia completamente a la prueba, sino que se somete su práctica a determinadas condiciones (exclusión del público, etc.). El legislador tiene que seguir esta vía y no recurrir a la prohibición de prueba.

5. Si el interés del particular está en juego con el interés estatal en la persecución penal, hay que distinguir si se



trata de un interés del imputado o de un tercero no imputado. Una prohibición probatoria en favor de esta última puede resultar justificada bajo ciertas circunstancias, en tanto que el imputado debe tolerar la existencia de injerencias en contra de terceros. Esta concepción básica en la actualidad no es extraña al ordenamiento procesal penal; por ejemplo, en los casos de registro —ordenamiento procesal penal §102 siguiente—, este se autoriza cuando se trata del imputado con mucha más facilidad que cuando se trata de una tercera persona no indiciada. Esta concepción se puede aplicar por cierto también al derecho probatorio. En particular, las intervenciones en la esfera de la propiedad privada que resulten oportunas para las finalidades de la prueba, según este punto de vista, pueden ser distribuidas a lo largo de una escala de grados de legitimidad (¡piénsese en las excavaciones en el campo de una tercera persona que no tiene nada que ver con el asunto y, por otro lado, a las excavaciones en el campo del mismo imputado!).

Por lo que se refiere a las prohibiciones de prueba consideradas en particular en el derecho procesal alemán actual se tendrían que hacer las siguientes consideraciones críticas:

1. Es cierto que los intereses estatales que están fuera de la esfera del proceso penal son a menudo más preponderantes que el interés del Estado en el proceso penal. Es obvio que el interés estatal en conservar los vínculos de la comunidad de los estados es mucho más significativo que el interés en llevar hasta el final un proceso penal concreto. Por lo tanto se han de mantener todas las interdicciones que proceden de las normas del derecho internacional.

Cuando los intereses estatales internos colisionan con otros, como por ejemplo, convocar a un funcionario público

como testigo o experto sería acompañado por un grave daño para los intereses de servicio, una autoridad central específica del Estado (una especie de corte para los conflictos de competencia), debería tener la última palabra acerca de cuál de los intereses estatales en disputa es el más importante en el caso dado.

2. Pueden existir muchas dudas acerca de si las consideraciones que han llevado a exceptuar a los *miembros de las familias reinantes* del deber de declarar tengan realmente prioridad con respecto al interés del proceso penal. Si se piensa en el caso en que, por ejemplo, el príncipe ha sido el único testigo ocular de cómo un compañero de caza, fuera de control, ha disparado sobre otro matándolo, ¿no sería muy deplorable que en este caso el asesino resultara absuelto solo porque no es posible conseguir el testimonio del príncipe? ¿Y que hacer en los casos en que el príncipe mismo fue el herido, pero el imputado niega y no están a disposición otros medios de prueba? Por tanto, esta prohibición de prueba en el derecho del futuro no tendría que desempeñar ningún papel o, en el caso extremo, solo en asuntos de muy poca importancia.

3. Habrá completo acuerdo acerca del principio de que también el proceso penal debe respetar la *dignidad humana* y en consecuencia un conflicto insoluble entre dignidad humana e intereses del proceso penal tiene que conllevar una prohibición probatoria. Desde luego, el concepto sobre lo que es dignidad humana seguirá siendo controvertido por muchas generaciones. Pero, aun haciendo abstracción de la dignidad humana, la opinión moderna seguirá afirmando, por cierto con razón, que la esfera de la personalidad de cualquiera tiene que ser protegida de la intervención estatal,

incluido obviamente el proceso penal. Por tanto, permanecerá firme el principio de que ningún imputado está obligado a declarar en contra de sí mismo y como consecuencia<sup>60</sup> que el testigo está exento del deber de testimoniar en la medida en que sea discutible si él mismo ha cometido algún delito<sup>61</sup>.

4. En contra del derecho de rehusarse a rendir testimonio por parte de los *familiares* del imputado se pueden expresar algunas reflexiones. ¿En realidad le debe ser permitido al hermano sacar del apuro al hermano acusado y a su vez de las manos de la justicia y el brazo vengador de esta? ¿Debe ser igual en el caso de los cónyuges, de padres e hijos, etc., en sus relaciones recíprocas? ¿Y todo esto solo porque el testigo se encuentra por casualidad en aquella determinada relación de parentesco? ¿No sería bastante consideración

<sup>60</sup> Véase los *Motive zu Entwurf* III con referencia al § 45.

<sup>61</sup> Por el contrario, no se puede tomar en consideración a efecto de relevar un testigo del deber de declarar la amenaza con la deshonra o el perjuicio en el proceso penal, a diferencia del proceso civil. Véase *Motive zu Entwurf* III con referencia al § 45: "Si ciertas disposiciones legales permiten ... rehusarse a testimoniar solo porque alguien tuviera que aceptar la deshonra suya o de un familiar, el proyecto no puede seguirlas, pues una disposición de este tipo, muchas veces y señaladamente en el caso de delitos graves conllevaría la pérdida de importantes medios de prueba y sería un serio obstáculo para cumplir con las tareas del derecho penal, que no pueden ser puestas en el mismo plano con aquellas del derecho civil. Además, el concepto de deshonra puede ser extendido tanto, que cada testigo puede interpretarlo a su manera y el juez no está en condición de introducir criterios objetivos, pues hacerlo implicaría conocer de antemano precisamente aquellas circunstancias que el testigo no quiere revelar".

para los lazos afectivos entre parientes, si los familiares estuvieran sencillamente exentos del deber, que existe también en el derecho actual aunque en medida limitada, de entablar denuncia espontáneamente y hacer aplicación del trato indulgente que da el derecho penal material para los delitos cometidos con el objeto de favorecer a familiares imputados?<sup>62</sup>. Aun admitiendo que al pariente le resulte gravísimo declarar en contra de otro pariente en asuntos penales, ¿no debería tener prioridad el interés del Estado en el proceso penal? Otro asunto con el que se debe ser prudentes es no imponer juramento a los parientes. Pero, sea como fuere, el derecho de rehusarse a declarar por parte de los familiares es tan arraigado históricamente que difícilmente se puede pensar en abolirlo<sup>63</sup>.

5. Con respecto a las prohibiciones de prueba que se fundamentan en el secreto confiado (derecho de rehusarse a declarar de los médicos, sacerdotes, etc.) se plantea de antemano esta pregunta: ¿se justifican absolutamente los secretos autorizados? O ¿no se debe exigir enérgicamente que la luz de la verdad penetre victoriosamente en todas partes? ¿El secreto no lleva en sí mismo los rasgos de lo arbitrario

<sup>62</sup> Sin embargo, todavía hoy se sigue reconociendo la impunidad del favorecimiento de los familiares, Ordenanza Procesal Penal, § 257, apartado 2.

<sup>63</sup> La opinión común se pondrá del lado de MITTERMAIER, *Theorie des Beweises*, pág. 283, que invoca “la voz de la naturaleza” que el Estado “tiene que respetar y venerar” y que quita al Estado cualquier derecho de “exigir una renuncia estoica a aquellos lazos afectivos”. Solo que actualmente nadie pediría una prohibición incondicionada del interrogatorio de familiares, como la exige Mittermeier invocando el derecho romano (véase lo anteriormente dicho al respecto).

y de lo que se opone al progreso? Frente a esto ha de ser establecido que la vida humana en comunidad, en efecto exige que ciertas pequeñas esferas sean reservadas al secreto. Por tanto, también en el futuro, el secreto de confesión, el secreto de la defensa, el secreto de la abogacía y el secreto médico podrán exigir que sean tomados en cuenta<sup>64</sup>. Pero no creo que este respeto y consideración tengan que traducirse necesariamente en una prohibición probatoria (aunque sea condicionada), como lo reconoce el derecho actual. Hay una diferencia considerable entre las condiciones en que una persona de confianza divulga la información que le ha sido comunicada *sub fiducia*. Desde luego, nadie aprueba que aquel exprese el secreto a todos, con ligereza. Pero normalmente ¿No pudiera ser la exclusión de la publicidad un remedio suficiente? ¿No se podría encontrar una solución intermedia para el conflicto de intereses en la medida en que no se suprime el deber de declarar, pero se otorga a la persona a quien fue confiado el secreto el derecho de declarar a puerta cerrada? En este sentido, lo que constituye una prohibición de prueba se transformaría en una regla de procedimiento. Una segunda corrección con respecto al derecho vigente: únicamente el interesado debería estar autorizado para pedir la aplicación de esta medida<sup>65</sup>.

6. Acerca de las injerencias en la esfera de la *propiedad privada* para las finalidades del proceso penal se tendrá

<sup>64</sup> Véase acerca de la cura de almas ROSSHIRT, ob. cit, pág. 133; acerca del secreto de abogacía ROSSHIRT 135, *Motive zu Entwurf III* con referencia al párrafo 44; ROSSHIRT 142 niega la validez del secreto médico.

<sup>65</sup> Véase lo anteriormente dicho al respecto.

que seguir una única directriz: hay que *indemnizar* al interesado<sup>66</sup>.

Para no ofrecer una obra fragmentaria, la tarea de reforma no puede limitarse a someter a prueba el fundamento de las prohibiciones ya existentes, sino también ha de reflexionar si no existen también otros intereses que actualmente no están protegidos por las prohibiciones de prueba y que reclaman con urgencia esta protección. Sin discutir aquí este problema con todas sus implicaciones, se podrá decir de todas maneras que el derecho actual no toma suficientemente en cuenta los intereses de las *corporaciones públicas* distintas al Estado. Deberá ser tarea de la legislación garantizar más y mejor que lo hecho hasta hoy la esfera de estas entidades frente a la investigación de los órganos de persecución penal, pues también estos intereses, intereses de las municipalidades, de los círculos administrativos, etc., son muy importantes para la vida social<sup>67</sup>.

¡Son panoramas amplios los que aquí se abren! ¡Sería deseable que el legislador logre encontrar las cargas adecuadas para balancear los intereses abigarrados sobre las balanzas de Themis!

<sup>66</sup> Véase además lo anteriormente dicho al respecto.

<sup>67</sup> Distinta es la posición de ZACHARIÄ II 194.

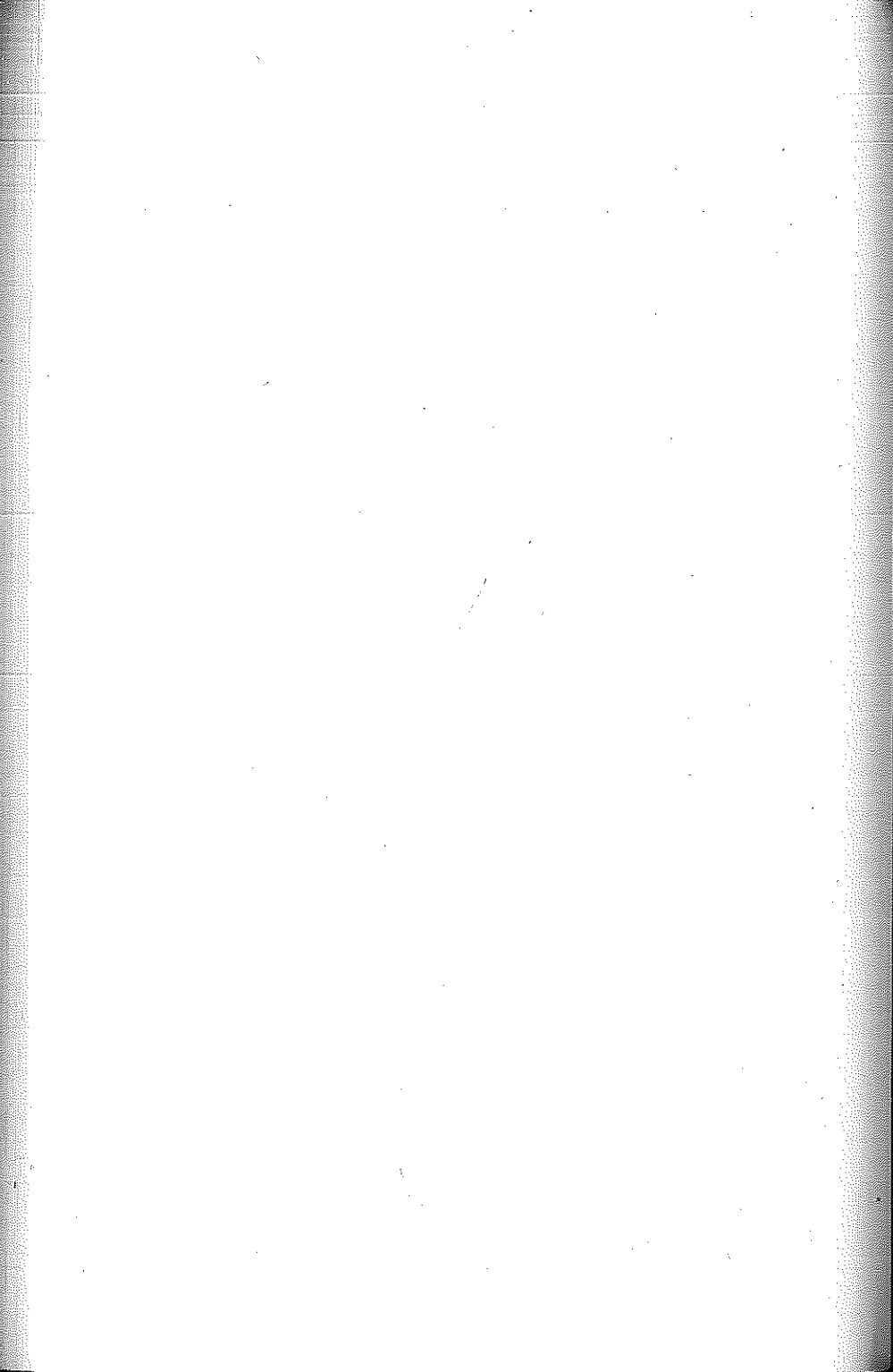
LAS PROHIBICIONES DE UTILIZACIÓN  
DE PRUEBAS EN EL PROCESO  
PENAL ALEMÁN\*

Prof. Dr. KAI AMBOS

Catedrático de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal,  
Comparado e Internacional, Universidad de Gotinga (Alema-  
nia); juez del Tribunal Estatal (*Landgericht*) de Gotinga.

\* La versión original de este trabajo ha sido preparada en 2006 y fue publicada en GÓMEZ COLOMER (coord.), *Prueba y proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, págs. 325-360.

Aquella versión ha sido completamente revisada, actualizada y ampliada al 1º de noviembre de 2008. Agradezco a mis colaboradores Nils Meyer-Abich y María Laura Böhm por su ayuda para preparar esta versión. Trad. de Óscar Julián Guerrero.





## 1. INTRODUCCIÓN: FONDO TEÓRICO E HISTÓRICO

Hace más de cien años ERNST BELING acuñó en una conferencia inaugural por primera vez el término de “prohibición probatoria”<sup>1</sup>, expresión con la cual quería manifestar que existen limitaciones a la averiguación de la verdad dentro de la investigación en el proceso penal, debido a intereses contrapuestos de índole colectiva e individual<sup>2</sup>. La determinación de estas limitaciones depende principalmente de la posición que otorga el ordenamiento jurídico al individuo frente al poder estatal<sup>3</sup>. Esta posición se plasma dentro del

<sup>1</sup> Así *Karlsruher Kommentar (KK)-Senge*, 6ª ed., 2008, antes del § 48, nota marginal 20, refiriéndose a BELING, *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsfindung im Strafprozess*, 1903; M. JAHN, “Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus”, en *Verhandlungen zum 67. Deutschen Juristentag Erfurt*, 2008, Band I, Gutachten Teil C, 2008, C 21. Ya anteriormente BENNECKE y BELING, *Lehrbuch des Dt. Reichs-Strafprozessrechts*, Breslau, 1900, § 83 3, págs. 327 y s.

<sup>2</sup> Cfr. también HENKEL, *Strafverfahrensrecht*, 1968, pág. 271, según el cual las razones para la admisión de prohibiciones de prueba residen en la consideración de intereses diversos que están en conflicto con los intereses de averiguación de la verdad y que son contemplados como superiores frente a aquella”. Ver también OTTO, *GA* 1970, pág. 289.

<sup>3</sup> Cfr. *Otto, GA*, 1970, págs. 289 y 291, refiriéndose a BELING.

Estado derecho, en su manifestación más elaborada, en los derechos fundamentales garantizados constitucionalmente, sobre todo los de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad<sup>4</sup>. En esta clase de ordenamiento existen áreas que están protegidas ante las injerencias estatales por parte del legislador, dentro de las cuales, por ende, la aclaración mediante determinados mecanismos probatorios resulta inadmisibles y prohibida<sup>5</sup>. El inculcado es sujeto activo y no simplemente objeto del proceso penal<sup>6</sup>, su libertad de decisión y de acción son intangibles e invulnerables, razón por la cual de ninguna manera deben ser objeto de menoscabo o de manipulación<sup>7</sup>. La manipulación de la voluntad libre del inculcado, por ejemplo, por medio de amenaza, coerción, engaño o tácticas similares, debe prohibirse y correspondientemente sancionarse<sup>8</sup>. En consecuencia, las

<sup>4</sup> Cfr. BELING, *supra* nota 1, pág. 37: "Existirá acuerdo en torno a que también el proceso penal debe tener en consideración la *dignidad humana*, y que consecuentemente de allí surge un conflicto insoluble entre dignidad humana e intereses del proceso penal, que conlleva a una prohibición de prueba. (...) Pero, aun dejando de lado la dignidad humana, la opinión moderna seguirá afirmando —y seguramente con razón— que la *esfera de la personalidad* de cualquier individuo debe ser asegurada ante la intervención estatal, también en el proceso penal". Cfr. también ROGALL, *ZStW* (91), 1979, pág. 1 (pág. 9); EISENBERG, *Beweisrecht der StPO*, parte 1, 5ª ed., cap. 3, nota. 330, 2006; KÜHNE, *Strafprozessrecht*, 7ª ed., 2007, nota. 880.

<sup>5</sup> ROGALL, *ZStW* (91), 1979, pág. 1 (pág. 6).

<sup>6</sup> Más recientemente sobre ello KELKER, *ZStW* 118, 2006, pág. 389 (pág. 420 s.); fundamental también MURMANN, GA, 2004, pág. 65 y ss.

<sup>7</sup> EBERHARD SCHMIDT, *SJZ*, 1949, pág. 450.

<sup>8</sup> LÖWE-ROSENBERG (LR)-*Gleß*, StPO, 26ª ed., 2007, § 136a, nota 1.

prohibiciones probatorias tienen en el resultado un componente individual y colectiva: por un lado, sirven para la *garantía de los derechos fundamentales*<sup>9</sup>, en tanto protegen al inculcado ante la utilización de pruebas ilegalmente obtenidas *en su contra*—en el sentido amplio de prohibiciones de cargo— aunque, no obstante el reconocimiento de este servicio, debido al principio de culpabilidad deben permanecer siempre<sup>10</sup> utilizables (y de esa forma disponibles) a efectos de exculpación<sup>11</sup>; por otro lado preservan—componente colectivo— la integridad constitucional<sup>12</sup>, en particular por medio de la realización de un proceso justo (*fair trial*)<sup>13</sup>.

La tensa relación entre el interés por una administración de justicia funcional y eficaz en que se cumpla el fin de esclarecer hechos delictivos por una parte, y la garantía de los derechos fundamentales del imputado<sup>14</sup> citados por otra, lle-

<sup>9</sup> Así originalmente ROGALL, *ZStW* (91), 1979, pág. 1 (pág. 16 ss.).

<sup>10</sup> Esto puede verse diferente en el caso de prohibiciones absolutas de utilización de pruebas, como la de la tortura; cfr. sobre el punto AMBOS, *The "transnational" use of torture evidence*, *Israel Law Review*, 2009 (próximo a publicarse); versión alemana en preparación.

<sup>11</sup> Fundamental ROXIN/SCHÄFER/WIDMAIER, *StV*, 2006, p. 655 (págs. 656, 659, 660); también ROXIN, *NStZ*, 2007, pág. 616 (pág. 618); sust. JAHN, *supra* nota 1, C 112 ff. (114).

<sup>12</sup> Ver también SCHMIDT, *Lehrkommentar*, Band II, § 136a, nota 21, con su teoría de la superioridad moral del Estado que persigue la necesidad de un procedimiento respetuoso con las formalidades de la justicia y "limpio" (*ibid.*, t. I, notas 40, 44, 49); en la misma dirección va la teoría de FEZER relacionada con la función de auto-limitación del Estado (*Grundfragen*, 1995, págs. 20 y ss.).

<sup>13</sup> BEULKE, *Strafprozessrecht*, 10ª ed., 2008, nota 454; FINGER, *JA*, 2006, pág. 529 (pág. 530).

<sup>14</sup> *BVerfGE* 44, 353, 374.

va a complejas decisiones de ponderación, que raras veces dejan completamente satisfechas a ambas partes —la persecución penal y a la defensa—. Esta tensa relación también se puede describir por medio de la antítesis entre justicia material (realización de la pretensión penal) y garantía del debido proceso (aseguramiento de los derechos del imputado)<sup>15</sup>. Traducido a la terminología de la moderna teoría de los fines de la pena (en sentido funcionalista), se puede hablar del dilema de *una doble función estabilizadora de la norma*: el Estado debe estabilizar no solo las normas jurídicas penales mediante una persecución penal efectiva, sino también en el mismo plano los derechos fundamentales de los imputados por medio del reconocimiento y ante todo la aplicación de prohibiciones de utilización de prueba en caso de violaciones de los derechos del individuo<sup>16</sup>. Con ello y al mismo tiempo las prohibiciones de utilización llevan aparejada una cierta función de control disciplinario de las autoridades de persecución penal —en sentido de prevención general negativa<sup>17</sup>— que se puede deplorar como lo mues-

<sup>15</sup> Cfr. AMELUNG, *Festschrift ROXIN*, 1259 (1279); JÄGER, *Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess*, 2003, pág. 128 (ver también la opinión de JÄGER en nota 126).

<sup>16</sup> Así la (más nueva) “teoría de las consecuencias de los errores normativos” de ROGALL, *FS Hanack*, pág. 293 (pág. 300 y ss.) con más referencias; crítico AMELUNG, *FS Roxin*, pág. 1259 (pág. 1273 y ss.); JÄGER (*supra* nota 14), pág. 109 y ss.; sobre doctrinas de prevención general ya DENCKER, *Verwertungsverbote im Strafprozeß*, 1977, pág. 59 y ss.; MÜSSIG, *GA*, 1999, pág. 119 (pág. 130 s.); ARLOTH, *GA*, 2006, pág. 258 (pág. 259).

<sup>17</sup> Cfr. también OTTO, *GA*, 1970, pág. 289 (pág. 290), refiriéndose al argumento, ya utilizado en los años 60 del siglo pasado, del efecto disuasorio en cuanto a infracciones procesales por los órganos estatales.

tran los argumentos en su contra (en especial el debilitamiento de la pretensión social por la realización del derecho penal, así como el control en el sentido de tarea exclusiva del derecho administrativo disciplinario)<sup>18</sup>, pero que de ninguna manera se puede negar<sup>19</sup>.

En el derecho alemán, concretamente, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1877, se dio por supuesta, inicialmente, la posición de sujeto del imputado como algo evidente, razón por la cual fue rechazada una regulación expresa<sup>20</sup>. No obstante, las experiencias con el derecho penal nacional-socialista, sobre todo en lo referente a su des-

<sup>18</sup> Cfr. DENCKER, *supra* nota 16, pág. 55 y ss.; AMELUNG, *FS Roxin*, 2001, 1259 (1263); más convincente, la crítica más concreta de JÄGER, *supra* nota 15, pág. 70 y s.; en contra también HELLMANN, *Strafprozessrecht*, 2ª ed., 2006, § 3 nota pág. 83 y s.; SCHUSTER, *Verwertbarkeit im Ausland gewonnener Beweise im deutschen Strafprozess*, 2006, pág. 70 y s.

<sup>19</sup> Referencia correcta a las consecuencias para la formación policial en ARLOTH, *GA*, 2006, 258 (259); también PRITTWITZ, *StV*, 2008, pág. 486 (pág. 494); JAHN, *supra* nota 1, C. 57 f. ("más actual que nunca"). Por el contrario, la declaración de OTTO, *GA*, 1970, pág. 289 (págs. 292, 301), de que las prohibiciones probatorias no son "una medida adecuada para disciplinar los órganos de persecución penal", es una mera afirmación que debería ser demostrada empíricamente. También en este sentido, sin embargo, la resolución 2 d) de la Sección Derecho Penal del 67mo. *DJT (Deutscher Juristen Tag-Jornada de Juristas Alemanes)* en *Erfurt* (2008), según las cuales el desarrollo y mejoramiento de las prohibiciones probatorias no debería tener por objetivo el mantenimiento de la fidelidad a la norma por parte de las autoridades de la persecución penal (42 votos a favor, 31 en contra, 5 abstenciones).

<sup>20</sup> SCHMIDT, *supra* nota 12, § 136 a explicaciones 1-4, nota. 1; PETERS, *Strafprozeß*, 4ª ed., 1985, § 41 II 1.

precio de la autonomía de la libre determinación del individuo<sup>21</sup>, hizo imprescindible de forma rápida la necesidad de una regulación legal a efecto de asegurar la libertad de decisión individual, y en consecuencia la prohibición de determinados métodos de interrogatorio. A ello se añade que con los adelantos técnicos y científicos, v. gr., con la invención del “detector de mentiras”<sup>22</sup> y el “narcoanálisis”, surge la necesidad de una regulación legal de las posibles limitaciones relativas a la nueva tecnología para preservar la autonomía individual<sup>23</sup>. En este sentido se introdujo en 1950, entre otros, el § 136a, como norma central para el fortalecimiento de los derechos fundamentales del imputado así como del Estado de derecho. Con ello, la tesis de la importancia de los derechos constitucionales fundamentales y del Estado de derecho encuentran en la temática de las prohibiciones de prueba su constatación legal<sup>24</sup>.

## 2. DEFINICIÓN TERMINOLÓGICA Y SISTEMÁTICA

La doctrina alemana dominante distingue —bajo el concepto general de “prohibiciones probatorias”— entre

<sup>21</sup> Cfr. *BGHSt* 387: “La disposición debe su existencia a la experiencia dolorosa en un tiempo, en el que la consideración ante la libertad de determinación de un hombre, que era considerado sospechoso de la comisión de un hecho punible, fue violada multiples veces. Por esa razón, la norma prohíbe expresamente menoscabar la libertad de decisión y de acción por la aplicación de ciertos medios que amenacen aquella libertad de determinación”.

<sup>22</sup> Sobre la compatibilidad con § 136a cfr. KÜHNE, *supra* nota 4, nota 901; JÄGER, *supra* nota 15, pág. 220 y s.

<sup>23</sup> *LR-Gleiß*, *supra* nota 8, § 136 a nota. 2.

<sup>24</sup> Cfr también *LR-Gleiß*, *supra* nota 8, § 136 a nota 2; EISENBERG, *supra* nota 4, parte 1, cap 3, nota 329.

prohibiciones de producción de pruebas (*Beweiserhebungsverbote*) y prohibiciones de utilización de pruebas (*Beweisverwertungsverbote*)<sup>25</sup>. Las primeras regulan o limitan el modo de obtención de las pruebas, las segundas el uso judicial de las pruebas que ya fueron obtenidas<sup>26</sup>. Dentro de las prohibiciones de producción probatoria se distingue entre prohibiciones de *temas* probatorios, prohibiciones de *medios* probatorios y prohibiciones de *métodos* probatorios<sup>27</sup>. Las prohibiciones de temas probatorios impiden la obtención de pruebas sobre hechos determinados (“temas”), por ejemplo, antecedentes penales ya eliminados del Registro Cen-

<sup>25</sup> Cfr. VOLK, *Grundkurs StPO*, 6 ed., 2008, § 28, notas 1 y ss.; BEULKE, *supra* nota 13, nota 455; HELLMANN, *supra* nota 18, nota 780 y ss.; JAHN, *supra* nota 1, C 27. En favor de la diferenciación JÄGER, *supra* nota 15, pág. 133 y ss. Sobre la otra categoría de las “regulaciones probatorias” (“Beweisregelungen”) ver OTTO, GA, 1970, pág. 289 (pág. 292 y s.); así también JAHN, *supra* nota 1, C 26 con más referencias, 126.

<sup>26</sup> FINGER, JA 2006, pág. 529 (pág. 530); JÄGER, *supra* nota 15, pág. 133, habla, más exactamente, de una “prohibición probatoria en cuanto a los hechos” (*Tatsachenverwertungsverbot*), porque efectivamente se pretenden prohibir las conclusiones provenientes de hechos producto de la práctica probatoria; en el punto así también JAHN, *supra* nota 1, C 25 (“Autorrestricciones en la determinación procesal de los hechos” — “Selbstbeschränkungen prozessualer Tatsachenfeststellung”), C 26 (“Prohibiciones de valoración de los hechos” — “Tatsachenverwertungsverbote”).

<sup>27</sup> VOLK, *supra* nota 25, § 28, notas 1 y ss.; BEULKE, *supra* nota 13, nota 455; HELLMANN, *supra* nota 18, Rn. 780; crítico JAHN, *supra* nota 1, C 28 y ss. La diferenciación remite al dictamen de PETERS en la 46<sup>a</sup> DJT en Essen, “Beweisverbote im Strafprozess”, en *Verhandlungen zum 46. DJT*, Parte 3 A, t. 1, München, 1967, págs. 91, 94.

tral Federal (§ 51 Ley del Registro Central Federal)<sup>28</sup>. Las prohibiciones de medios probatorios impiden servirse de medios de prueba determinados, como, por ejemplo, un testigo que ha hecho uso de su derecho a no declarar (léase §§ 52 y ss.<sup>29</sup>)<sup>30</sup>. Las prohibiciones de métodos probatorios impiden un cierto modo de obtención de prueba, por ejemplo, un método de interrogatorio prohibido conforme al § 136a. Adicionalmente, se puede distinguir entre prohibiciones de producción de pruebas *absolutas* y *relativas*. Mientras las absolutas tienen validez general, las relativas limitan la obtención de pruebas, en el sentido de que únicamente determinadas personas están facultadas para ordenar o realizar una producción probatoria, estableciéndose en consecuencia una prohibición para cualquier otro sujeto<sup>31</sup>. Esto tiene validez para casi todas las medidas coercitivas que, en principio, solo pueden ser ordenadas por un juez.

La sistematización establecida sirve ante todo para aclarar las posiciones, pero también conduce el tema —en contra de una opinión ampliamente difundida<sup>32</sup>— al menos a

<sup>28</sup> Sobre ello más recientemente *BGH NSIZ*, 2006, 587.

<sup>29</sup> Todas las normas sin referencia legislativa se refieren a la *Strafprozessordnung* (“StPO”) = *Ordenamiento (Código) Procesal Penal alemán*.

<sup>30</sup> Vide. KÜHNE, *supra* nota 4, notas 882 y ss. (889), quien alega que todas las prohibiciones probatorias temáticas son al mismo tiempo prohibiciones en cuanto a los medios probatorios y en consecuencia este último concepto resulta inútil.

<sup>31</sup> EISENBERG, *supra* nota 4, nota 335. Crítica por la desvaloración que implica JAHN, *supra* nota 1, C 30 s., 126, quien quiere clasificarlas como prohibiciones de métodos probatorios.

<sup>32</sup> VOLK, *supra* nota 25, § 28 nota 3; HELLMANN, *supra* nota 18, nota 780; FINGER, *JA*, 2006, pág. 529 (pág. 530).



una doble ganancia en el ámbito del conocimiento: en primer lugar, se deduce de esta diferenciación entre prohibición de producción y prohibición de utilización probatoria, que una violación de la producción no acarrea necesariamente una prohibición de utilización, como sí sucede en el derecho italiano<sup>33</sup>, sino que la trasgresión en contra de una prohibición (primaria) de producción probatoria en el mejor de los casos indica —pero no implica automáticamente— la no utilización posterior<sup>34</sup>. Según JÄGER<sup>35</sup> se puede, por ende, hablar de un *principio de abstracción o separación*, de acuer-

<sup>33</sup> Cfr. CPP, art. 191 (“Prove illegittimamente acquisite”):

Inc. 1: “Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate”.

Inc. 2: “L’inutilizzabilità e’ rilevabile anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento”.

<sup>34</sup> Cfr. por todos BEULKE, *supra* nota 13, nota 457: “No cualquier error en la práctica probatoria lleva inevitablemente a la no utilización del medio probatorio obtenido”. Cfr. también ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 25ª ed., 1998, § 24 nota 19; KINDHÄUSER, *Strafprozessrecht*, 2006, § 23 nota 11; ARLOTH, GA 2006, 258; JÄGER, *supra* nota 15, pág. 135; PRITZWITZ, *StV*, 2008, 488; JAHN, *supra* nota 1, C. 34 ss.; *BVerfG NJW*, 2000, 3557; *NStZ* 2007, 159 (160); *BGHSt* 44, 243 [249]; *BGH NJW*, 2007, 2269 (2271) = *StV*, 2007, 337, 338 col. izq.; *OLG Hamm, NStZ*, 2007, 355; *OLG Hamburg StV*, 2008, 454, 456 col. izq.; sobre efectos indiciarios en esta cuestión véase también FINGER, *JA*, 2006, pág. 529 (pág. 531). Sobre la dependencia interna de las prohibiciones de producción y de utilización de pruebas con vistas al “efecto previo” de la prohibición de utilización sobre la prohibición de producción véase JAHN, *supra* nota 1, C 86 s.

<sup>35</sup> JÄGER, *supra* nota 15, págs. 137 y s.; en contra JAHN, *supra* nota 1, C. 36.

do con el cual se distingue estrictamente entre producción probatoria y utilización de pruebas, conforme a la diferenciación en el derecho civil (alemán) entre obligación y cumplimiento. Para llegar realmente a una prohibición de utilización de pruebas, es necesario o una *disposición legal* expresa (en caso de prohibiciones de utilización de pruebas escritas, véase ap. III) o bien una fundamentación teórica (en caso de las prohibiciones de utilización no escritas) con fundamento en la *doctrina* de las prohibiciones de utilización de pruebas (véase ap. IV). Un reconocimiento (mayormente aceptado) de esta doctrina es la posterior diferenciación entre *prohibiciones* de utilización de pruebas *dependientes* e *independientes*. Las primeras son la consecuencia de la infracción de una prohibición de producción probatoria, mientras que las segundas se fundan en una infracción objetiva de las normas constitucionales de forma independiente<sup>36</sup>. El reconocimiento de la prohibición de utilización probatoria independiente, finalmente, es una consecuencia adicional de la diferenciación originaria entre la prohibición de la producción y utilización, pues solo bajo esta condición se deja fundamentar la utilización probatoria independientemente de una prohibición de producción, precisamente dependiente<sup>37</sup>. La categoría de las *prohibiciones de utilización*

<sup>36</sup> BGHSI 28, 122, 124; ROGALL, ZStW (103), 1991, pág. 1 (3); siguiéndolo ROXIN, *supra* nota 34, § 24, nota 23; VOLK, *supra* nota 25, § 28, nota 4 y s.; BEULKE, *supra* nota 13, nota 457; cfr. también MEYER-MEWS, *JuS*, 2004, pág. 39; SCHUSTER, *supra* nota 18, pág. 51 y ss.; JAHN, *supra* nota 1, C 32, 37 s.; MURMANN, *Prüfungswissen Strafprozessrecht*, 2008, nota 184.

<sup>37</sup> ARLOTH, *GA*, 2006, pág. 258.

*probatoria*, por el contrario, todavía no ha podido imponerse<sup>38</sup>.

Luego de todo esto, es evidente que existe una *colisión* entre las prohibiciones de pruebas y el principio de investigación (§§ 155 II, 160 II, 244 II). Las prohibiciones de producción probatoria limitan la actividad de las autoridades de investigación penal en el esclarecimiento de los delitos, al igual que las prohibiciones de utilización de pruebas impiden que los tribunales penales realicen una valoración de conjunto sobre el material probatorio recopilado<sup>39</sup>. Lo anterior tiene por efecto que “la veracidad queda incompleta y lleva rasgos ficticios”<sup>40</sup> y esto fundamenta, según la opinión de la jurisprudencia de los tribunales superiores, su carácter excepcional<sup>41</sup>. Así, las prohibiciones probatorias confirman que la verdad (procesal), de acuerdo con las famosas palabras del Tribunal Supremo Federal, no debe ser investigada “a cualquier precio”<sup>42</sup>, sino que debe considerar los intereses individuales previamente indicados. Sin embargo, las prohibiciones sirven al mismo tiempo para la protección de la averiguación de la verdad, puesto que impiden la utilización de informaciones incompletas, indirectas

<sup>38</sup> La categoría se desprende del verbo “utilizar” en algunas regulaciones de utilización (p. ej., §§ 81a III, 100 d VI), cfr. JAHN, *supra* nota 1, C 32 s.

<sup>39</sup> ARLOTH, GA, 2006, 258; también KK-Senge, *supra* nota 1, nota 22, 27.

<sup>40</sup> VOLK, *supra* nota 25, § 28, nota 6.

<sup>41</sup> Recientemente BGH (Corte Suprema) NJW 2007, 2269 (2271); OLG (Oberlandesgericht = Tribunal Superior estadual), Hamburg, StV, 2008, p. 456 col. izq. con más referencias.

<sup>42</sup> BGHSt 14, 358, 365; 31, 304, 309; 38, 214, 220.

o distorsionadas<sup>43</sup>, lo que se demuestra rotundamente con el § 136a (véase a continuación ap. III.1).

### 3. PROHIBICIONES ESCRITAS DE UTILIZACIÓN DE PRUEBAS, CON ESPECIAL REFERENCIA AL § 136A III

Por lo general hay consenso en el hecho de que la existencia de una prohibición de utilización probatoria no depende —en el sentido formal— de su expresa codificación<sup>44</sup>, sino que más bien ello está determinado en sentido material de acuerdo con la razón de ser de la norma procesal violada y en consideración a aquellos intereses contrapuestos que obstaculizan la averiguación de los hechos. De otra manera, si se exigiese una disposición legal expresa de la prohibición de la utilización probatoria, es decir, una prohibición de utilización probatoria codificada, esto implicaría la finalización de las discusiones político criminales y dogmático procesales de manera más bien rápida, puesto que las regulaciones de prohibición legalmente establecidas son, además de pocas, (relativamente) inequívocas.

#### A) *El § 136a*

a) *Generalidades.* Es clásica la formulación del § 136 a III: “Las declaraciones que se hubieran producido trasgrediendo esta prohibición, tampoco podrán ser aprovechadas aunque el inculpado aprobara su utilización”. La incondi-

<sup>43</sup> AMELUNG, *FS Roxin*, pág. 1259 (pág. 1263). Hasta aquí no existe ningún antagonismo entre las prohibiciones de utilización y la averiguación de la verdad (acertado JAHN, *supra* nota 1, C 25).

<sup>44</sup> BEULKE, *supra* nota 13, nota 457.

cionalidad de la norma se deduce, en todo caso, de las consideraciones de prevención general, pues si la violación de la prohibición quedara sin efectos procesales, existirían muy pocas razones para cumplir con ella<sup>45</sup>. Se trata de una prohibición de utilización de pruebas *dependiente*, ya que es la consecuencia de la prohibición de la *producción* probatoria, contemplada en el § 136a I, referente a ciertos métodos prohibidos de interrogatorio que lesionan la “libertad de decisión y de acción del inculpado” (Freiheit der Willensentschließung und der Willensbetätigung). En consecuencia, resulta claro que también puede ser posible la utilización de conocimientos de descargo por los motivos<sup>46</sup> anteriormente mencionados<sup>47</sup>. El problema de la norma estriba menos en la consecuencia, esto es, en la prohibición de valoración probatoria, que en la determinación exacta de los métodos de interrogatorio que han de considerarse como prohibidos. También esto queda claro en la más reciente discusión en EE. UU. sobre el máximo de intensidad admisible o la “resistencia” a los métodos de interrogatorio prohibido de los sospechosos de terrorismo<sup>48</sup>. Los métodos de interrogatorio mencionados en el inciso 1 (maltrato, fatiga, tortura, etc., el así llamado “interrogatorio en tercer grado”) en todo caso no son definitivos<sup>49</sup>; lo decisivo

<sup>45</sup> De acuerdo con ello VOLK, *supra* nota 25, § 28 nota 24.

<sup>46</sup> Cfr. nota 11 y texto principal.

<sup>47</sup> Al respecto sobre una restricción teleológica de la norma, ROXIN/SCHÄFER/WIDMAIER, *StV*, 2006, pág. 656.

<sup>48</sup> Cfr. DANNER, *Torture and Truth: America, Abu Ghraib and the War on Terror*, 2004; LANGBEIN, *Torture and the Law of Proof*, 2006 (reimpresión), págs. IX, XI.

<sup>49</sup> KK-DIEMER (*supra* nota 1), § 136a, nota 9; sobre los grupos de casos VOLK, *supra* nota 25, § 9, nota 14 y s.

es si estas u otras “técnicas de interrogatorio” socavan la libertad de decisión del interrogado. Con respecto a la (amenaza de) tortura, recientemente el Tribunal Constitucional Federal (BVerfG, *Bundesverfassungsgericht*) recalcó que con ella “se denigra a la persona interrogada a un puro objeto de la lucha contra el crimen violándose sus garantías constitucionales de ser valorada y respetada”, y se destruyen así “los presupuestos fundamentales de la existencia individual y social del ser humano”<sup>50</sup>. Una declaración fundada en tal menosprecio no podría ser utilizada como medio de prueba. Sin embargo, es posible que la declaración del acusado alegada legalmente en la vista principal se convierta en la base de una condena, a condición de que a este se le hayan hecho las indicaciones correspondientes sobre su derecho a no declarar<sup>51</sup>, incluso sobre la no-utilización de su anterior declaración<sup>52</sup>. De esta forma se descarta, en el resultado, una violación de los derechos fundamentales, cuando la prohibición de utilización de pruebas aplicada por el tribunal penal competente ha compensado la infracción procesal original en la obtención probatoria de forma inadmisibile. Se debe recalcar a este respecto que en la prohibición de utilización de pruebas del § 136a se trata no solamente, en un sentido plenamente idealista, de la protección de la dignidad humana del imputado, sino también del contenido verídico de la declaración, pues en efecto es bien sabido que los imputados

<sup>50</sup> BVerfG, 2 BvR 1249/04, vom. 14.12.2004 (caso del jefe de la policía de Frankfurt), nota 7.

<sup>51</sup> BVerfG, 2 BvR 1249/04, vom. 14.12.2004, nota 3.

<sup>52</sup> Sobre la instrucción calificada vide, v.gr., MEYER-GOßNER, *Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen*, 51<sup>a</sup> ed., 2008, § 136, nota 9; ROXIN, *supra* nota 34, § 24, nota 27.

coaccionados están más motivados a hablar por poner fin al dolor, que por sentirse obligados a decir la verdad<sup>53</sup>.

Respecto del § 136a I, segunda oración (utilización únicamente de la fuerza permitida), se discute si la ilegalidad, y por tanto la inaceptabilidad de la medida coercitiva, p. ej., de la prisión preventiva ilegal, hace inutilizable las declaraciones obtenidas en su contexto. Según el punto de vista del BGH, este no es el caso —en forma automática—, sino más bien solo cuando la coerción ha sido aplicada “expresamente como medio para obtener una declaración”<sup>54</sup>. Este criterio de intencionalidad no se desprende, sin embargo, ni de la letra ni de la interpretación sistemática del § 136a I, segunda oración<sup>55</sup>; la inaceptabilidad absoluta de la medida coercitiva lleva más bien a una prohibición de utilización, pues la declaración hecha bajo su influencia representa una violación al derecho a no declarar, que debe ser compensada mediante la prohibición de la utilización<sup>56</sup>.

b) *Acuerdos*. El § 136a también es la “piedra de toque procesal” para una confesión hecha con motivo de un *acuerdo formal*<sup>57</sup>, por supuesto sobre la base del principio constitucional del derecho a no declarar en el sentido del principio *nemo tenetur*<sup>58</sup>. La contracara de la confesión del acusado

<sup>53</sup> Cfr. también KÜHNE, *supra* nota 4, nota 890.

<sup>54</sup> BGH NJW 1995, 2933, 2936 = StV 1996, 73 (76).

<sup>55</sup> BUNG, StV, 2008, pág. 495 (pág. 496 y s.).

<sup>56</sup> BUNG, StV, 2008, pág. 495 (pág. 498).

<sup>57</sup> KUCKEIN, FS Meyer-Göfner, 2001, pág. 63 (pág. 69).

<sup>58</sup> Siehe Kölbl, NSTZ, 2003, pág. 232 (pág. 234 y ss.); sobre el *nemo tenetur* en este contexto también EIDAM, *Die strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit am Beginn des 21. Jahrhunderts*, 2007,

es generalmente una disminución de la pena y, dado el caso, una abreviación del proceso. El objetivo que une a los actores procesales es la conclusión de conformidad y rápida del proceso. A pesar de las importantes dudas respecto de la práctica del acuerdo en la literatura<sup>59</sup>, el BGH se ha manifestado básicamente a favor de ella y se ha esforzado por referir su aceptabilidad a determinadas condiciones<sup>60</sup>. Aquí ha remarcado explícitamente que, incluso en el marco de un acuerdo formal, la predisposición a la confesión no puede ser forzada mediante los métodos prohibidos por el § 136a<sup>61</sup>. Una confesión hecha con fundamento en un acuerdo de tales condiciones es por lo tanto inutilizable sin más.

En el marco de los acuerdos, adquiere el § 136a I, tercera oración, segunda alternativa, una relevancia especial, ya que mediante la “promesa de una ventaja no prevista en la ley” se puede ejercer una fuerte presión sobre el acusado a fin de que se muestre cooperativo al prestar declaración. La libre voluntad protegida por el § 136a es de esta manera

---

págs. 235 y ss.; VERREL, *Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren*, 2001, págs. 51 y s.

<sup>59</sup> Un panorama respecto de las dudas que en general se presentan sobre los acuerdos procesales formales se encuentra, p. ej., en KÜHNE, *supra* nota 4, § 47, nota 748 y BEULKE, *supra* nota 13, § 19, nota 395. Cfr. también HASSEMER, *JuS*, 1989, pág. 890 y ss.; *Lie Lien*, GA, 2006, pág. 129 y ss.; RÖNNAU, *Wistra*, 1998, pág. 49 y ss.; sobre la aceptabilidad y límites, p. ej., KMR-LESCH, § 136a, nota 39.

<sup>60</sup> Fundamentado *BGHSt* 43, 195 = *NStZ* 1998, 31; véase en general también KÜHNE, *supra* nota 4, § 47, nota 747 y ss.; VOLK, *supra* nota 25, § 30.

<sup>61</sup> Cfr. *BGHSt* 43, 195 (204) = *NStZ* 1998, 31 (33); véase también KÜHNE, *supra* nota 4, § 47, nota 749.



lesionada, como en los otros métodos de indagación mencionados previstos en el § 136a. Al mismo tiempo se argumenta, sobre esto, que la presión ejercida en el marco del acuerdo para obtener la confesión no alcanza el grado de intensidad requerido para que pueda considerarse una lesión de la libertad en la declaración en el sentido del § 136a<sup>62</sup>. Como en los casos antes mencionados de métodos interrogatorios “más extensos”, el problema reside también aquí en determinar con mayor precisión los límites entre una forma permitida de estimular la confesión y una influencia no permitida sobre la voluntad. Según la letra de la ley, de todos modos, una influencia no permitida está ya presente, cuando el acuerdo contiene una ventaja “no prevista en la ley”. Una promesa no permitida —por ser ilegal— se da, por ejemplo, cuando al acusado se le asegura como contraprestación por su confesión una calificación jurídica del hecho que se sabe inadecuada (pero que, para él, resulta ventajosa)<sup>63</sup>. El límite también está excedido cuando la “brecha penal” entre la pena que puede esperarse y la pena ofrecida en el acuerdo es tan grande, que se da una influencia no permitida de la libre voluntad<sup>64</sup>. Así consta, v. gr., en la propuesta de la Fiscalía, que si el acusado confesara, la Fiscalía solicitaría una pena de tres años y seis meses de pena privativa de la libertad, de lo contrario la solicitud sería de seis o siete años; aquí se trata o bien de una promesa de una ventaja

<sup>62</sup> Véase, p. ej., VOLK, *supra* nota 25, § 30, nota 3.

<sup>63</sup> BGH NStZ 2007, pág. 655 (pág. 657) mencionado allí como ejemplo.

<sup>64</sup> KÜHNE, *supra* nota 4, § 47, nota 749, quien además señala que de esta manera la confiabilidad de una confesión se vería claramente perjudicada; BEULKE, *supra* nota 13, § 19, nota 396.

no prevista legalmente, o bien de la amenaza de una pena elevada inadecuada a la culpabilidad, y por tanto no permitida<sup>65</sup>. Por el contrario, según la jurisprudencia, el simple poner a consideración una pena más favorable (pero aún acorde con la culpabilidad), para el caso de una confesión, todavía no debería representar una promesa ilegal<sup>66</sup>.

<sup>65</sup> BGH NStZ 2005, 393 = StV 05, 201: "Pues una diferencia tan notoria entre las solicitudes finales ya no sería explicable mediante el efecto atenuador de la pena que conlleva una confesión, y debe ser valorado como medio de presión no permitido que tiene por objetivo una confesión abreviante del proceso"; así también BGH NStZ 2008, pág. 170 (pág. 171), en el caso de una diferencia entre 3 ½ años en caso de confesión y 7-8 años sin confesión, véase también VOLK, *supra* nota 25, § 9, nota 15 con otros ejemplos.

<sup>66</sup> BGHSt 43, 195 (204) = NStZ 98, 31 (33); BGH NStZ 07, 655 (657). Tal diferenciación, como la que aquí adopta el BGH, es problemática, puesto que "es inmanente a cada oferta de pena menor, que la pena sin confesión sería mayor". (véase SCHMITT, GA, 2001, pág. 411 (pág. 422)); véase también KÖLBE, NStZ, 2003, págs. 232, 235, quien quiere adjudicar "una calidad de intervención también a la propuesta de disminución" y acertadamente dice: "Independientemente de si opera con un favorecimiento o con un empeoramiento, en ambos casos la «brecha penab» dificulta el uso de los derechos básicos, ya que el sujeto de derechos se ve mejor posicionado si no hace uso de ellos"; WEIGEND, JZ, 1990, pág. 774 (pág. 778) también señala que cada propuesta de pena más suave implícitamente contiene una amenaza. También crítico: EIDAM, *supra* nota 58, pág. 245 y ss.; en principio también VERREL, *supra* nota 58, quien sin embargo también asegura que el principio *nemo tenetur* no es lesionado por "negociar rebajas penales", "en tanto haya un ejercicio general, o incluso previsiones legales expresas que hagan honor a los comportamientos reparadores implicados en confesiones o reconocimientos de culpa", ya que "la presión sobre la libertad de aceptación" también se da entonces "sin un compromiso regulado de servicio y contraprestación", (pág. 52 y s.).

En relación con los acuerdos formales también se puede plantear la cuestión de si respecto de una confesión (“preacordada”) brindada acorde con el acuerdo surge una prohibición de utilización cuando, después —luego de haber hecho la confesión—, se advierte que el *acuerdo ha fracasado*. En caso de engaño intencional al acusado respecto de la efectividad del acuerdo, se está frente a un método de interrogación prohibido en el sentido del § 136a I, de manera que la confesión es inutilizable, siempre que el engaño haya sido causal para la confesión<sup>67</sup>. Cómo se debe proceder, sin embargo, cuando, verbigracia, el representante de la Fiscalía luego de haber sido hecha la confesión ya no se siente ligado al acuerdo, porque el acusado expresa que no puede afirmar en forma vinculante que va a aceptar la sentencia<sup>68</sup>. Respecto de tales casos de fracaso “inconsciente” del acuerdo, la jurisprudencia no es unánime. El BGH, por ejemplo, en el caso de un disenso entre acusado y Fiscalía consideró adecuada —como compensación por la infracción a los principios del juicio justo— la prohibición de utilización de la confesión que el acusado también había brindado en relación con hechos conexos que estaban fuera del proceso en cuestión<sup>69</sup>. Por el contrario, el BGH decidió en otro caso (en el que el acuerdo fracasó, porque había tenido lugar en

<sup>67</sup> Cfr KUCKEIN, *FS-Meyer-Göbner*, 2001, pág. 70 s.; Kuckein/Pfister, BGH-FS, 2000, pág. 641 (pág. 652) quienes se refieren a BVerfG, NStZ, 1987, pág. 419.

<sup>68</sup> BGH NStZ, 2008, pág. 416, donde sin embargo la cuestión de la utilización de la confesión se deja sin respuesta.

<sup>69</sup> BGH NJW 1996 S. 3018 = BGH 42, 191, 194. En este sentido, también JAHN, *supra* nota 1, C 74 sobre el fundamento de su teoría de las facultades probatorias (sobre esto, *infra* nota 186 y texto).

forma no permitida por no haber participado la Fiscalía), que no se había conformado ninguna situación de confianza que hiciera que la aceptación —necesariamente no vinculante— tuviera que ser sostenida o que la confesión no pudiera ser utilizada, ya que el acuerdo habría tenido lugar “fuera del procedimiento descrito en BGHSt 43, 193”<sup>70</sup>. Este punto de vista parece sin embargo algo problemático. Pues por un lado debe reflexionarse si la conducta del tribunal no debe ser valorada como engaño en el sentido del § 136a I<sup>71</sup>. Por otro lado, el acusado carga así con todo el riesgo de un fracaso, aun cuando los requisitos para la validez del acuerdo no pudieron ser conocidos por él, por lo menos no cuando no tiene defensa o cuando es defendido en forma insuficiente —a diferencia del Tribunal o la Fiscalía—, que sí los conocían<sup>72</sup>.

<sup>70</sup> BGH StV, 2003, 481.

<sup>71</sup> Así SCHLOTHAUER, *StV*, 2003, págs. 481 y ss. con la fundamentación de que el principio, de que solo una deformación consciente de la verdad conlleva la prohibición de utilización, no es aplicable a cuestiones de derecho. El acusado tiene más bien un derecho a la corrección de las informaciones jurídicas, en especial respecto del Tribunal interviniente (págs. 482 y s.); confirmando KÜHNE, *supra* nota 4, § 47, nota 749 en nota 25.

<sup>72</sup> Similar BEULKE, *supra* nota 13, nota 396a; SCHLOTHAUER, *StV*, 2003, 482. Para la prohibición de utilización también KÜHNE, *supra* nota 4, § 47, nota 749; KÖLBEL, *NStZ*, 2003, págs. 232, 236 y s., quien ve la prohibición de utilización como modo de eliminar las consecuencias de que el Estado —en caso de fracaso del acuerdo— sin motivo legítimo haya influido en la libre voluntad del acusado y así haya creado un estado de información no permitido; de otra opinión KUCKEIN, *FS Meyer-Gofner*, 2001, pág. 71, si bien con la indicación de que la condena, a causa de la dignidad necesariamente crítica de una

c) *Destinatarios*. El § 136a tiene como objetivo la protección de la libertad de decisión y de acción “del *inculpa-do*”, pero es aplicable del mismo modo a los testigos y peritos (§§ 69 III, 72). Las autoridades de persecución penal, en especial la policía, son los *destinatarios* primordiales de la norma, puesto que se trata del “interrogatorio”<sup>73</sup> dentro del proceso de investigación penal<sup>74</sup>. Aquellos no deben permitir que los métodos prohibidos de interrogatorio sean realizados por ellos mismos, *ni a través de otros*<sup>75</sup>. El traslado de imputados a estados con leyes y prácticas menos severas no interrumpe, en principio, el nexo de imputación, pues el § 136a es parte de un estándar mínimo jurídico-estatal<sup>76</sup>, cuya violación —independientemente del lugar de producción de prueba<sup>77</sup>— hace imposible una utilización de tales pruebas por tribunales de un Estado de Derecho, como es el

---

confesión alcanzada en el contexto de un acuerdo, generalmente no podría fundarse únicamente en tal confesión.

<sup>73</sup> De conformidad con el BGH (Tribunal Supremo Federal) BGHSt (Gran Sala) 42, 139, 145 pertenece al “concepto de interrogatorio en el sentido de la StPO [...], que ante la declaración de la persona que otorga la información [...] se presente en función oficial, y en esa condición obtenga (una «declaración») de ella su información” (refiriéndose a BGHSt 40, 211, 213 y más referencias). Ver sobre ello también OTTO, GA, 1970, pág. 289 (pág. 299).

<sup>74</sup> OLG Oldenburg, NJW, 1953, pág. 1237.

<sup>75</sup> MEYER-GOßNER, *supra* nota 52, § 136a, nota 2.

<sup>76</sup> Sobre este estándar SCHUSTER, *supra* nota 18, pág. 122 y ss.; recientemente también ESSER, NStZ, 2007, pág. 106 (pág. 108).

<sup>77</sup> Fundamental sobre la utilización de pruebas producidas en el exterior, SCHUSTER, *supra* nota 18, págs. 83 y ss., 142 y ss.

caso de Alemania<sup>78</sup>. Esto también se infiere de una situación legal paralela respecto a posibles infracciones de la Convención Europea de Derechos Humanos en terceros estados: si un Estado Parte de la Convención expulsa o extradita personas a terceros estados que violan los derechos humanos, estas violaciones deben ser imputadas a este Estado Parte<sup>79</sup>.

En caso de investigaciones *sin orden o fundamento oficial* —por terceros particulares o el defensor—, el nexo de imputación se encuentra, en principio, interrumpido, y por ende no resulta admisible un efecto personal del § 136a frente a terceros y tampoco una prohibición de utilización de pruebas<sup>80</sup>; sin embargo, esto tampoco significa una elusión del § 136a. Imagínense el caso en el que el investigador privado contratado por la víctima o sus parientes golpea al inculpado hasta que este confiesa. Entonces, ¿no debería en este caso tener validez al menos de una manera análoga el § 136a en beneficio del inculpado maltratado<sup>81</sup>, como ocurre en todos los casos de infracción contra la dignidad huma-

<sup>78</sup> En el mismo sentido OLG Hamburg NJW, 2005, 2326 f., *Leitsatz* (parte resolutive) 3, en favor de una aplicación del § 136a por analogía a la práctica extranjera de pruebas.

<sup>79</sup> Cfr. AMBOS, *Internationales Strafrecht*, 2ª ed., München, Beck, 2008, § 10, nota 62, 81 y ss. Sobre el CEDH y el PIDCP como parte del estándar mínimo mencionado, ver SCHUSTER, *supra* nota 18, págs. 123 y ss.

<sup>80</sup> Fundamental BOCKEMÜHL, *Private Ermittlungen im Strafprozess*, 1996; ver también MEYER-GOßNER, *supra* nota 52, § 136a, nota 3; BEULKE, *supra* nota 13, nota 478; KINDHÄUSER, *supra* nota 34, § 23, nota 33.

<sup>81</sup> En este sentido, al parecer también VOLK, *supra* nota 25, § 9, nota 17; así como JAHN, *supra* nota 1, C 102 s. (“efecto terciario horizontal”), 127.

na<sup>82</sup>, o de un comportamiento extremo de violación de los derechos humanos?<sup>83</sup>. ¿No es la obligación de un Estado de derecho impedir ataques como estos en contra del imputado?<sup>84</sup>. Otros pretenden con ello argumentar que si la utilización de pruebas fuese presentada como nuevas, se reiteraría la violación legal<sup>85</sup>, lo que sería cierto si el Estado se apropiara de pruebas que vulneran los derechos humanos. Así se reanudaría el nexo de imputación que posiblemente se interrumpió anteriormente<sup>86</sup>. Entonces, deben volver a valer en definitiva también los principios de un proceso justo, con los cuales la utilización de medios de prueba obtenidos delictivamente —sin importar por parte de quién— no resultan compatibles<sup>87</sup>. Respecto al riesgo de elusión, es ob-

<sup>82</sup> ORTO, *GA*, 1970, pág. 289 (pág. 299); KK-Senge, *supra* nota 1, antes del § 48, nota 52; BEULKE, *supra* nota 13, nota 479; FINGER, *JA*, 2006, pág. 529 (pág. 537).

<sup>83</sup> ROXIN, *supra* nota 34, § 24, nota 48; KINDHÄUSER, *supra* nota 34, § 23, nota 35; también MURMANN, *supra* nota 6 y 223; crítico JÄGER, *supra* nota 15, pág. 223 y ss.

<sup>84</sup> Así HASSEMER/MATUSSEK, *Das Opfer als Verfolger*, 1996, pág. 77.

<sup>85</sup> VOLK, *supra* nota 25, § 28, nota 35.

<sup>86</sup> Sobre la “utilización indirecta o mediata” por el Estado, vid. también KÜHNE, *supra* nota 4, nota 904, pág. 459.

<sup>87</sup> Véase también MURMANN, *supra* nota 6, nota 224. Sobre el significado del proceso justo, véase también las resoluciones de la reciente DJT, *supra* nota 19, Nr. 1 b) (mayor respeto a los principios constitucionales del proceso justo 42:23:11) así como 9 b) (33:17:15), según la cual una prohibición de utilización también debe ser reconocida “cuando de otro modo los principios del proceso justo” serían lesionados. Sin embargo, la lesión de estos principios no debe hacer inutilizables los resultados obtenidos por personas privadas (solicitud correspondiente 12 b) rechazada con 25:35:4).

vio que este también se debe atacar con una prohibición de utilización probatoria, si el particular ha sido contratado por las instancias estatales de investigación<sup>88</sup>.

d) *Ardid o engaño*. Son similarmente problemáticos los casos en los que se manipula al inculpado por medio de *ardid o engaños*, a efecto de que tome parte en el procedimiento penal o en su propia condena. Son de relevancia particular “los casos de espionaje acústico”: la policía arregla una conversación telefónica entre el imputado y una tercera persona (confidente policial, testigo, etc.) y la graba. Este método se asemeja al “caso del *espía en la celda*”<sup>89</sup>, en el que un informante, tras previa instrucción policial, es introducido en la celda del imputado para obtener así una confesión que posteriormente será introducida al juicio oral por medio del interrogatorio del informante. Si bien parece tratarse de todas formas de un engaño en el sentido del § 136a (análogamente) —lo que el mismo el término (*Hörfalle*) sugiere (“trampa de escucha”)— la jurisprudencia permite su utilización y construye numerosos argumentos en este campo<sup>90</sup>. Por una parte, la obligación de advertencia sobre el derecho a no declarar contenida en el artículo § 136 se propone solamente crear un “contrapeso” al interrogatorio practicado por las autoridades oficiales, y un contrapeso de tal naturaleza no es necesario en la actividad de los particula-

<sup>88</sup> Por todos, KINDHÄUSER, *supra* nota 34, § 23, nota 34 con más referencias.

<sup>89</sup> BGHSt 34, 362.

<sup>90</sup> Fundamental BGHSt (Gran Sala) 42, 139; crítico VOLK, *supra* nota 25, § 9, notas marginales 19 y ss.

<sup>91</sup> BGHSt 42, 139, 145 y ss.; antes ya OTTO, GA, 1970, pág. 289 (pág. 295); igualmente, FINGER, JA, 2006, pág. 529 (pág. 536).



res<sup>91</sup>. Por otra parte, el concepto de “engaño” debe ser expuesto en el contexto del § 136a en un sentido estricto, no aplicándose por ende a los casos mencionados<sup>92</sup>. La StPO no prohíbe ninguna actuación encubierta o secreta en el marco de la investigación penal<sup>93</sup>. El principio de “nemo tenetur” protege ante la coacción para colaborar en el proceso penal, pero no ante un error sobre el derecho de guardar silencio, aun cuando esta equivocación sea provocada por el Estado<sup>94</sup>. Si bien existen limitaciones constitucionales en la utilización de personas particulares para la lucha contra el crimen —estando por ejemplo prohibida la iniciación de una relación amorosa con el fin de obtener informaciones (“casos Romeo”)—<sup>95</sup>, debe practicarse finalmente una *ponderación* de acuerdo con el principio de proporcionalidad, con especial consideración al modo y a la intensidad de la provocación estatal y a la gravedad de los delitos en cuestión<sup>96</sup>. En particular, el Tribunal Supremo Federal (*Bundesgerichtshof-BGH*) determina al respecto lo siguiente:

“En caso de que una persona particular haya tenido, por iniciativa de las autoridades de investigación, una conversación con el sospechoso sin revelación de las intenciones de averiguación, cuyo objetivo haya sido la obtención de

<sup>92</sup> BGHSt 42, 149; para una interpretación estricta en parte también la literatura, cfr. Murmann, *supra* nota 6, nota 228 con más referencias.

<sup>93</sup> BGHSt 42, 149 y ss.

<sup>94</sup> BGHSt 42, 151, 153. Cfr. con más detalle *infra* IV. 2. c) ee) (1) con notas 278 y ss., y texto principal.

<sup>95</sup> BGHSt 42, 154 y s.

<sup>96</sup> BGHSt 42, 155 y ss. Véase sobre esto *infra* nota 168.

informaciones referentes al objeto de la investigación, puede utilizarse el contenido de la conversación como prueba testimonial, siempre y cuando se trate del esclarecimiento de un delito de considerable importancia cuya averiguación hubiera sido mucho menos prometedor y esencialmente más difícil al utilizar otros métodos de investigación<sup>97</sup>.

El Tribunal Supremo aceptó posteriormente una prohibición de utilización, en un caso en el que se designó a una reclusa en detención preventiva como “adivina”, con el fin de arrancar confesiones escritas de sus codetenidos, entre otras, por medio de promesas de una sentencia más benigna<sup>98</sup>. Además del ya mencionado “caso del espía introducido en la celda”, se infiere un principio general, según el cual entra en consideración una prohibición de utilización cuando existe un perjuicio a la libertad de autoincriminación del imputado que va más allá del carácter secreto de la averiguación. La diferencia de la *Hörfalle* con los casos de espionaje acústico (normales) está en el hecho de que el imputado adicionalmente se encuentra en una situación forzada (detención preventiva), y se convierte por ende, debido a la privación de libertad, en mero objeto del proceso<sup>99</sup>. Si, más

<sup>97</sup> BGHSt 42, 139 (*Leitsatz* —parte resolutive—). Véase también resolución DJT (*supra* nota 19) no. 12 c) bb), según lo cual resultados de investigaciones llevadas adelante por personas privadas también deberían ser utilizables cuando aquellos hayan sido obtenidos por medios ilegales (Sección Derecho Penal, V. 12. c) bb), pág. 14; la propuesta respectiva, que preveía la prohibición de utilización en dichos casos, fue rechazada por 24:28 votos (9 abstenciones).

<sup>98</sup> BGHSt 44, 129.

<sup>99</sup> Cfr. JÄGER, *supra* nota 15, págs. 184, 186 y *passim*; también KÜHNE, *supra* nota 4, nota 904, pág. 459; FINGER, JA, 2006, pág. 529

allá, con el agente infiltrado se provoca un hecho delictivo, se parte de acuerdo con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de un proceso que “desde el principio y definitivamente”<sup>100</sup> es injusto (violatorio del principio de igualdad de armas y del debido proceso), y se deduce una amplia prohibición de utilización de prueba<sup>101</sup>. En los así llamados “casos de voz” —en los cuales se graba secretamente la voz del inculcado para un cotejo posterior, la violación (punible) del derecho individual (violación del secreto de la palabra, § 201 del C. P.— *Strafgesetzbuch*, StGB) conduce finalmente a una prohibición de utilización<sup>102</sup>.

En conjunto, esta jurisprudencia es inconsecuente e inconsistente. En un caso de espionaje acústico se lleva a

---

(pág. 537); MURMANN, *supra* nota 6, nota 227; en el resultado, igualmente Fezer, *Strafprozessrecht*, 2ª ed., 1995, pág. 222.

<sup>100</sup> *Teixera de Castro v. Portugal*, sent. de 9 junio 1998, ap. 39; crítico sobre el “enfoque de la adecuación a los fines” del BGH en la provocación del hecho WOLTER, *FS BGH*, 2000, pág. 963 (979 ss.).

<sup>101</sup> Cfr. AMBOS, *NStZ*, 2002, pág. 628 (pág. 632) con más referencias; en particular, igualmente JÄGER, *supra* nota 15, pág. 207 ss. con más referencias.

<sup>102</sup> BGHSt 34, 39; igualmente KINDHÄUSER, *supra* nota 34, § 23, nota 34; JOERDEN, *JuS*, 1993, 927 (928); en particular, igualmente JÄGER, *supra* nota 15, pág. 174 y ss., 190 y s.; de otra opinión FINGER, *JA*, 2006, 529 (538) alegando sorprendentemente, sin embargo, que hoy no se puede confiar más en la confidencialidad de la conversación telefónica, pues “muchos teléfonos contienen aparatos de escucha y de grabación” ¡Pero la protección de los derechos fundamentales no puede depender del nivel técnico o del ámbito fáctico de intervención (en este caso: espionaje telefónico)!

quien hasta ahora es sospechoso, o al ya inculpado, a una autoincriminación y este se encuentra en un error sobre el carácter de interrogatorio del diálogo; en consecuencia, el imputado es engañado<sup>103</sup>. Por esta razón, se ha de aplicar —independientemente de la existencia de un interrogatorio formal y de un eventual nexo de causalidad entre la actuación del particular y las autoridades de persecución penal—, en cualquier evento y de forma correspondiente el § 136a, y se ha de prohibir la utilización probatoria. En todo caso, se ha de presumir un nexo de imputación, si el particular es introducido, o dispuesto conscientemente<sup>104</sup>, con el fin de sonsacar al imputado una declaración o una confesión. Aun cuando se niegue la existencia de engaño, entra en consideración una infracción contra la obligación de instrucción previa del § 136 (análogamente a cuando se rechaza un “interrogatorio”), con la consecuencia de una prohibición de utilización [explicada más detalladamente en el ap. IV.2. c)ee)(2)], pues el § 136 también protege ante la autoincriminación condicionada por el error (provocada por el Estado)<sup>105</sup>. Tampoco

<sup>103</sup> En el resultado igualmente JÄGER, *supra* nota 15, pág. 169 y ss.; con una delimitación (complicada) en relación con la astucia permitida; también KÜHNE, *supra* nota 4, nota 896; OTTO, GA, 1970, 289 (296 y ss.).

<sup>104</sup> La doctrina tiende a exigir demasiado en cuanto al nexo de imputación, cfr. VOLK, *supra* nota 25, § 28, nota 36; BEULKE, *supra* nota 13, nota 481 (“seleccionadas por las autoridades de persecución penal”), 481g (“selectivamente introducidos en una investigación concreta”); véase sobre esto el criterio de imputación formulado por la Corte Europea de DDHH en el caso *Allan v. GB* en el contexto del principio *nemo tenetur*: en este capítulo ap. IV.2.c)2.ee).

<sup>105</sup> ROXIN, *supra* nota 34, § 24, nota 30; BEULKE, *supra* nota 13, nota 481g; en particular, igualmente JÄGER, *supra* nota 15, pág. 184,

puede ser decisivo el nexo de imputación, si se invade el campo íntimo intangible del imputado con la medida procesal (más detalladamente en ap. IV.3.)<sup>106</sup>. Así también es dudoso, si la interpretación estricta del BGH respecto del ámbito de protección del principio *nemo tenetur* es compatible con la jurisprudencia de la CEDH. El Tercer Senado del BGH manifestó en este sentido dudas fundadas, sin embargo en el caso concreto dejó la cuestión abierta<sup>107</sup>. Volveremos sobre este punto en el marco de la discusión de las *investigaciones secretas*.

#### B) *Vigilancia de telecomunicaciones y grabaciones secretas*

Desde el punto de vista de los conocimientos que han sido obtenidos inesperadamente o casualmente a partir de la interceptación de telecomunicaciones (los así denominados *hallazgos casuales*), el § 100b V contiene una regla que la jurisprudencia hasta el día de hoy seguía y a la que se refería<sup>108</sup>, sobre si esos conocimientos son necesarios para la averiguación de los delitos catalogados que permiten la in-

---

quien deduce del § 136 un mandato formalizado de un interrogatorio estatal y lo ve violado. En detalle *infra* IV.2.c)ee).

<sup>106</sup> BEULKE, *supra* nota 13, nota marginal 480.

<sup>107</sup> BGH, NJW, 2007, 3138 y ss.: "Estas consideraciones de la CEDH podrían dar motivo a examinar, con vistas a otros casos posibles, si la determinación —aparentemente restrictiva— del alcance del principio *nemo-tenetur* dada por el Gran Senado para asuntos penales puede ser sostenida y cuáles consecuencias se darían para casos del tipo del que se dio en el proceso inicialmente puesto a juzgamiento" (pág. 3140).

<sup>108</sup> BGH 26, 298, 303; 31, 296, 301.

tervención. Esta regla ahora se encuentra en forma general en las reglas sobre utilización de datos en el § 477, segundo apartado, segunda oración, según el cual los datos obtenidos mediante medidas de vigilancia solo “pueden ser utilizados para el esclarecimiento de aquellos delitos para cuya investigación hubiera podido ser ordenada tal medida de acuerdo a la ley”. Si se toma en serio esta norma, solo en este caso es admisible una utilización, es decir, dicho de manera negativa, no para la averiguación sobre hechos delictivos no contenidos en el catálogo del § 100a y por supuesto tampoco en caso de que la medida de antemano sea materialmente ilegal (véase el ap. IV.2.c)cc)<sup>109</sup>. Sin embargo, la jurisprudencia flexibiliza esta interpretación literal y restringida de la ley. Por una parte, puede ser admisible una utilización de los conocimientos relacionados con hechos delictivos que no aparecen en el catálogo cuando estos se encuentran en relación (procesal) directa o estrecha con un hecho taxativamente catalogado<sup>110</sup>. Por otro lado, una prohibición de utilización no debería excluir que se continúe la investigación con fundamento en conocimientos obtenidos casualmente, para así llegar a conseguir otros medios probatorios (el denominado “rastreo de huellas”—*Spurenansatz*). Esto significa que no se atribuye un efecto reflejo a la prohibición de utilización<sup>111</sup>. Esto es preocupante, pues si se permite la uti-

<sup>109</sup> En general también BGH NStZ, 2003, 499.

<sup>110</sup> BGH NStZ, 1998, p. 426; OLG Düsseldorf NStZ, 2001, 657. Según BVerfG, NJW, 2005, 2766 sin reparos constitucionales. Ver también *Allgayer*, NStZ, 2006, 604 con más referencias.

<sup>111</sup> BGHSt 27, 355, 358; 32, 68, 70; así mismo BVerfG, NJW 2005, 2766; más restrictivo OLG Karlsruhe NJW 2004, 2687. De la misma opinión ALLGAYER, NStZ, 2006, pág. 604 y ss. (pág. 608) con

lización de conocimientos obtenidos ilegalmente para investigaciones posteriores, se provoca el desprecio de los presupuestos (materiales) requeridos precisamente para la vigilancia de las telecomunicaciones<sup>112</sup>.

Con respecto a los informes sobre *los datos vinculados a las telecomunicaciones* (§ 100g), limitaba también el anterior § 100h III la utilización de conocimientos en otros procesos penales que sirven a la averiguación de delitos catalogados (§ 100g I 1); también esto se sigue ahora del § 477, segundo apartado, segunda oración<sup>113</sup>.

Con referencia a las denominadas *escuchas intensivas (Lauschangriff)*, se debe distinguir entre la escucha en domicilios particulares (el así llamado gran *Lauschangriff*, § 100c, d)<sup>114</sup>, y en instalaciones que no son privadas (el así llamado pequeño *Lauschangriff*, § 100 f). Las informaciones obtenidas a partir de las escuchas menos intensivas (pequeño *Lauschangriff*) pueden ser utilizadas en otros hechos punibles, solamente si se trata de la averiguación de delitos ca-

---

más referencias, “quien únicamente pretende prohibir una utilización como base inicial para una investigación, cuando está establecida una prohibición de utilización no solo una prohibición en consideración al medio probatorio”.

<sup>112</sup> Crítico también VOLK, *supra* nota 25, § 10, nota 47; BEULKE, *supra* nota 13, nota 476.

<sup>113</sup> § 477 II reúne las regulaciones individuales anteriores, siguiendo a la jurisprudencia del BGH sobre el § 100a (MEYER-GÖBNER, *supra* nota 52, § 477, nota 5; BT-Drucks. 16/5846, pág. 66).

<sup>114</sup> Desde el punto de vista empírico véase MEYER-WIECK, *Der große Lauschangriff*, 2005. Según esta investigación, la medida tiene una aplicación y también un efecto limitado (ver también HEGH-MANNS, GA, 2006, 826).

talogados en el § 100 a (§ 477 II)<sup>115</sup>. En lo que concierne a las auscultaciones de mayor intensidad (el gran *Lauschan-griff*), el Tribunal Constitucional Federal declaró la regulación legal anterior parcialmente inconstitucional por violación del artículo 13 en relación con el 11 de la *Grundgesetz* (Ley Fundamental o Constitución alemana), exigiendo, entre otros requisitos, una protección absoluta del “núcleo de la vida privada”, así como una correspondiente prohibición de utilización<sup>116</sup>. A efectos del cumplimiento de dicha sentencia, el legislador<sup>117</sup> excluye explícitamente este campo esencial de la vigilancia (§ 100c IV 1). Hay que interrumpir las respectivas medidas de vigilancia inmediatamente (§ 100c V 1), anular las respectivas grabaciones (§ 100c V 2), *no debiéndose usar* los respectivos conocimientos (§ 100c V 3). Siguiendo otra decisión del Tribunal Constitucional que ve lesionado el núcleo de la vida privada por la vigilancia preventiva de las telecomunicaciones de acuerdo con el § 33a I *Niedersächsisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung* (Nds. SOG = Ley de seguridad y orden públicos de Baja Sajonia), y por tanto la considera inconciliable con el artículo 10 GG (*Grundgesetz* = Constitución)<sup>118</sup>, prevé ahora el § 100a IV para el caso de avances sobre este ámbito una prohibición de producción y una ab-

<sup>115</sup> MEYER-GOßNER, *supra* nota 52, § 100f, nota 21, § 477, notas 5 y ss; véase *supra* nota 113.

<sup>116</sup> BVerfG 109, 279 = NJW 2004, 999; a favor VOLK, *supra* nota 25, § 10, nota 51.

<sup>117</sup> “Gesetz zur Umsetzung des Urteils des BVerfG”, BGBl, 2005, I, pág. 1841, modificando los §§ 100c–f StPO.

<sup>118</sup> BVerfGE 113, 348 (375 ff., 390 ff.).



solita prohibición de utilización de pruebas; eventuales grabaciones deben ser borradas inmediatamente<sup>119</sup>.

C) *Otras prohibiciones escritas de utilización de pruebas*

Adicionalmente existen otras prohibiciones explícitas de utilización de pruebas, en especial:

- El uso de extracciones de sangre o de células del cuerpo humano quedan limitadas al respectivo proceso penal (§ 81a III);
- Las intervenciones corporales y extracciones de sangre practicadas a menores de edad pueden utilizarse a efectos de un proceso penal posterior únicamente con el consentimiento del representante legal (§ 81c III frase 5);
- Los datos personales obtenidos que sean grabados por medios mecánicos tienen restricción para su utilización “en otros procesos penales” (art. 98b III frase 3 anterior, ahora § 477 II);

<sup>119</sup> La reforma se fundamenta en un proyecto del Gobierno Federal “Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG” del 18.4.2007 (BT-Drucks. 16/5846; véase *infra* nota 235). La mencionada directiva (Abl. EU L 105/54 del 13.4. 2006) se refiere al archivo (de reserva) de datos que son generados o procesados por la puesta a disposición pública de servicios de comunicación electrónica o por redes de comunicación públicas. Crft. respecto del Proyecto de ley WOLTER, GA, 2007, 195 y ss., quien a causa de la jurisprudencia constitucional respecto del ámbito nuclear” ve como obligatorio el anclamiento de la protección de la dignidad humana en la ley. Cfr. también JAHN, *supra* nota 1, C 33 s.

- No se permite la utilización de objetos vinculados a una interrupción de embarazo, encontrados en un consultorio médico “con ocasión de un registro” (§ 108 I), como prueba en un proceso penal contra la paciente por este hecho (§ 108 II);

- Las informaciones personales, obtenidas por medio de un agente encubierto, se deben utilizar en otros procesos penales solamente con referencia a delitos contenidos en el § 110 a I (§ 110e anterior, ahora § 477 II 2, 3).

Es digno de mención el § 252, según el cual un testigo informado sobre su derecho a negarse a declarar (§§ 52-53a, véase el IV.2.b), puede hacer de ese derecho dentro de la vista oral, —en cualquier caso cuando las declaraciones inculpan al acusado<sup>120</sup>— con la consecuencia de que sus declaraciones anteriores<sup>121</sup> no deben ser “leídas”<sup>122</sup>. En lo referente a la lectura pública de la declaración previa, se trata de una prohibición de utilización escrita, que además es de carácter autónomo, ya que existe independientemente de la legalidad de la producción de pruebas (interrogatorio en la investigación)<sup>123</sup>. Evidentemente, la opinión dominante no

<sup>120</sup> Si se entiende prohibiciones de utilización como prohibiciones de cargo (*supra* nota 11 y texto principal), declaraciones testimoniales *en favor* del acusado no pueden ser cubiertas por el § 252 *a limine* (ROXIN/SCHÄFER/WIDMAIER, *StV*, 2006, 660; de otra opinión es BVerfG 57, 250, 275).

<sup>121</sup> Informaciones hacia personas privadas así como manifestaciones espontáneas y voluntarias a personas oficiales no están contemplados por el § 252, y son por tanto utilizables (BGH *NSStZ*, 2008, 585).

<sup>122</sup> Con mayor profundidad VOLK, *supra* nota 25, § 27 nota 8 ss.

<sup>123</sup> Ignorado por FINGER, *JA*, 2006, 529 (533 y s.), quien lo clasifica como prohibición no escrita dependiente. JÄGER, *supra* nota 15,

solo observa como impedimento la lectura de declaraciones anteriores, sino también aquella utilización en un sentido amplio, específicamente mediante el interrogatorio de la persona que lo realizó<sup>124</sup>, siendo controvertido, sin embargo, si no debe ser admisible al menos que se oiga al juez de la investigación penal que participó en el interrogatorio del testigo (§ 162). La jurisprudencia toma esta postura, si el imputado ha sido instruido legalmente, aduciendo como argumento, entre otros, la alta calidad del interrogatorio judicial frente al interrogatorio realizado por la Fiscalía o la Policía<sup>125</sup>. Pero esta argumentación no es convincente y es contradictoria. Si no se quiere desistir de la declaración del testigo realizada en la etapa de investigación, únicamente se puede interpretar el § 252 estrictamente en el sentido de una mera prohibición de lectura<sup>126</sup>, pero no se pueden suponer discrepancias cualitativas entre interrogatorios de imputados debidas a la persona que ha realizado el interrogatorio, discrepancias que hoy en día no existen (cuanto menos en el proceso penal alemán) ni legalmente<sup>127</sup> ni en la prácti-

---

pág. 268 habla de una “prohibición secundaria de práctica de pruebas” (“Zweiterhebungsverbot”). Como aquí ahora MURMANN, *supra* nota 6, nota 209; JAHN, *supra* nota 1, C. 36.

<sup>124</sup> BEULKE, *supra* nota 13, nota 419. Cfr. también recientemente BGH, NStZ, 2007, 353: Prohibición de utilización también de un hecho accesorio manifestado por el testigo víctima a un funcionario interviniente.

<sup>125</sup> BGHSt 2, 99, 106 y ss.; 21, 218, 219; 49, 72, 77; BGH NStZ, 2007, 652; cfr. BEULKE, *supra* nota 13), nota 465.

<sup>126</sup> Consecuente JÄGER, *supra* nota 15, pág. 270.

<sup>127</sup> Antes existía la obligación de instrucción únicamente para el interrogatorio judicial en la etapa de investigación penal, pero hoy

ca<sup>128</sup>. Si la jurisprudencia, por lo demás, permite<sup>129</sup> que a la persona que ha sido interrogada judicialmente se le pueda poner ante sí el acta procesal del interrogatorio para ayuda de memoria conforme al § 253, y —tal permisión, únicamente contiene una referencia de conjunto al acta de interrogatorio practicado por la Policía o la Fiscalía<sup>130</sup>—, se introduce así en cualquier caso un acto procesal anterior en el juicio oral<sup>131</sup>. De esta forma se socava la diferenciación

dicha prescripción vale igualmente para el interrogatorio policial y el realizado por el Fiscal (§§ 161a I 2, 163a V). La distinción entre interrogatorio judicial y no judicial, en el § 251 I, II y el privilegio del interrogatorio judicial en el § 254 es —dada la misma formación del fiscal y del juez y la posibilidad de cambiar entre el puesto de fiscal y juez en varios estados federales— solamente una ficción legal y en nada toca lo concerniente con nuestro asunto.

<sup>128</sup> Crítico también BEULKE, *supra* nota 13, nota 420, pero para una prohibición absoluta; JÄGER, *supra* nota 15, págs. 270 y s.; EISENBERG, *supra* nota 4, nota 1288 (la mayor neutralidad del juez no puede ser fundada con su posición, puesto que “la confiabilidad de la indagatoria” depende “más de la capacidad de la persona oficial que de su posición procesal”); JAHN, *supra* nota 1, C. 36; de otra opinión sin embargo LESCH, JA, 1995, pág. 691 (pág. 695 y s.) SOWIE KÜHNE, *supra* nota 4, § 55, nota 945 (“Juez por su función procesal penal, como también por su posición psicológica mediador de la representación de intereses contrarios de fiscal y defensor”, y por ello “donde reside la menor sospecha..., de forzar las investigaciones a costa de recortar derechos procesales”).

<sup>129</sup> BGH NJW, 2000, 1580; StV, 2001, 386.

<sup>130</sup> Por ejemplo de la siguiente forma: el inculpado hace su declaración ante la policía o la Fiscalía referente al contenido del interrogatorio del día del juicio oral. Cfr. también FINGER, JA, 2006, pág. 529 (pág. 534, nota 41).

<sup>131</sup> KK-DIEMER, *supra* nota 1, § 252, nota 25.

entre el interrogatorio judicial y el interrogatorio no judicial, lo que presenta una elusión evidente del § 252<sup>132</sup>, por lo menos si se ve en esta norma, de acuerdo a la opinión dominante, algo más que una simple prohibición de lectura. A fin de cuentas, se trata de una ponderación de bienes entre el interés en la persecución penal y la protección del testigo<sup>133</sup>, con lo cual no se debe omitir que la cita frecuente del § 252, particularmente en los procesos por delitos sexuales en contra de menores, ha reducido la presión en contra del testigo (víctima)<sup>134</sup>, y más aún si se trata del principal testigo de cargo.

Discutible es también la *prescindibilidad o disponibilidad del § 252*. Según la opinión de la jurisprudencia, la lectura de la declaración anterior o la indagatoria de quien fuera antes sujeto interrogado (aún no judicialmente) es perfectamente posible, cuando el testigo con derecho a no declarar prescinde de este derecho emergente del § 252<sup>135</sup>, donde tal declaración de renuncia solo debería ser efectiva cuando es indudable y cuando el testigo tiene claro que sin su consentimiento la indagatoria en cuestión no es utilizable<sup>136</sup>. Este

<sup>132</sup> Acertadamente FINGER, JA, 2006, pág. 529 (pág. 534).

<sup>133</sup> Cfr. también BGHSt. 45, 342.

<sup>134</sup> Cfr. RÖSSNER, *30 Probleme aus dem Strafprozessrecht*, 2ª ed. 2007, págs. 78 y s.; antes ya OTTO, GA, 1970, pág. 289 (pág. 295), quien por ello exige la admisibilidad de la lectura del interrogatorio anterior en causas de tutela de menores (296).

<sup>135</sup> BGH NStZ, 2007, pág. 712 (pág. 713); BGHSt 45, 203 (205) = NJW, 2000, 596 (596), respecto al interrogatorio de un experto; SCHLÜCHTER, en: SK-StPO, § 252, nota 22; KÜHNE, *supra* nota 4, § 55, nota 943.3.

<sup>136</sup> BGH NStZ, 2007, 712 (713); BGH StV, 2007, 401 (402).

punto de vista es sin embargo apenas aceptable si se ve que el fin del § 252 no es solo el reconocimiento de la predominancia de los vínculos de parentesco del testigo, sino también el conceder en general un juicio justo<sup>137</sup>, en el cual la declaración de un testigo, que en la audiencia no puede ser preguntado por la defensa, tampoco pueda ser introducido de ninguna otra manera. Una renuncia al § 252 puede ser por tanto admitida en vistas a una declaración anterior, solo cuando este testigo pueda ser directamente interrogado sobre las manifestaciones finalmente introducidas<sup>138</sup>.

Problemática es también la admisibilidad en la audiencia principal de la *lectura* del escrito de un interrogatorio previo. Del principio de inmediación en su formulación del § 250, parece desprenderse claramente en este sentido la prevalencia de la prueba personal sobre la prueba técnica (§ 250, segunda oración), incluso cuando el testigo interrogado se manifiesta de acuerdo con la lectura. En este sentido se pronunció también el Cuarto Senado del BGH, en contra de una lectura, porque el principio de inmediación no podría ser restringido por una renuncia del testigo a su derecho a no prestar declaración<sup>139</sup>. La relación de tensión que allí se encuentra entre la obligación judicial de esclarecimiento (§ 244 II) y la inmediación también se pone de manifiesto cuando un testigo hace uso de su derecho de negarse a proveer información (en general) de acuerdo al § 55, y por tanto no puede ser interrogado en la audiencia principal. En esta

<sup>137</sup> Sobre una discusión similar sobre § 55, véase *infra*.

<sup>138</sup> Cfr. también MURMANN, *supra* nota 6, nota 215 con más referencias.

<sup>139</sup> BGH StV, 2008, 170 = NStZ 08, 293.

constelación se discute, si una lectura puede fundarse en el § 251 I, número 2, porque “el testigo [...] por algún otro motivo no puede ser judicialmente interrogado en un tiempo previsible”. Al respecto, también se discute cuáles impedimentos deben ser contemplados por esta norma. La mayoría dominante considera al § 251 I, número 2, aplicable solo para casos en que el interrogatorio se ve impedido por motivos fácticos, pero no por motivos jurídicos<sup>140</sup>, de modo que la declaración anterior no podría ser considerada cuando se alega el derecho de no declaración de un testigo o el derecho de no brindar información<sup>141</sup>. En el caso de un testigo que alega el § 55, dijo el Segundo Senado del BGH que ya la letra del § 251, número 2, prohíbe asumir que haya un impedimento, pues tal testigo podría ser interrogado, cuanto menos respecto de su propia persona. También la historia legislativa habla en favor de una interpretación estricta del principio de inmediación, puesto que las excepciones estarían precisamente solo previstas en los casos concretos del § 251. En definitiva, sería una contradicción valorativa si protocolos de interrogatorios no judiciales y declaraciones escritas de testigos realizadas bajo requisitos menos exigentes pudieran ser leídos como protocolos judiciales, que en realidad valen como más confiables<sup>142</sup>. A esta argumentación se deja contraponer no obstante el deber del esclarecimiento judi-

<sup>140</sup> Véase también MEYER-GOßNER, *supra* nota 52, § 251, Rn. 11; VOLK, *supra* nota 25, § 27, Rn. 4; KÜHNE, *supra* nota 4, § 55, nota 931 y s.

<sup>141</sup> BGH StV 07, 564 (565) sobre § 55; BGH NSTz 08, 293 (294) sobre § 52.

<sup>142</sup> BGH StV 07, 564 (566).

cial (§ 244 II). Si se observan con MURMANN<sup>143</sup> los §§ 250 y ss. como concreción del deber de esclarecimiento judicial del § 244 II, la diferenciación entre impedimentos de hecho y de derecho para el interrogatorio no parecen muy convincentes<sup>144</sup>, puesto que esta diferenciación implica una considerable limitación a la averiguación de la verdad<sup>145</sup>. Sobre este trasfondo solo puede entenderse razonablemente el § 251 número 2 en el sentido de que la norma se refiere a la posibilidad de llevar adelante el interrogatorio sobre el hecho, y que un mero interrogatorio sobre la persona no puede ser suficiente por la simple razón de que no aporta información conducente al esclarecimiento del hecho<sup>146</sup>. La contradicción valorativa, mencionada por el BGH respecto del interrogatorio judicial y no judicial, está además prevista en la propia ley (desde 2004), puesto que con la adopción de la palabrita “también” en el apartado 2 de la norma, el legislador ha adoptado un tratamiento equivalente a los interrogatorios no judiciales contemplados en el apartado 1 y a los interrogatorios judiciales contemplados en el apartado 2. La referencia a la voluntad del legislador histórico es un argumento contundente para una interpretación estricta de la inmediación desde que esta se ha concretado en los ejemplos introducidos (muerte, enfermedad, fragilidad) en los

<sup>143</sup> MURMANN, StV, 2008, págs. 339 y ss. (sobre las sentencias mencionadas del 2º y 4º Senado).

<sup>144</sup> Sobre estas ideas véase JÜRGEN MEYER, *Der Urkundenbeweis in der Hauptverhandlung*, 1999, pág. 143 y ss.

<sup>145</sup> MURMANN, *supra* nota 143, pág. 341.

<sup>146</sup> *Idem*, pág. 340.



apartados 1 y 2 del § 251<sup>147</sup>. Si el § 250 realmente tuviera que ser entendido en relación al § 244 II<sup>148</sup>, la posibilidad de lectura debería ser siempre permitida cuando una prueba personal no fuera posible, total o parcialmente<sup>149</sup>. Esto contradice sin embargo la sistemática de la regla-excepción de los §§ 250 y 251 así como el importantísimo significado del principio de inmediación para un proceso penal justo y acorde con los principios del Estado de derecho. Incluso si se concede que el § 250 se enraiza en la obligación de esclarecimiento judicial del § 244 II<sup>150</sup>, eso no iría en contra de otros fines inmanentes al § 250, en especial, precisamente, el aseguramiento del principio de inmediación<sup>151</sup>. También debe prestarse atención a que solo una interpretación independiente del principio de inmediación se corresponde suficientemente con el principio de igualdad de armas del artículo 6 CEDH<sup>152</sup> y ante todo con el derecho de confrontación del artículo 6 III d CEDH<sup>153</sup>. En consecuencia, debe ser rechazada una ampliación teleológica o una aplicación análoga del § 251 en casos de negación a brindar información con fundamento en el § 55<sup>154</sup>.

<sup>147</sup> Véase para los antecedentes MITSCH, JZ, 1992, pág. 174 (180 s.); DÖLLING, NSTZ, 1988, pág. 6 (9).

<sup>148</sup> Véase sobre esto también MEYER, *supra* nota 144, pág. 136, 138; MITSCH, JZ, 1992, págs. 174, 177.

<sup>149</sup> Véase para la última constelación BGH, StV, 2007, 567, donde en realidad había un impedimento de hecho para el interrogatorio.

<sup>150</sup> KÜHNE, *supra* nota 4, § 55, nota 914.

<sup>151</sup> Véase aquí LANGKEIT/CRAMER, StV, 1996, pág. 230 (pág. 233).

<sup>152</sup> Cfr. AMBOS, ZStW 115, 2003, págs. 583, 592 y ss.

<sup>153</sup> CORNELIUS, NSTZ, 2008, pág. 244 (pág. 248).

<sup>154</sup> Así MITSCH, JZ, 1992, págs. 174, 178.

El § 160a I 2 prevé ahora una “prohibición de utilización” en caso de medidas investigativas que violen el derecho de no declaración de *religiosos, defensores penales y parlamentarios*. Para otros profesionales también ligados por el secreto profesional depende una eventual prohibición de utilización de pruebas de la proporcionalidad e importancia del delito en cuestión (§ 160a II 3).

También existen otras prohibiciones de utilización probatoria en *leyes especiales*, v. gr., los §§ 51 de la Ley del Registro Central Federal (*Bundeszentralregistergesetz*), 393 II de la Ley Tributaria (*Abgabenordnung*), 97 I 3 de la Ley Concursal (*Insolvenzordnung*), y 4 de la Ley sobre los Documentos del Servicio de Seguridad de la antigua RDA (*Stasi-Unterlagen-Gesetz*). Según el artículo 13 V, frase 2, de la Constitución (*Grundgesetz*) los conocimientos que han sido obtenidos con fundamento en la introducción de medios técnicos en domicilios privados son utilizables únicamente a condición de la existencia de una orden judicial anterior [al respecto véase el registro domiciliario así como *infra* IV, 2, c) dd)].

#### 4. PROHIBICIONES NO ESCRITAS DE UTILIZACIÓN DE PRUEBAS

##### A) *Intentos de explicación*

Las prohibiciones no escritas de utilización probatoria requieren de una fundamentación material, ya que no se funda en una prescripción legal. La búsqueda de tal fundamentación nos lleva de nuevo a la pregunta planteada anteriormente sobre el objeto de las prohibiciones de prueba, y que ya había motivado a BELING a la necesidad de una regula-

ción de principio<sup>155</sup>. No obstante, esta regulación no ha sido encontrada hasta ahora, más bien, existe un consenso general —al lado de la ya mencionada diferenciación entre producción de prueba y utilización de prueba<sup>156</sup>— solamente en la constatación de que no se ha logrado hasta hoy reconducir las prohibiciones probatorias a una sola idea fundamental<sup>157</sup>. Por lo demás, distintas teorías disputan la solución correcta de los supuestos que subyacen en los conflictos de ponderación, sin que, evidentemente, se haya podido alcanzar una respuesta satisfactoria a los diferentes niveles del problema<sup>158</sup>.

La teoría del ámbito o círculo de derechos (*Rechtsskreistheorie*), anteriormente sostenida (aunque por poco tiempo) por la jurisprudencia, es cuestionable, ya que se desarrolló con fundamento en un problema especial (la vulneración de la obligación de instrucción de conformidad con el § 55 II), y solamente cuestiona si “la violación afecta

<sup>155</sup> BELING, *supra* nota 1, prólogo: “[Si] no me engaño, así es la teoría de las prohibiciones de prueba, que hasta hoy no ha sido tratada *ex professo* en ninguna otra parte y que es todavía apta para desarrollos posteriores [...] En el futuro no se podrá abandonar la tarea de buscar unos principios reguladores en lugar de la casuística desarrollada hasta hoy”.

<sup>156</sup> Cfr. *supra* ap. II y notas 32 y ss.

<sup>157</sup> Análisis profundo de la literatura en JÄGER, *supra* nota 15, pág. 69 y ss., concluyendo que hasta ahora no se logró “una fundamentación convincente de las prohibiciones de utilización”; en particular, igualmente VOLK, *supra* nota 25, § 28, nota 8, 13; BEULKE, *supra* nota 13, nota 457; HELLMANN, *supra* nota 18, nota 782; ARLOTH, GA, 2006, págs. 258, 261.

<sup>158</sup> Completo y crítico sobre las diferentes teorías JAHN, *supra* nota 1, C 51 y ss.

sustancialmente el ámbito de derechos del recurrente, o si la violación solo es de segundo orden, y en consecuencia carece de importancia para él<sup>159</sup>. Abstracción hecha de la imprecisión de esta fórmula, la teoría implica una restricción de los derechos procesales del acusado en su acepción de derechos fundamentales, a pesar de que el acusado tiene derecho a un proceso debido legal y justo en su totalidad<sup>160</sup>. La “afectación del ámbito de derechos” (*Rechtskreisberührung*) tampoco expresa automáticamente algo en relación con una eventual consecuencia de una prohibición de utilización probatoria<sup>161</sup>.

La doctrina del *fin de protección de la norma* (*Schutzzwecklehre*) cuestiona si el sentido y el fin de una disposición procesal infringida demandan explícitamente una prohibición de utilización<sup>162</sup>. Esto supone, en primer lugar, que incondicionalmente existe una norma (una prohibición de la

<sup>159</sup> BGHSt 11, 213, 215; crítico mientras tanto BGHSt 19, 325, 332; 38, 214, 219 f.; 42, 73, 77; crítico también HAUF, NStZ, 1993, pág. 457; DENCKER, StV 1995, pág. 232; VOLK, *supra* nota 25, § 28, nota 9; BEULKE, *supra* nota 13, nota 459; JAHN, *supra* nota 1, C 39 y ss.;

<sup>160</sup> FEZER, JuS, 1978, 325 (327); GEPPERT, Jura, 1988, 305 (313); ROXIN, *supra* nota 34, § 24, nota 20; VOLK, *supra* nota 25, § 28, nota 9; MURMANN, *supra* nota 6, nota 207 (en relación con el § 55). Acertadamente crítico con el concepto de la “simple” prescripción de orden JAHN, *supra* nota 1, C 42 y ss.

<sup>161</sup> Para el reproche de circularidad de la teoría del ámbito de derechos *vide* JÄGER, *supra* nota 15, pág. 140.

<sup>162</sup> Cfr. BEULKE, ZStW (103), 1991, 657 y ss.; de acuerdo también ARLOTH, GA, 2006, 259 (260); sobre los distintos funcionamientos JAHN, *supra* nota 1, C 54 y ss.

producción probatoria), de la cual se puede inferir un fin de protección<sup>163</sup>. La existencia de tal norma, además de la trasgresión, plantea la pregunta de si su propósito justamente estriba en excluir del acerbo probatorio utilizable el resultado probatorio obtenido con la violación de la prohibición, ya que por cuenta de su eventual permanencia, la prueba así obtenida entraña una profundización de la violación del derecho<sup>164</sup>. Por consiguiente, metodológicamente se plantea el problema de si únicamente puede ser inferida desde el fin de protección de una norma de recolección probatoria la consecuencia de su utilización o no-utilización probatoria<sup>165</sup>. A modo de ejemplo: al testigo Z, quien es pariente del acusado, no se le advierte sobre su derecho a negarse a declarar (§ 55 II), lo que plantea el problema de si el § 55 II únicamente sirve a la protección del testigo ante autoincriminaciones y la incriminación de parientes (por lo que no se produce ninguna prohibición de utilización de la declaración referente al acusado)<sup>166</sup>, o si también la norma tiene como objeto la protección del imputado ante eventuales afirmaciones falsas

<sup>163</sup> Cfr. VOLK, *supra* nota 25, § 28, nota 10; también KINDHÄUSER (*supra* nota 34), § 23, nota 15.

<sup>164</sup> Cfr. FEZER (*supra* nota 99), pág. 219 con más referencias; también KINDHÄUSER (*supra* nota 34), § 23, nota 14. En favor de una teoría autónoma de la intensificación del daño (Schadensvertiefungslehre), Grünwald JZ 1966, 490.

<sup>165</sup> Cfr. FEZER (*supra* nota 99), pág. 219 con más referencias; crítico al respecto JAHN, *supra* nota 1, C 57.

<sup>166</sup> Así la opinión dominante (con fundamento en la teoría del círculo de derechos), cfr. VOLK (*supra* nota 25), § 21, nota 15 f., § 28, nota 19; BEULKE (*supra* nota 13), nota 464; ambos con más referencias.

del testigo, y con ello se fundamenta una prohibición de utilización<sup>167</sup>.

La teoría del fin de protección aclara que en esencia se trata de una ponderación entre los intereses estatales de persecución penal y de averiguación de la verdad por una parte, y los intereses individuales del ciudadano, por otra. De esta forma, la doctrina se encuentra con la dominante *teoría de ponderación (Abwägungslehre)*, la cual concreta los intereses a ponderar, teniendo en cuenta —al referirse a la doctrina del propósito de protección— la gravedad del hecho imputado y el peso de la infracción procesal<sup>168</sup>:

“La decisión a favor o en contra de una prohibición de utilización se ha de encontrar fundamentada en una ponderación amplia. En ella se comprende el peso de la infracción procesal así como su importancia para la esfera legalmente protegida del afectado, lo mismo que el peso de la consideración, según la cual la verdad no debe ser investigada a cualquier precio. Por otra parte, hay que considerar que las prohibiciones de utilización inciden en las posibilidades de averiguación de la verdad y que el Estado, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, ha de garantizar con la Ley Fundamental una administración de justicia penal funcional, sin la cual la justicia no puede realizarse. Si la norma procesal que ha sido violada no favorece o no lo hace en primera línea al imputado, nos encontramos lejos de una

<sup>167</sup> Así ROXIN (*supra* nota 34), § 24, nota 36; también JAHN, *supra* nota 1, C 73.

<sup>168</sup> Cfr. más recientemente BGHSt 38, 214, 219 y s.; resumiendo también VOLK (*supra* nota 25), § 28, nota 11; crítico FEZER (*supra* nota 99), págs. 219 y s.

prohibición de utilización; un ejemplo es la infracción contra el § 52 II StPO. Por otra parte, una prohibición de utilización se encuentra cerca, cuando la norma procesal violada está determinada para asegurar los fundamentos de la posición procesal del imputado o acusado en el proceso penal”.

Esta doctrina, que en realidad apunta a lograr justicia en casos individuales, le aporta en definitiva tan poco a la seguridad jurídica como poca es también su pretensión de fundamentación teórica<sup>169</sup>. JÄGER<sup>170</sup> ha constatado, en una investigación fundamental sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal, que este “vacila entre la teoría del fin de protección y la doctrina de la ponderación sin sistema reconocible”, con lo cual el Tribunal tiende a la teoría del fin de protección en los casos de errores procesales en los interrogatorios o en las medidas coercitivas relacionadas con la protección judicial del interrogado, mientras que en las demás injerencias recurre a la teoría de la ponderación. JAHN ve una “inflación de los criterios de ponderación” y un recurso a uno u otro “según el estado de cosas” sin “mayor fundamentación”<sup>171</sup>.

El mismo JÄGER pretende referirse — con una teoría de la prohibición de utilización probatoria referida materialmente al objeto probatorio (*beweisgegenständliche Verwertungsverbotslehre*)— a la “función de protección referida estrictamente al objeto de las normas de producción probatoria” (*beweisgegenständliche Schutzfunktion der Erhe-*

<sup>169</sup> Crítico en este sentido también JAHN, *supra* nota 1, C 59 y s. (también con referencia a la teoría de las consecuencias del error de ROGALL y al modelo del ámbito nuclear de WOLTER).

<sup>170</sup> JÄGER (*supra* nota 15), pág. 4 y ss. (67).

<sup>171</sup> JAHN, *supra* nota 1, C 47 y s.

*bungsnorm*)<sup>172</sup>. Un quebrantamiento del principio de abstracción<sup>173</sup>, y por ende de una prohibición de utilización entra en consideración, “cuando el sentido de la norma de producción de pruebas consiste en privar a la práctica de pruebas de un cierto objeto probatorio”<sup>174</sup>. En consecuencia, la utilización se sujeta al “fin de protección de la norma en sentido estrictamente objetivo” („gegenständlichen Schutzzweck der Norm“), es decir, al “ámbito de protección de la prohibición de la producción probatoria en sentido estrictamente objetivo” („gegenständlichen Schutzzumfang des Erhebungsverbots“), y se refiere al “objeto probatorio obtenido por la producción probatoria” („durch die Erhebung erlangten Beweisgegenstand“)<sup>175</sup>. Es necesaria una “identidad del error, en el sentido de una doble deficiencia con miras al objeto probatorio” („Fehleridentität im Sinne eines gegenständlichen Doppelmangels“), es decir, el alcance de la prohibición de utilización secundaria debe consecuentemente corresponder a la prohibición de producción primaria<sup>176</sup>. No es decisivo el ámbito de protección personal de la norma de producción, sino su ámbito de protección referido objetivamente<sup>177</sup>. La ponderación entre la justicia material y proce-

<sup>172</sup> JÄGER, *supra* nota 15, pág. 139 y ss. y *passim*.

<sup>173</sup> Cfr. *supra* nota 35 y texto.

<sup>174</sup> JÄGER, *supra* nota 15, pág. 139. Cuando el sentido de la norma de producción probatoria estriba en privar la práctica probatoria de un determinado objeto de prueba.

<sup>175</sup> *Idem, Ibidem*.

<sup>176</sup> *Ibidem*, págs. 139, 167.

<sup>177</sup> *Ibidem*, pág. 140: no “a quien la norma de producción probatoria discierne un derecho”, sino “cual ámbito de protección material” ella “define”.



sal debe producirse mediante una concordancia práctica, concretamente por medio de un sobreesimiento por sentencia procesal, para evitar una sentencia condenatoria de contenido materialmente erróneo como consecuencia de simples errores (formales) de procedimiento<sup>178</sup>.

La doctrina de la pretensión de dominio informativo personal (*Informationsbeherrschungsanspruch*)<sup>179</sup> fundamenta la prohibición de utilización probatoria en primera línea en una pretensión de restitución secundaria, que compete al titular de la información por la vulneración de su derecho primario a la autodeterminación informativa; de allí se deduce en algún sentido un fundamento de "lógica y justicia"<sup>180</sup>. Si se tratara de la pretensión de restituir la supresión de los resultados informativos injustificados, por la no utilización de las informaciones procuradas u obtenidas ilegalmente, se captaría la acción informativa injustificada en forma de investigaciones en contra de los derechos humanos, que no necesariamente acarrearán un resultado violatorio informativo, apoyándose en la idea de la legitimación estatal de penalización. Esta indignidad del Estado se produce cuando no respeta un determinado estándar mínimo de ética (el de los derechos humanos)<sup>181</sup>. A pesar de la crítica exteriorizada respecto a esta teoría<sup>182</sup>, esta puede a menudo ser

<sup>178</sup> Cfr. más detallado JÄGER (*supra* nota 15), págs. 255 y ss., 281.

<sup>179</sup> Fundamental AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess*, 1990; modificando el mismo, *FS Roxin*, 2001, págs. 1259 y ss.

<sup>180</sup> AMELUNG, *FS Roxin*, 1258 (1265).

<sup>181</sup> Resumiendo AMELUNG, *FS ROXIN* 2001, 1258 (1260 ss).

<sup>182</sup> Fundamental JÄGER (*supra* nota 15), págs. 100 y ss., 140s, así como las referencias de AMELUNG, *FS Roxin* 2001, 1258 (1259 con nota 3).

invocada complementariamente en aquellos casos en los cuales se está en presencia de una violación procesal a la autodeterminación informativa del acusado<sup>183</sup>, por lo que debería ser atribuida a este la última decisión acerca de la utilización de prueba, por ser él el único autorizado a disponer de las informaciones en cuestión. Una prohibición de utilización absoluta e inflexible, por ejemplo, con referencia a anotaciones de diarios personales, no lleva a ningún resultado adecuado, puesto que no tiene en cuenta la voluntad posiblemente opuesta del acusado<sup>184</sup>. Finalmente, es fruto de esta doctrina haber puesto en el centro de la atención la importancia de las informaciones como objeto de prueba<sup>185</sup>.

Con la *teoría de las facultades probatorias* ahora expuesta por JAHN debe ser asegurado y concretado constitucionalmente el derecho de la utilización de pruebas<sup>186</sup>. El § 244 II contendría —en concordancia con la teoría de reserva legal— una autorización —real— para la introducción de medios probatorios decisivos que sin embargo desde el punto de vista de las consecuencias jurídicas —en concordancia con el principio de prevalencia de la ley (GG, art. 20 II Hs. 2)— deberían ser sometidos a un control general de proporcionalidad. La utilización probatoria debería ser por

<sup>183</sup> Sin embargo, la teoría de AMELUNG ya fue descubierta antes de identificar un derecho a la autodeterminación informativa y, por tanto, se desarrolló independientemente de ello (cfr. AMELUNG, *FS Roxin*, 1258 (1265 con nota 25)).

<sup>184</sup> Cfr. VOLK (*supra* nota 25), § 28, nota 12.

<sup>185</sup> En este sentido también JÄGER (*supra* nota 15), pág. 104.

<sup>186</sup> JAHN, *supra* nota 1, C 66 y ss., 127.

tanto siempre adecuada, necesaria y medida, para lo cual en el nivel de la "medida", la dignidad humana y la garantía de su esencia (GG, art. 1 I, 19 II, 79 III) deberían devenir en límites cualitativos de la utilización probatoria. Sin embargo, esta teoría tampoco puede presentar un catálogo cerrado de prohibiciones de utilización, sino que debe ser determinado en cada caso "en forma independiente mediante la aplicación de la norma correspondiente", lo que "en el marco de los derechos fundamentales individuales pertenece al contenido de la garantía de la dignidad humana"<sup>187</sup>. De esta forma, de todos modos, la perspectiva de los derechos fundamentales orientada a lograr un proceso justo es puesta por delante de enfoques meramente cuantitativos.

En *conclusión*, resulta que al final todas las decisiones se fundan en una ponderación entre los intereses de la persecución penal y los intereses del imputado<sup>188</sup>, con lo cual la doctrina de la ponderación debería ser concretada a efecto de evitar una impresión de arbitrariedad<sup>189</sup> con el apoyo de otras doctrinas, sobre todo la doctrina del fin de protección y la teoría de las facultades. Dichas teorías, por lo general, no conducen a otros resultados<sup>190</sup>. La decisión "correcta",

<sup>187</sup> Así JAHN mismo, *supra* nota 1, C 72.

<sup>188</sup> Cfr. también ROXIN (*supra* nota 34), § 24, nota 23; de modo similar HELLMANN (*supra* nota 18), nota 784; ARLOTH, GA, 2006, 258 (260). Así también JAHN, *supra* nota 1, C 79 respecto de prohibiciones de utilización independientes, para lo cual de todas maneras quiere aplicar la teoría de la reciprocidad en el marco de su teoría de las facultades.

<sup>189</sup> Crítico en general ARLOTH, GA 2006, 258 (260); KINDHÄUSER (*supra* nota 34), § 23, nota 17.

<sup>190</sup> Sintomática la aplicación concreta de la teoría de JÄGER (*supra* nota 15), págs. 143 y ss. o también la casuística aportada por JAHN,

de todos modos, tiene que darse caso por caso, por lo que una cierta casuística a penas parece evitable<sup>191</sup>. La ponderación debe efectuarse desde el punto de vista judicial, pues el juez de instancia es quien debe decidir en el juicio oral si puede todavía subsanar la infracción procesal o ha de aceptar irrevocablemente una prohibición de utilización<sup>192</sup>. La decisión legislativa a favor de una prohibición de producción probatoria no anticipa la ponderación en sí. En realidad, el contenido normativo de las disposiciones de producción probatoria debe ser consultado a efectos de una interpretación de la cuestión de la utilización probatoria<sup>193</sup>; sin embargo, raras veces dará por resultado una deducción inequívoca, ya que se trata de normas de *producción* probatorias y no de disposiciones de *utilización* de prueba. De lo contrario, en todos los casos de prohibiciones de utilización probatoria dependientes debería ser excluida la utilización *a limine* como consecuencia de la infracción legal, y ello desautorizaría fácticamente el interés público en la persecución penal.

Como directriz general se podrá suponer una prohibición de utilización, en principio, cuando se trate de una infracción legal de *especial gravedad* en el sentido de los es-

---

*supra* nota 1, C 73 y s.; ver también referencias individuales *supra* y en las notas siguientes.

<sup>191</sup> Así también, en lo sustancial, las opiniones resumidas por JÄGER (*supra* nota 15), pág. 106 y ss. como teorías de ponderación y combinación ("Abwägungs- und Kombinationstheorien").

<sup>192</sup> Cfr. FEZER (*supra* nota 99), p. 217.

<sup>193</sup> *Ibidem*, pág. 220; en este sentido también BEULKE (*supra* nota 13), nota 458; ARLOTH, GA, 2006, 258 (260); con la misma tendencia RÖSSNER (*supra* nota 134), págs. 75 y s.

tándares de los derechos humanos<sup>194</sup> anteriormente mencionados y/o si la infracción se manifiesta como un *bien calculado* o *consciente* menosprecio de las disposiciones procesales. El derecho a un proceso justo (*fair trial*)<sup>195</sup> e igualmente el indispensable control disciplinario de las instancias de persecución penal imponen en este caso la no-utilización<sup>196</sup>. La objeción según la cual el medio de prueba también hubiese podido ser obtenido legalmente (el así llamado curso causal hipotético de investigación)<sup>197</sup> no varía en nada la no-utilización probatoria, puesto que la infracción procesal resulta irreversible, añadiendo a ello que los requisitos del procedimiento investigativo hipotético no están esclarecidos y el procedimiento de investigación difícilmente puede predecirse de manera fiable<sup>198</sup>. Además, esta objeción conduce a un relativismo carente de fundamento y en última instancia a un abandono de las normas procesales que autorizan las medidas coercitivas, ya que se les despoja de cualquier efecto, en cierto modo como si se tratara de una “dogmática sin consecuencias”<sup>199</sup>. Por ello, ha afirmado acertada-

<sup>194</sup> Véase *supra* notas 82 y s.

<sup>195</sup> Sobre esto como prohibición probatoria independiente JAHN, *supra* nota 1, C 80 y s.

<sup>196</sup> Igualmente HELLMANN (*supra* nota 18), nota 78; KINDHÄUSER (*supra* nota 34), § 23, nota 10; también FINGER, JA, 2006, 529 (535).

<sup>197</sup> Crítica fundamental de DENCKER (*supra* nota 16), p. 80 ss.; JÄGER (*supra* nota 15), págs. 230 y s., 234; JAHN/DALLMEYER, NStZ, 2005, 297 y ss.; crítico también ROXIN (*supra* nota 34, § 24, nota 21; VOLK (*supra* nota 25), § 28, nota 14; a favor KÜHNE (*supra* nota 4), nota 909.2; ARLOTH, GA, 2006, 259 (260 s).

<sup>198</sup> Cfr. la crítica profunda de JAHN, *supra* nota 1, C 74 y ss., 127, para el cual además falta un fundamento jurídico.

<sup>199</sup> KÜHNE (*supra* nota 4), nota 908, pág. 462.

mente el BGH en relación con una desatención consciente del control judicial (en los §§ 102 y ss.), que mediante el recurso a este argumento auxiliar el requisito legal “siempre quedaría minado” y “el control judicial, en definitiva, devendría incluso absurdo. En caso de tolerar desobediencias burdas al requisito del control judicial surgiría incluso un estímulo para que las investigaciones sin juez de investigación sean más fáciles y posiblemente más prometedoras en sus resultados [...]. Con ello se estaría renunciando a una exigencia esencial de un proceso de investigación propio de un Estado de Derecho, esto es, que las pruebas no pueden ser obtenidas mediante violación consciente del derecho ni mediante una equivalente desatención del derecho”<sup>200</sup>.

B) *Ejemplos de prohibiciones de utilización de pruebas dependientes*

a) *Falta de instrucción del imputado*. El principio según el cual el inculpado no debe ser obligado a cooperar en la comprobación de su culpabilidad —“nemo tenetur se ipsum accusare”—, o sea el derecho a no declarar, se encuentra cimentado constitucionalmente (GG, art. 1 I, 20 III)<sup>201</sup>, así como en la normativa del derecho internacional de los derechos humanos (art. 6 CEDH)<sup>202</sup>. Su silencio básicamente no puede ser utilizado en su contra<sup>203</sup>. El inculpa-

<sup>200</sup> BGH NJW, 2007, 2269, 2273; siguiéndolo OLG Hamburg StV, 2008, 457. Sobre la problemática en más detalle *infra* 2. c)dd) en la nota 267.

<sup>201</sup> BEULKE (*supra* nota 13), nota 467.

<sup>202</sup> TEDH StV, 2006, 617, 620 y ss.

<sup>203</sup> Sobre la discutida utilización del silencio parcial del acusado MURMANN, *supra* nota 6, notas 192 y s., con más referencias.

do ha de ser adecuadamente informado sobre su derecho a no declarar (§ 136 I 2), incluso cuando se infiera que el inculpado conoce su derecho a permanecer en silencio o ha comparecido ante el tribunal con un defensor<sup>204</sup>. La obligación de informar sobre el derecho a no declarar presupone por tanto, en primer lugar, la *calidad de acusado*, la cual requiere —subjetivamente— de la voluntad de persecución de las autoridades de la instrucción penal, y que esta a su vez —objetivamente— se debe manifestar en un acto de voluntad, es decir, en el *interrogatorio formal*<sup>205</sup> como *acusado*<sup>206</sup> (“teoría mixta subjetiva-objetiva del acusado”)<sup>207</sup>. En caso que faltara el acto de voluntad subjetivo y en que el comportamiento de las autoridades investigativas se mostrara hacia afuera (objetivamente) de todos modos como medida de investigación con fundamento en un inicio de sospecha, aparecerá la falta de un acto de voluntad como arbitrario, pero de todas maneras y en vistas al aseguramiento de los derechos del acusado debe darse por sentada una calidad de acusado<sup>208</sup>. Manifestaciones espontáneas y declaracio-

<sup>204</sup> BGHSt 38, 214, 220 = NJW 1992, 1463 (1465); BGHSt 47, 172, 173.

<sup>205</sup> Sobre este concepto ver *supra* nota 73.

<sup>206</sup> Para el interrogatorio del sospechoso como testigo no es necesaria ninguna información (BGH NStZ, 2007, 653, 654).

<sup>207</sup> Vgl. BGH NStZ, 2007, 653 f.

<sup>208</sup> BGH NStZ, 2007, 653 (“... también medidas de intervención que se vinculan con un hecho sospechoso fundan básicamente la calidad de acusado del sospechoso afectado por la medida, ya que aquellas generalmente tienen por objetivo ir contra este a causa de un hecho delictivo; la posición de acusado del sospechoso es por tanto obvia cuando un registro según el § 102 StPO sirve para obtener ele-

nes en el marco de un interrogatorio informativo no están sin embargo contemplados por el § 136<sup>209</sup>.

La omisión de la instrucción conduce a una *prohibición de utilización*<sup>210</sup>. Lo mismo resulta en caso de omisión de la instrucción referente al derecho de consultar a un defensor (§§ 136 I 2, 137); pero no se llega al mismo resultado cuando la policía omite indicar al inculcado —informado sobre su derecho de consultar a un defensor— que su falta de recursos no excluye la consulta de un abogado<sup>211</sup>. Finalmente, surge también una prohibición de utilización en caso de falta de instrucción en el juicio oral (§ 243 IV 1)<sup>212</sup>.

Sin embargo, las declaraciones pueden ser utilizadas de manera excepcional, si el inculcado ha reconocido (con seguridad) su derecho a no prestar declaración<sup>213</sup>, si el de-

mentos de prueba apropiados para su elevación.“), 654; BGH 38, 214, 228 = NJW 1992, 1463 (1466); también MURMANN, *supra* nota 6, nota 199.

<sup>209</sup> Cfr. VOLK (*supra* nota 25), § 9 nota 11; FINGER, JA, 2006, 529 (534), con más referencias.

<sup>210</sup> BGHSt 38, 214 = NJW 92, 1463; FEZER (*supra* nota 99), pág. 221; ROXIN (*supra* nota 34), § 24, nota 24, 29; KÜHNE (*supra* nota 4), nota 909.1; MEYER-MEWS, JuS, 2004, 39 (40); MURMANN, *supra* nota 6, nota 201; JAHN, *supra* nota 1, C 73.

<sup>211</sup> BGHStV, 2006, 566 y 567. Ver también FINGER, JA, 2006, 529 (535) con más referencias.

<sup>212</sup> Cfr. FINGER, JA, 2006, 529 (534 s.).

<sup>213</sup> BGHSt 38, 214 (224) = BGH NJW 1992, 1463 (1465); BGHSt 47, 172, 173. Esta perspectiva es también acertadamente trabajada por MITSCH, NStZ, 2008, 49 y ss., pero apenas conciliable con BGH, NStZ, 2007, 653, ya que aquí (cfr. ya *supra* notas 206 y ss.) el 1<sup>er</sup> Senado ha dicho que “la sola información al acusado de que ante



fensor consiente la utilización, si no se opone a ella hasta el interrogatorio del acusado en el juicio oral (§ 257) (*solución de oposición previa*)<sup>214</sup>, o si el error es salvado mediante una tardía información del derecho a no declarar y el interrogatorio es iniciado nuevamente desde el principio<sup>215</sup>. El desprecio o la elusión por el derecho al silencio del inculpado (advertido), por ejemplo, cuando se le interroga nuevamente a este sobre el asunto, aunque pretenda hacer las declaraciones subsiguientes dependientes de un contacto con el defensor, no llevan automáticamente en todos los casos a una prohibición de utilización de las declaraciones así obtenidas si el inculpado no ha sido engañado en el sentido del § 136a y ha hablado voluntariamente con los agentes de investigación penal<sup>216</sup>.

---

la policía no debe decir nada, y que de acuerdo con los §§ 55 II, 163a V StPO tampoco tiene que dar ninguna información que pudiera perjudicarlo (...) en general no [puede] reemplazar la obligatoria información sobre el amplio y completo derecho de negarse a declarar”.

<sup>214</sup> BGH, BGHR StPO § 100a Verwertungsverbot 11; BGHSt 50, 206 [215 f.] = NJW 2005, 3295 = NStZ 2005, 700; BGHSt 51, 1 = NJW 2006, 1361 = NStZ 2006, 402; dejando abierta la cuestión BGH NJW 2007, 2269 (2273). Según BGH NStZ, 2007, 719, debe alcanzarse cuando la contradicción es rechazada en la sentencia. Una información previa sobre la cuestión de la posibilidad de utilización tampoco sería necesaria desde el punto de vista del proceso justo.

<sup>215</sup> Cfr. VOLK (*supra* nota 25) § 9, nota 11.

<sup>216</sup> BGH NJW 2006, 1008, 1009, en la que el tribunal podría dejar abierto el punto en cuestión, pero *obiter* ha huído de una acertada valoración de la utilización (1010). La decisión únicamente puede ser encontrada en relación con este caso concreto, habiendo sostenido el Tribunal del Land *in casu* la imposibilidad de reclamar

La excepción a la no utilización por el consentimiento del defensor y la solución de no alegación previa hasta el primer interrogatorio del acusado resultan sin embargo cuestionables, pues si bien el derecho a abstenerse de prestar declaración y la advertencia acerca de este son expresiones del derecho a la autodeterminación informativa, solo quien es advertido del derecho, es decir, el acusado o inculpado, puede desistir de él y no, en representación suya, el defensor; además, es cuestionable si la tarea del defensor —y no del tribunal por su obligación de asistencia— es la de subsanar el error procesal, puesto que se trata de asegurar que el proceso se realice dentro de los lineamientos del Estado de derecho<sup>217</sup>. Finalmente, cae también el argumento principal para la solución de la contradicción si las pruebas de descargo siempre son consideradas utilizables<sup>218</sup>, puesto que la utilización de las restantes pruebas de cargo será siempre en contra del acusado y no necesitan contradicción<sup>219</sup>.

---

contra la conducta comprobada de los funcionarios de investigación penal. (LG, Göttingen, auto de 19 abril 2004, 6 Ks 7/03).

<sup>217</sup> Cfr. SCHON-ROXIN, *FS Hanack*, 1999, págs. 1, 21 y s; del mismo, (*supra* nota 34), § 24, nota 25; sust. VOLK, *supra* nota 25, § 28, nota 22; PRITTWITZ, *StV*, 2008, 492 y ss.; crítico también MURMANN, *supra* nota 6, nota 203; JAHN, *supra* nota 1, C 111 y s., 128, quien boga por una solución afirmativa. Si se considera al abogado defensor como órgano de la justicia, tiene obligación de evitar y eventualmente subsanar errores procesales; pero, si se le considera como mero representante de los intereses de su cliente, no tiene esta obligación (cfr. sobre esta diferenciación BEULKE *supra* nota 13, nota 150 y ss., con más referencias).

<sup>218</sup> Véase *supra* nota 11 y texto.

<sup>219</sup> ROXIN, *NStZ*, 2007, 618.

La prohibición de utilización *no* tiene validez en beneficio de *terceros*. Cuando, por ejemplo, se archiva un proceso contra un inculpado (B) que fue interrogado sin instrucción previa y se requiere dar lectura a su interrogatorio dentro de otro proceso de conformidad con el § 251 I n.º 2 —por causa del fallecimiento de B, por lo que ya no puede ser interrogado como testigo—, la prohibición de utilización que originariamente surgió en favor de B, ya no alcanza ningún efecto para la(s) persona(s) acusada(s) dentro de otro proceso. En consecuencia, el interrogatorio de B puede ser introducido en forma de lectura en el juicio oral<sup>220</sup>.

La frustración del *derecho a estar presente* en el interrogatorio judicial durante la fase de investigación (§§ 168c II, 168d I) lleva en opinión de la jurisprudencia solo a una atenuación del valor probatorio<sup>221</sup>, admitiéndose la introducción del protocolo judicial (defectuoso) del interrogatorio en el juicio oral de acuerdo con el § 251 II<sup>222</sup>. Por otra parte, sin embargo, la infracción contra la obligación de notificación del § 168c V debería acarrear una prohibición de utilización<sup>223</sup>. Esto resulta contradictorio, ya que el imputado

<sup>220</sup> Cfr. VOLK (*supra* nota 25), § 28, nota 23; BEULKE (*supra* nota 13), nota 468; crítico ROXIN (*supra* nota 34), § 24, nota 26.

<sup>221</sup> BGHSt 46, 93.

<sup>222</sup> BGH StV, 1997, 512: si se informa el acusado sobre la valoración diferente del protocolo; en contra AK-Achenbach, § 168c, nota 18; crítico también VOLK (*supra* nota 25), § 28, nota 26.

<sup>223</sup> MEYER-GÖBNER (*supra* nota 52), § 168c, nota 6. Si no tiene lugar la notificación del acusado para la fecha acordada, no puede verse en ello una concluyente decisión del juez de instrucción, de que la citación del acusado ponga en peligro la investigación y con ello según el § 268c, ap. 5, oración 2, tenga que quedar sin efecto.

pierde en ambos casos su derecho a ser escuchado (GG, art. 103, I; Convención Europea de Derechos Humanos, art. 6) y no puede incidir en el resultado de la prueba. Esto favorece también en ambos casos una prohibición de utilización<sup>224</sup>.

b) *Instrucción deficiente de testigos con derecho a negarse a declarar o de dar ciertas informaciones* (§§ 52-55). Las declaraciones de *parientes* obtenidas sin la advertencia previa acerca de su *derecho a negarse a declarar* (§ 52 III) básicamente *no pueden ser utilizadas*, es decir, que a estas ni se les debe dar lectura, ni deben ser reconstruidas por medio del interrogatorio de la persona que lo practicó. Esto se infiere del fin de protección del § 52, esto es, no poner en riesgo los vínculos familiares<sup>225</sup>. Por esta misma razón, la declaración del pariente no puede desempeñar ningún papel probatorio, sin que para ello importe si el tribunal en el momento del interrogatorio del testigo conocía o no la relación de parentesco del interrogado<sup>226</sup>; en algún caso, el testigo tiene que ser instruido adicionalmente sobre su relación de parentesco (todavía) con el acusado<sup>227</sup>. No obstante, es posi-

---

Los motivos para una tal decisión deben estar dados más bien en el acta (*SchlHOLG, StV* 2008, 401).

<sup>224</sup> Igualmente en el resultado FEZER (*supra* nota 99), pág. 221; ROXIN (*supra* nota 34), § 24, nota 31; KÜHNE (*supra* nota 4), nota 909.1; MEYER-MEWS, *JuS* 2004, 39 (41); FINGER, *JA*, 2006, 529 (535); también JÄGER (*supra* nota 15) págs. 194 y ss.

<sup>225</sup> ROXIN (*supra* nota 34), § 24, nota 32; VOLK (*supra* nota 25), § 28, nota 15. Puede, sin embargo, ser suficiente para la instrucción según el § 52 II 1 que se informe el testigo de su (posible) derecho de negar la declaración (BGH *NStZ*, 2006, 647 s.).

<sup>226</sup> BGHSt 14, 159, 160.

<sup>227</sup> BGH *NStZ*, 2006, 647 y s.

ble una utilización por dos motivos: por una parte, después del fallecimiento del testigo<sup>228</sup>; por otra, si el testigo ha declarado pese a conocer de su derecho a abstenerse, pues en este caso su declaración no es producto de la omisión de advertencia sobre el derecho<sup>229</sup>.

En los casos de *personas de confianza*, en los cuales por regla general se puede asumir el conocimiento del derecho a abstenerse del testimonio (§ 53); entra en consideración una infracción procesal solamente cuando el tribunal (que tiene la obligación de asistencia) no hace las advertencias de rigor a una persona de confianza, la cual cree que está obligada a declarar o si erróneamente se le informa que está dispensada del deber de guardar silencio, y que por esa razón debe declarar obligatoriamente (§ 53 II). Solamente en estos casos son incuestionables las prohibiciones de utilización<sup>230</sup>. Si la persona de confianza declara pese al conocimiento de su derecho a abstenerse de prestar declaración, no se produce según la opinión dominante una prohibición de utilización, puesto que únicamente cuenta con el *derecho* a abstenerse de prestar declaración, pero no con la obligación de abstenerse a declarar<sup>231</sup>. Sin embargo, esta argumen-

<sup>228</sup> BGHSt 22, 35; de otra opinión ROXIN (*supra* nota 34), § 24, nota 32; VOLK (*supra* nota 25), § 28, nota 15; BEULKE (*supra* nota 13), nota 461; en el resultado igualmente JÄGER (*supra* nota 15), pág. 146.

<sup>229</sup> Cfr. BGHSt 38, 214, 225; 40, 336, 339; BGH NStZ, 1990, 549 y s.; NStZ-RR, 2004, 212.

<sup>230</sup> VOLK (*supra* nota 25), § 28, nota 16.

<sup>231</sup> BGHSt 9, 59, 62; 15, 200, 202; 18, 146, 147; a favor VOLK (*supra* nota 25), § 28, nota 17; HELLMANN (*supra* nota 18), § 3 nota 29; KINDHÄUSER (*supra* nota 34), § 23, nota 20; FINGER, JA, 2006, 529 (533).

tación despierta dudas con respecto a la relación entre la persona de confianza y el imputado (cliente, paciente, etc.) que puede ser lesionada mediante una declaración de tal índole, tomando en cuenta además que esta relación está protegida penalmente (C. P. § 203: vulneración de secretos personales). Si se toma en consideración el fin de protección del § 53, esta relación de confianza también incluye la protección procesal —paralelamente a la situación de protección material—, de tal manera que se puede argumentar que la antijuridicidad material de la declaración provoca su no-utilización procesal<sup>232</sup>. Contrariamente, se acude al fin de protección en caso de la *declaración testimonial sin autorización* conforme al § 54, con el objeto de rechazar una prohibición de utilización, ya que el propósito de la disposición —la salvaguardia del deber de reserva de funcionarios públicos— se encuentra irrevocablemente frustrado con la declaración<sup>233</sup>.

El proyecto de ley mencionado *supra*<sup>234</sup> preveía originariamente —en un nuevo § 53b— para el caso de numerosas *medidas investigativas encubiertas y abiertas* que afectaban a religiosos, defensores o parlamentarios (§ 53 I números 1, 2, 4) una prohibición absoluta de producción y utilización probatoria; respecto de las demás personas de confianza (§ 53 números 3, 3a, 3b, 5), fue propuesta una prohibición probatoria relativa (control de proporcionalidad). Los parientes (§ 52) no deberían estar protegidos<sup>235</sup>.

<sup>232</sup> Así BEULKE (*supra* nota 13), nota 462 con más referencias.

<sup>233</sup> Cfr. VOLK (*supra* nota 25), § 28, nota 18; KINDHÄUSER (*supra* nota 34), § 23, nota 21; FINGER, JA, 2006, 529 (533); de otra opinión FEZER (*supra* nota 99), pág. 223.

<sup>234</sup> *Supra* nota 119.

<sup>235</sup> Las mencionadas prohibiciones de utilización probatoria referentes a los profesionales que deben guardar secreto profesional

Ya fue anteriormente señalado<sup>236</sup>, que la falta de instrucción del testigo con derecho a negarse a dar ciertas informaciones (§ 55) no debe acarrear una prohibición de utilización de prueba, puesto que, de acuerdo con la opinión tradicional del Tribunal Supremo Federal, no se afecta el ámbito de derechos del imputado por la infracción<sup>237</sup>. Sin embargo, si se considera igualmente protegido con el § 55 el interés del acusado de “declarar testimonialmente, libre de conflictos y de modo verídico”<sup>238</sup>, también es factible fundamentar una prohibición de utilización de pruebas. En todo caso surge una prohibición de utilización de pruebas, si el testigo se convierte en inculpado y se opone a la utiliza-

---

no fueron consideradas en la recomendación final de la Comisión Jurídica del Bundestag, y por tanto tampoco en la ley finalmente sancionada (cfr. BT-Drucks. 16/6979; BGBl. 2007 I, 3198). Cfr. Sobre el Proyecto de ley Wolter, GA, 2007, 184 y ss., quien por su parte también propone nuevas prohibiciones probatorias —haciendo referencia al (Proyecto alternativo sobre los derechos de no declaración de testigos) (“Alternativ-Entwurf Zeugnisverweigerungsrechte”) (AE-ZVR, 1992-1996) y al Proyecto de Ley del (grupo de trabajo en Derecho Penal y Derecho Procesal de Mannheim) (“Mannheimer Arbeitskreis Strafprozessrecht und Polizeirecht”) (ASP-E, 2002)— (187 y ss., 190 y ss.) y entiende evaluable “un derecho de negarse a prestar declaración testimonial, entre otras cosas, para la protección del «ámbito nuclear de la vida privada»” (sobre esto III. 2. en nota 111) (199).

<sup>236</sup> Ap. III. 2 a), y *supra* notas 166 y ss.

<sup>237</sup> BGHSt GrS 11, S. 213, 215; MEYER-GOßNER (*supra* nota 52), § 55, nota 17.

<sup>238</sup> ROXIN (*supra* nota 34), § 24, nota 36.

ción en un juicio oral posterior<sup>239</sup>, pues entonces vale precisamente lo dicho para los casos de no información del acusado [*supra* a)].

c) *Ejecución ilícita de medidas coercitivas*. aa) *Infracción contra la prohibición de comiso* (§ 97 I). La prohibición de comiso del § 97 I complementa el derecho a guardar silencio de los §§ 52, 53 y 53a. En consecuencia, su vulneración conlleva una prohibición de utilización de prueba<sup>240</sup> en todos los casos en los que los objetos sujetos a la prohibición se encuentren en poder de los testigos. Si los objetos están en poder del inculcado, o si el titular del derecho a abstenerse del testimonio es el mismo inculcado, no tiene validez la prohibición de la utilización<sup>241</sup>.

bb) *Práctica ilícita de exámenes corporales* (§ 81a). Abstracción hecha de la prohibición de utilización de prueba contemplada en el § 81a III, referente a una utilización ilícita para otro proceso diferente del que se sigue contra el inculcado, el tema de exámenes corporales se considera una prohibición de utilización no escrita y dependiente en aquellos

<sup>239</sup> BGH NZV 2001, 527; OLG Celle NSTZ 2002, 386; MEYER-GOßNER (*supra* nota 52), § 55, nota 17; SK- Rogall, Vor § 133, nota 188; FINGER, JA, 2006, 529 (533).

<sup>240</sup> KK-Nack (*supra* nota 1), § 97, nota 9; FEZER (*supra* nota 99), pág. 221; ROXIN (*supra* nota 34), § 24, nota 34; VOLK (*supra* nota 25), § 28, nota 20; BEULKE (*supra* nota 13), nota 463; KÜHNE (*supra* nota 4), nota 909.1.

<sup>241</sup> BGHSt 25, 168, 170 y s.; PFEIFFER, *Strafprozessordnung*, 5ª ed., 2005, § 97, nota marginal 1; en particular, igualmente JÄGER (*supra* nota 15), pág. 203.



casos en los que el examen corporal (especialmente la prueba de sangre) no es realizado por un médico forense, o cuando ha sido ordenado por una persona no competente (en este sentido se trata de una prohibición relativa de producción probatoria). La opinión dominante, sin embargo, tradicionalmente la rechaza, ya que por un lado el § 81a solo pretende proteger ante daños a la salud y la punibilidad de la conducta (StGB §§ 223, 239) de por sí asegura este fin de protección; pero por otro lado, una infracción contra el § 81a no disminuye el valor de la prueba ni tampoco cabe predicarlo por razón de la persona que la practica<sup>242</sup>. De la jurisprudencia más reciente se dejan extraer en este sentido mayores exigencias. En primer lugar ha resaltado el *Tribunal Constitucional* que para el caso del § 81a —así como para los registros domiciliarios [sobre esto *infra* dd]) y para medidas privativas de la libertad— debe ser llevado a cabo con posterioridad un efectivo control judicial de las órdenes expedidas por la Fiscalía en casos de urgencia<sup>243</sup>; con esto ha reforzado la relación regla-excepción de la orden judicial y la competencia fiscal (o policial) en casos de urgencia. Solo en casos en que peligre el éxito de la investigación, habría también una competencia para expedir órdenes por parte de la Fiscalía y —a nivel inferior— de sus investigadores. Las autoridades de investigación penal deberían, por tanto,

<sup>242</sup> BGHSt 24, 125, 128; OLG Karlsruhe StV, 2005, 376; a favor FEZER (*supra* nota 99), pág. 222; ROXIN (*supra* nota 34), § 24, nota 37; VOLK (*supra* nota 25), § 28, nota 27; BEULKE (*supra* nota 13), nota 477 (sin embargo, con una fundamentación dudosa se dice que no se pueden esperar perjuicios a la salud); en particular, igualmente KÜHNE (*supra* nota 4), nota 909.2; JÄGER (*supra* nota 15), pág. 196 y ss.

<sup>243</sup> BVerfG NJW, 2007, 1345 f. = StV, 2007, 281 y s.

intentar regularmente conseguir una orden del juez competente, antes de que ellas mismas ordenen la extracción de sangre. La puesta en peligro del éxito de la investigación —que funda la competencia de emergencia— debería ser fundada con hechos que refieran a un caso de urgencia y que queden documentados en las actas de la investigación, en tanto la urgencia no sea evidente<sup>244</sup>. El BGH ha dicho en relación con los § 102 y ss. —haciendo referencia a esta jurisprudencia constitucional— que una desobediencia intencional o una ignorancia burda de la obligación de la orden judicial no debería quedar sin sanción<sup>245</sup>; la jurisprudencia (de Corte) ha trasladado esto al § 81a<sup>246</sup>. Con ROXIN se deja incluso extraer de la decisión del BGH el principio general de que el Estado en ningún caso puede sacar provecho de las infracciones intencionales de sus funcionarios, y que por tanto en estos casos, entre los cuales se cuenta también la grosera desatención a la obligación de la orden judicial, debe partirse siempre de la prohibición de utilización probatoria<sup>247</sup>. Con esto se establece en definitiva una conexión con la idea antes

<sup>244</sup> BVerfG NJW, 2007, 1346 entre otros haciendo referencia a BVerfGE 103, 142 (155 s., 160).

<sup>245</sup> BGH NJW, 2007, 2269, 2272 = NStZ 2007, 601, 603 = StV 2007, 337 (338 f.); sobre esto *infra* notas 267 y s. y texto.

<sup>246</sup> OLG Stuttgart, NStZ, 2008, 238; OLG Hamburg, StV, 2008, 454 (456 s.); LG Itzehoe, StV, 2008, 457 (458 f.); LG Flensburg, StV, 2008, 459 s. Crítico sobre esta jurisprudencia PRITTWITZ, StV, 2008, 486 (487 y ss.), quien critica que el BGH rehúsa al “culpable obediente” (494). Sobre la traslación a la obligación de orden judicial del § 81a cfr. AMELUNG, NStZ, 2001, 337 (342).

<sup>247</sup> ROXIN NStZ, 2007, 616, 617 (continuando su idea previa en NStZ 1989, 376); respecto del § 81a también PRITTWITZ, StV, 2008, 491 y s., 494.

expresada, de que en caso de violaciones jurídicas particularmente graves (infracción sabida o intencional de la norma o aplicación con medios ilegales) debe asumirse una infracción al *principio del juicio justo*<sup>248</sup>, del cual se desprende una prohibición de utilización probatoria<sup>249</sup>. De todo esto se sigue para el § 81a, que en caso de que falte la fundamentación y documentación de la pretendida competencia de urgencia en las actas de la investigación, debe ser asumida por regla una infracción grave contra la obligación de la orden judicial, y por tanto debe asumirse la prohibición de la utilización de las pruebas<sup>250</sup>.

Si bien la mencionada jurisprudencia<sup>251</sup> ha aceptado la prohibición de utilización probatoria en un solo caso<sup>252</sup>, ha

<sup>248</sup> BGHSt 24, 125, 131; sust. ROXIN, *supra* nota 34, § 24, nota 37; VOLK, *supra* nota 25, § 28, nota 27; BEULKE, *supra* nota 12, nota 477; cfr. también FINGER, JA, 2006, 529 (536) con referencia (notas 75 y s.) a los casos particularmente problemáticos de extracción de fluidos corporales, aplicación de vomitivos y un cateter; sobre una prohibición de utilización probatoria en casos de suministro de vomitivos por infracción del art. 3 CEDH y del principio de juicio justo (art. 6 CEDH) EGMR StV, 2006, 617 y ss. (*Jalloh v. Germany*); también JÄGER, *supra* nota 15, S. 212 y ss.; sobre *Jalloh v. Germany* y el derecho procesal penal alemán Safferling, Jura 2008, 100 y ss.; sobre el principio *nemo tenetur* en este contexto cfr. EIDAM, *supra* nota 58), pág. 123 y ss.

<sup>249</sup> Cfr. sobre esto también BGH NJW, 2007, 2271 con referencia a BGHSt 24, 125 (131).

<sup>250</sup> Cfr. también PRITTWITZ, StV, 2008, 492.

<sup>251</sup> *Supra* nota 246.

<sup>252</sup> LG Flensburg StV, 2008, 459, sin embargo al poco tiempo retractado (StV, 2008, 459 y s.).

seguido sin embargo los principios postulados por el BGH sobre la obligación de orden judicial en los §§ 102 y ss. Ejemplar sería en este sentido la jurisprudencia del OLG *Stuttgart*<sup>253</sup> como primera decisión de un Tribunal Superior dada luego de la decisión del BGH. Si bien el OLG rechazó la apelación del afectado contra la utilización de los resultados de una extracción de sangre realizada por un policía en el marco de su competencia de urgencia, aunque “no había peligro para el éxito de la investigación en caso de retraso [...]”<sup>254</sup>, este rechazo fue sin embargo fundado en que la orden dada por el oficial de policía para la extracción de sangre, *in casu*, ni fue hecha *conscientemente* errada ni objetivamente *arbitraria*, sino que se fundó en la “equivocada falsa apreciación” de que la espera llevaría a una pérdida de la prueba por la rápida desconcentración del estupefaciente en el cuerpo del afectado (lo que de acuerdo a los hechos comprobados por el Tribunal no se hubiera dado)<sup>255</sup>. El Senado consideró por tanto que la orden de urgencia era ilegal, pero no quiso conectar a ella la prohibición de utilización probatoria por falta de conciencia del equívoco o de arbitrariedad. Señaló sin embargo, *obiter*, que la argumentación desarrollada en los muy frecuentes casos de conducción bajo los efectos del alcohol apenas si podría llevar al rechazo de

<sup>253</sup> OLG Stuttgart, NStZ, 2008, 238.

<sup>254</sup> *Idem, ibidem*. El motivo para la orden de extracción de sangre en el marco de un control de tránsito fue la sospecha, reforzada por el pre-test de droga, de que el sujeto en cuestión conducía el automóvil no obstante estar bajo la influencia de estupefacientes (Cannabis con contenido THC, anfetaminas y cocaína). Esta sospecha fue confirmada por el resultado del test de sangre.

<sup>255</sup> OLG Stuttgart, NStZ, 2008, 239.

la prohibición de utilización probatoria, porque la posibilidad de comprobar la concentración de alcohol en sangre por conteo posterior es en general conocida y contradice básicamente la necesidad impostergable de la orden y realización de la extracción de sangre<sup>256</sup>. Que con ello “legiones de oficiales de policías habrían excedido sus competencias en las últimas décadas y los tribunales penales intervinientes en los procesos inmediatamente iniciados no lo [habrían] advertido”<sup>257</sup> no cambia en nada respecto de las dudas que genera esta práctica, y hace la necesidad de una prohibición de utilización todavía más clara. En este sentido, cabe recordar que el Tribunal Constitucional también considera necesario para los casos de registro domiciliario poner un fin al procedimiento de las autoridades de investigación penal, “el cual sin exageración puede calificarse como una violación de la ley practicada durante más de 100 años”<sup>258</sup>.

*Vigilancia ilícita de telecomunicaciones* (§§ 100 a, b, g, h). Exceptuando la prohibición explícita de la utilización ilícita de pruebas (v. *supra* ap. III.2), se ha de considerar la no utilización de los conocimientos obtenidos por medio de la vigilancia de las telecomunicaciones, cuando se desatendan los presupuestos *materiales* que requiere la orden, por ejemplo, cuando la orden se expidió sin que exista sospecha de la comisión de un delito del catálogo, o fue expedida con violación del principio de subsidiariedad o la vigilancia resultaba ilícita en otro sentido, en particular, el caso de la vigilancia de conversaciones del defensor en contra de lo es-

<sup>256</sup> OLG Stuttgart, NStZ, 2008, 239.

<sup>257</sup> Así crítico GÖTZ, indicación NStZ, 2008, 239.

<sup>258</sup> AMELUNG, NStZ, 2001, 337.

tablecido en el § 148<sup>259</sup>. A pesar de que existe un margen de apreciación, la jurisprudencia solo quiere reconocer una prohibición de utilización en caso de arbitrariedad objetiva o de una grave apreciación errónea<sup>260</sup>. Además, debería ser subsanable la deficiencia de una orden de vigilancia por la inexistencia de un delito del catálogo que acepta la injerencia, cuando a la vez ha surgido otra sospecha dirigida a un delito del catálogo<sup>261</sup>. Las infracciones en contra de los presupuestos *formales* de la orden (§§ 100b, 101) no justifican una prohibición de utilización, excepto si de antemano hace falta una autorización del juez o del fiscal (§§ 100b)<sup>262</sup>, pues aquí existe una falta grave en el sentido del § 44 de la Ley de Procedimiento Administrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz*)<sup>263</sup>. En este caso, la (eventual) prohibición de utilización de pruebas debe alegarse en el juicio oral (solución de oposición previa)<sup>264</sup>.

<sup>259</sup> BEULKE (*supra* nota 13), nota 475; VOLK (*supra* nota 25), § 10, nota 46.

<sup>260</sup> BGHSt 41, 30, 34; 47, 362, 366; a favor ROXIN (*supra* nota 34), § 24, nota 39; también BERNSMANN, NSTz, 1995, 512; KÜPPER, JR, 1996, 214; SCHLOTHAUER, StV, 2003, pág. 208; más estricto en favor de una prohibición de utilización JÄGER (*supra* nota 15), pág. 205 y s., identificando "limitaciones relacionadas con el objeto de prueba" („beweisgegenstandsbezogene Beschränkungen“) en la prohibición de práctica probatoria.

<sup>261</sup> BGHSt 48, 240. Crítico BEULKE (*supra* nota 13), nota 475 con más referencias en notas 58 y s.

<sup>262</sup> BEULKE (*supra* nota 13), nota 475 con más referencias.

<sup>263</sup> Sobre esta situación paralela con el derecho administrativo v. JÄGER (*supra* nota 15), pág. 238.

<sup>264</sup> BGH NJW 2006, 1361; crítico *supra* notas 215 y s. y el texto.

*Registro ilícito de domicilio* (§§ 102 y ss.). Ante la significativa importancia del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria (Ley Fundamental, art. 13, véase *supra* ap. III.3) y las —antes mencionadas<sup>265</sup>— exigencias jurídico-constitucionales estrictas para afectarlo, es necesario considerar la competencia inmediata (“riesgo en la demora”) por parte de la Fiscalía y los agentes de investigación policial (§ 105 I, frase 1) para ordenar el registro domiciliario<sup>266</sup>. A este respecto, se plantea la cuestión de si el uso desacerchado de la competencia en casos de urgencia acarrea una prohibición de utilización de los medios probatorios hallados en el marco del registro. De todos modos, esto debe contestarse afirmativamente ante una *desobediencia consciente* o un *burdo desconocimiento* de los requisitos de la obligación de orden judicial<sup>267</sup>. En este sentido, en especial la evitación consciente de la orden judicial y la asunción arbitraria de peligro en el retraso deben ser reconocidas como infracciones graves que perjudican la claridad —principio del juicio justo— del proceso<sup>268</sup>.

La necesidad de aceptar una prohibición de utilización de pruebas sigue en estos casos la importancia antes mencio-

<sup>265</sup> *Supra* en notas 243 y s.

<sup>266</sup> BVerfG NStZ, 2001, 382; así también BGH NJW, 2007, 2269, 2272 (véase *supra* nota 245). Las autoridades de investigación penal, por tanto, tampoco deben esperar en el entre tanto la solicitud de orden judicial hasta que se configure el riesgo en la demora (BVerfG StV, 2003, 206).

<sup>267</sup> BGH NJW, 2007, 2269 = StV 2007, 337, 339 = NStZ, 2007, 601 (603). Cfr. también OLG Hamm NStZ, 2007, 355.

<sup>268</sup> BGH NJW, 2007, 2271 s.

nada del reconocimiento constitucional de la obligación de orden judicial, puesto que esta es “tan esencial para el proceso de investigación gravado por los principios del Estado de derecho, que faltas graves contra él no pueden ser dejadas en ningún caso sin sanción”<sup>269</sup>. Sería “intolerable para la comunidad jurídica y su idea del derecho si la protección del domicilio asegurada constitucionalmente mediante el control judicial pudiera quedar sin efecto arbitrariamente sin que esto apareje consecuencia alguna”<sup>270</sup>.

Si faltara desde el principio una autorización de registro válida a causa de una errada pretensión de competencia de urgencia, existiría entonces una derogación posterior si la autorización original no hubiera sido ejecutoriada dentro de los seis meses siguientes a su expedición<sup>271</sup>. A favor de una prohibición de utilización en estos casos, habla la importancia del derecho fundamental al amparo domiciliario<sup>272</sup>, en contra de la aplicación correspondiente de los principios de la vigilancia de telecomunicación (citados anteriormente), según los cuales solo una infracción material justifica una prohibición de utilización<sup>273</sup>.

<sup>269</sup> BGH NJW, 2007, 2272.

<sup>270</sup> BGH NJW, 2007, 2272

<sup>271</sup> Según BVerfG NJW, 1997, 2165, el mandato pierde su validez a partir de este momento.

<sup>272</sup> En favor el Juzgado Penal (AG), Braunschweig, StV, 2001, 394 f.; FINGER, JA, 2006, 529 (536).

<sup>273</sup> En este sentido BGHSt 41, 30, 34, alegando que una prohibición de utilización solamente existe en caso de arbitrariedad objetiva o una decisión manifestamente falsa; del mismo modo BGH StV, 2003, 3 s.; de la misma tendencia JÄGER (*supra* nota 15), págs. 203 y s.



*Investigaciones secretas.* La situación en este ámbito es poco clara, puesto que la StPO únicamente contiene reglas para investigadores encubiertos (*Verdeckte Ermittler*), esto es, para funcionarios de policía que investigan infiltrados de manera encubierta (§ 110a II), entre otros la prohibición de utilización anteriormente mencionada referente a otros procesos penales (§ 477 II 2); con respecto a otras personas que investigan secretamente (informantes, particulares al servicio de la policía que actúan como personas de contacto o *V-Leute*, personas que no investigan públicamente), solo es aplicable el § 163 I, frase 2, como fundamento legal no específico<sup>274</sup>. Por el carácter secreto de las investigaciones, se asemejan estas a las medidas para la vigilancia de las telecomunicaciones (anteriormente citadas), de tal manera que las reglas mencionadas a este efecto son aplicables a este caso de forma respectiva. Por consiguiente, una prohibición de utilización se considera —en cuanto a los agentes encubiertos— en caso de ausencia de los presupuestos materiales o del consentimiento judicial o fiscal<sup>275</sup>. Sin embargo, deben utilizarse los medios probatorios que fueron conseguidos dentro de los primeros tres días hábiles de la medida, ya que el consentimiento fiscal (posterior) puede obtenerse “dentro de tres días hábiles” (§ 110b I); incluso si el consentimiento judicial posterior, necesario según § 110b II, no puede obtenerse en este término de tiempo, se permite igualmente la utilización de los medios probatorios obteni-

<sup>274</sup> MEYER-GOßNER (*supra* nota 52), § 110a, nota 4, § 163, nota 34a.

<sup>275</sup> BGHSt 42, 103; BEULKE (*supra* nota 13), nota 481a; VOLK (*supra* nota 25), § 28, nota 30; KÜHNE (*supra* nota 4), nota 909.1.

dos en los primeros tres días<sup>276</sup>. Se reconoce una prohibición de utilización de prueba, si otros investigadores estatales, que no son agentes encubiertos, logran por engaño entrar en domicilios ajenos, porque de esta manera eluden el requerimiento de la autorización judicial según § 110b II número 2<sup>277</sup>.

El proceder de personas que investigan secretamente también debe medirse según las garantías propias del Estado de Derecho del derecho a guardar silencio y otras prescripciones procesales del StPO (ante todo §§ 136, 136a), de modo que en caso de infracción también de allí puede extraerse una prohibición de utilización de pruebas.

(1) *Principio nemo tenetur*. En caso de que las medidas investigativas secretas (también) estén dirigidas a obtener declaraciones autoincriminantes del acusado, puede haber también aquí una infracción del —ya tantas veces mencionado<sup>278</sup>— principio *nemo tenetur*.

Sin embargo el *gran Senado penal* del BGH en su decisión “Hörfallen-Entscheidung”<sup>279</sup> exceptuó las medidas que tienen su interés principal no en la coerción sino en lo secreto de la investigación, del ámbito de protección del principio *nemo tenetur*, donde sin embargo aceptó que tal procedimiento en algunas constelaciones particularmente problemáticas (p. ej., Lockspitzeifälle —trampa provocadora—,

<sup>276</sup> BGHSt 41, 64, 66; a favor BEULKE/ROGAT, JR, 1996, 520; Rogall, JZ, 1996, 260; en contra SK-RUDOLPHI/WOLTER, § 100d, nota 13.

<sup>277</sup> Dejando abierto BGH NStZ, 1997, 449; en favor de una prohibición ROXIN, StV, 1998, 43 (45); JÄGER (*supra* nota 15), págs. 206 y s.

<sup>278</sup> Vgl. vor allem oben III. 1. d) mit Fn. 9495 und IV. 2.a) mit Fn. 201 f.

<sup>279</sup> Véase sobre esta decisión ya *supra* en apartado III.1.

Romeo-Fälle—trampa Romeo—) podría “estar muy cerca” de infringir tal principio<sup>280</sup>.

Si por este principio solo debe ser asegurado que la declaración sea hecha libre de *coerción*, pero no cubre la autoincrimación motivada por el Estado (error)<sup>281</sup>, las conversaciones (informales) con agentes encubiertos o con quienes colaboran privadamente con las autoridades penales investigativas no estarían abarcadas por el principio, pues en estos casos el acusado no se ve sometido a coerción alguna<sup>282</sup>.

Según la jurisprudencia de la CEDH, sin embargo, el ámbito de aplicación del principio no se limita a estos casos<sup>283</sup>. El principio se vería socavado (“undermined”) más

<sup>280</sup> BGHSt 42, 139 (156) = NJW, 1996, 2940 (2943).

<sup>281</sup> Sobre el ámbito de protección discutido cfr. JAHN, *supra* nota 1, C 79 y s., con más referencias

<sup>282</sup> BGHSt 42, 152 f. = NJW 1996 (2943 s.).

<sup>283</sup> EGMR, *Allan v. GB*, para. 50: “While the right to silence and the privilege against self-incrimination are *primarily* designed to protect against improper compulsion by the authorities and the obtaining of evidence through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused, the scope of the right is *not confined* to cases where duress has been brought to bear on the accused or where the will of the accused has been directly overborne in some way”. En este caso (alemán en StV, 2003, 257), la policía había puesto adrede en la celda del apelante, quien estaba en prisión preventiva por sospecha de homicidio, a otro preso que estaba dispuesto a colaborar. Este había recibido el encargo de lograr que el apelante le confiara información sobre su participación en el caso de homicidio. La indicación respecto del encargo era “to «push him for what you can»” (págr. 13). La posterior declaración testimonial de este infor-

bien en los casos en que las autoridades de investigación logran obtener mediante engaño que el sospechoso haga confesiones u otras manifestaciones que en un interrogatorio normal no hubieran conseguido<sup>284</sup>.

Si el derecho a no declarar del artículo 6 de la CEDH en definitiva es lesionado por este procedimiento, dependería de todos modos de las circunstancias del caso concreto. En adhesión a una decisión de la Suprema Corte canadiense<sup>285</sup>, refiere la CEDH en este sentido a dos aspectos. Por una parte, si "the informer was acting as an agent of the State at the time the accused made the statement" y por otra, si "it was the informer who caused the accused to make the statement". El primer aspecto dependería de "whether the exchange between the accused and the informer would have taken place, and in the form and manner in which it did, but for the intervention of the authorities". En el segundo supuesto, depende de "whether the conversation between him and the accused was the functional equivalent of an interrogation, as well as on the nature of the relationship between the informer and the accused"<sup>286</sup>.

---

mante sobre los datos que (supuestamente) le diera el apelante sobre su presencia en el lugar de los hechos fue utilizado en el proceso en contra del apelante.

<sup>284</sup> EGMR, *Allan v. GB*, para. 50: "use *subterfuge* to elicit, from the suspect, confessions or other statements of an incriminatory nature, which they were unable to obtain during such questioning ...". (sin bastardilla el original).

<sup>285</sup> Supreme Court of Canada, Judgment 21. June 1990, *R. v. Hebert* en [1990] 2 Supreme Court Reports 151.

<sup>286</sup> EGMR, *Allan v. GB*, para. 51. (Bastardilla de AMBOS).

En consecuencia, la CEDH ha completado de este modo—con buenos motivos—la protección frente a autoincriminaciones forzadas, ya que protege frente a un entorno libre de autoincriminación que se da mediante una escucha del acusado por parte del Estado llevada adelante por un informante.

Esta protección entra en juego de todas formas, cuando en la conversación entre el acusado y el informante—ya sea con fundamento en la relación particular entre este y el acusado, o por otras circunstancias de las preguntas— se ejerce tal presión en el acusado que es probable que este vaya a confiar información al informante. Por tanto, no es necesario que la libertad de decisión del acusado haya sido anulada totalmente<sup>287</sup>.

Haciendo referencia a esta jurisprudencia, confirmó ahora también el Tercer Senado del BGH en un caso la violación del principio *nemo tenetur* y dio por no utilizable la información así obtenida. En el caso en cuestión, un agente encubierto logró, tras largo insistir y aprovechando la relación de confianza que se había establecido, que el acusado, quien se había amparado en su derecho de negarse a decla-

<sup>287</sup> Cfr. GAEDE, StV, 2003, 257 (261), quien por lo demás presenta en general la idea de que puede hablarse de una autoincriminación “provocada” del acusado en el sentido de la CEDH, cuando el informante mediante aprovechamiento de una relación personal significativa o por motivos derivados de las circunstancias *trabaja con miras* a la obtención de la información. Pues aquí no se concreta el riesgo general de brindar información a un colaborador de la policía, sino que se concretan las medidas especiales de investigación del Estado. En detalle sobre esta decisión de la CEDH también ESSER, JR 2004, 98 y ss.

rar, hiciera declaraciones, y obtuvo así informaciones sobre las circunstancias del hecho mediante preguntas que semejaban una indagatoria<sup>288</sup>. El Senado también vio motivos para controlar —sobre la base de la decisión de la CEDH—, “si se puede plegar a la —aparentemente más restrictiva— decisión del Gran Senado para asuntos penales respecto del alcance del principio *nemotenetur*. En su decisión *concreta*, sin embargo, no se alejó de aquella<sup>289</sup>; pues *in casu* ya habrían sido excedidos los límites propios del Estado de derecho definidos en la “Hörfallentscheidung” respecto del interrogatorio que semeja una indagatoria sin que esté dada la intención de llevar adelante una investigación<sup>290</sup>.

<sup>288</sup> BGH, NJW, 2007, 3138 (Leitsatz – parte resolutive –) = NStZ 2007, 714 = JZ, 2008, pág. 258.

<sup>289</sup> BGH, NJW, 2007, 3140 = NStZ, 2007, 715.

<sup>290</sup> En los motivos del fallo se refiere el Senado, por tanto, también a la circunstancia de que el interrogatorio al acusado, que ya se encontraba en otro asunto en prisión, tuvo lugar durante una salida transitoria de prisión. Sentó, además, que el contacto establecido en prisión entre el agente encubierto y el acusado era el único contacto del acusado fuera de la prisión y que este, por tanto, para conseguir “aflojes” en sus condiciones de prisión, dependía de la colaboración del agente encubierto. El Senado determinó, por tanto, al respecto, que la infracción en estas circunstancias era aún más grave, ya que “las autoridades de la persecución penal se aprovecharon adrede de la carga particular de la situación de detención para lograr que el acusado se abriera a ellas” y que la libertad de decisión del acusado habría estado restringida en tan alto grado por las circunstancias generales, que su situación “estaba cercana a la particular situación forzada de un detenido en prisión preventiva al que se le coloca un soplón de la policía en la celda”. Esto valdría en particular, porque el agente

Si bien hay que estar de acuerdo con el resultado del Senado, la jurisprudencia alemana de los tribunales superiores queda sin embargo rezagada respecto de la jurisprudencia de la CEDH<sup>291</sup>, ya que con la construcción de una “casi violación”<sup>292</sup> (que no representa suficiente presión) del principio *nemo tenetur* deja abierto el camino para una ponderación de bienes<sup>293</sup>, mientras que la CEDH asume también en los casos de declaraciones obtenidas mediante engaño una violación al principio. Violación que nunca puede ser justificada por un interés público<sup>294</sup>.

A pesar de este hallazgo, discute ROGALL la discrepancia entre la jurisprudencia de la CEDH y el BGH, puesto que no debe asumirse que la CEDH haya querido dar con el “libre de error” un contenido al principio que no se ve justificado por sus antecedentes. En definitiva, también en el caso *Allan v. GB* —como en el caso decidido por el Tercer Senado— había una situación *coercitiva*. Solo para este caso, la CEDH habría confirmado una violación a la libertad de autoincriminación, y esto sería compatible con la jurisprudencia

---

encubierto no se habría limitado a “preguntar aprovechando la confianza que el acusado le tenía, sino que masivamente” lo habría compelido a que le brinde información. (*BGH*, NJW, 2007, 3141 s. = NStZ, 2007, 715 y s.).

<sup>291</sup> Cfr. también GAEDE, StV, 2003, 262.

<sup>292</sup> Verrel, *supra* nota 58, pág. 156.

<sup>293</sup> Cfr. también ROGALL, NStZ, 2008, 112; crítico sobre el proceder el Gran Senado también ROXIN, NStZ, 1997, 18 (20 y s.).

<sup>294</sup> Cfr. EGMR, *Saunders v. GB*, sentencia de 17.12.1996, para 74: “The public interest cannot be invoked to justify the use of answers compulsorily obtained in a non-judicial investigation to incriminate the accused during the trial proceedings.”

dencia del BGH, entre otros en BGHSt 44, 129. La diferencia residiría no tanto en el alcance del ámbito de protección, sino en una diferente comprensión del concepto de coerción. Este no debe ser interpretado en forma demasiado estricta y —contra la CEDH— no debe ser extendido, por ejemplo, al “soltar” informaciones<sup>295</sup>. Si bien es correcto en esta perspectiva que tampoco la CEDH considera suficiente a cada conversación “secreta” impulsada por el Estado por medio de un informante como violación al artículo 6 de la CEDH, sino que exige una infracción que ejerza una “presión psicológica” sobre el acusado —sea por tratarse de una relación cercana existente o por la forma de las preguntas— que ponga en cuestión la libre voluntad con que la información fue brindada<sup>296</sup>. Finalmente, sin embargo, la CEDH estipula como criterio definitorio con ello ya no precisamente la “modalidad de cómo se influye en la libertad de autoincriminación”, sino, acertadamente, la envergadura del perjuicio en la esfera de los derechos fundamentales del afectado<sup>297</sup>. La marca característica de cada “sonsacar” —también dentro de una celda— sigue siendo el engaño. Pero si se confirma que también mediante un procedimiento —más bien engañoso que coercitivo— de los oficiales de investigación se puede afectar marcadamente la esfera protegida por el artículo 6 de la CEDH, parece ser la consecuencia correcta (en concordancia con la CEDH<sup>298</sup>) que, de acuerdo con ello, el

<sup>295</sup> ROGALL, NSStZ, 2008, 112 y s.

<sup>296</sup> EGMR, *Allan v. GB*, para. 52.

<sup>297</sup> Duttge, JZ, 2008, pág. 262.

<sup>298</sup> En este sentido, entienden la CEDH entre otros también EIDAM, *supra* nota 58, págs. 65 y ss.; GAEDE, StV, 2003, 262; MEYER-MEWS,



ámbito de protección del principio *nemo tenetur* sea extendido a formas de comportamiento más allá de la fuerza directa<sup>299</sup>, en lugar de reinterpretar conductas marcadas por el engaño como si se tratara de aquellas regidas por la fuerza.

(2) *¿Incumplimiento de la obligación de instrucción* (§§ 136, 163a)? Si agentes encubiertos y otros investigadores (particulares) secretos realizan efectivamente interrogatorios<sup>300</sup>, surge también la cuestión problemática, considerando la instrucción previa, de que cumplir con la práctica de la advertencia evidentemente significaría el final de la investigación secreta. Incluso, en caso de un interrogatorio intencionadamente similar a una indagatoria del acusado, la jurisprudencia rechaza el que se trate de una violación a la obligación de instrucción de los §§ 163a, 136, porque su fin —“proteger al acusado de la equivocada asunción, posiblemente causada por haber percibido el carácter oficial de un interrogatorio, de que está obligado a declarar”— no podría

---

NJW, 2007, 3138 (3143); ESSER, *supra* nota 287, pág. 107; RENZI-KOWSKI, JR, 2008, pág. 160 (165).

<sup>299</sup> Para esto DUTTGE, JZ, 2008, 262, quien mediante “un recurso a la problemática jurídico-material de la delimitación entre, «engaño reforzador de la amenaza» y «amenaza reforzadora del engaño» busca posibilitar la separación hasta ahora no lograda claramente entre coerción y engaño” (en el marco del § 136a) (pág. 263); véase para la relación con la falta de error también BOSCH, JA, 2007, 903 (905); ROXIN, NStZ, 1995, 465 (466); en contra: VERREL, *supra* nota 58, pág. 278; muy bien también MITSCH, JURA, 2008, 211 (214 y s.), cuando le reprocha al 3er. Senado haber “recubierto” las medidas de investigación encubierta con la limitación favorable al acusado que hace en su decisión.

<sup>300</sup> Sobre el concepto de interrogatorio, ver *supra* nota 73.

ser violado por un interrogatorio informal, precisamente a falta de una percepción subjetiva de la obligación de declarar<sup>301</sup>. Esta idea tiene por fundamento, naturalmente, la recién criticada interpretación estricta del principio *nemo tenetur*.

Una violación de eventuales obligaciones de instrucción (§ 136, §§ 52, 252) tampoco puede simplemente dar por resultado una prohibición de utilización, sino solamente en caso de una elusión intencional y consciente, cuando el investigador secreto precisamente por esta razón fue "encargado" de la investigación de un sospechoso<sup>302</sup>. La jurisprudencia, por ejemplo, permite interrogar al agente encubierto como testigo de referencia (*Zeuge vom Hörensagen, hearsay evidence*) en el juicio oral acerca de su conversación con una persona con derecho a abstenerse de declarar testimonialmente<sup>303</sup>.

En todo caso, los investigadores secretos de ninguna forma deben traspasar las prohibiciones del § 136a<sup>304</sup>. Sin embargo, también aquí se desprende, de una visión conjunta

<sup>301</sup> BGHSt 42, 139 (147 y s.) = NJW 1996, (2941y s.); véase sobre esta decisión *supra* nota 282.

<sup>302</sup> BEULKE (*supra* nota 13), nota 481d, f; VOLK (*supra* nota 25), § 28, nota 33; véase sobre las ideas de violación WOLTER, *supra* nota 100, págs. 972 ss.

<sup>303</sup> BGHSt 40, 211, 216; a favor FINGER, JA, 2006, 529 (536); crítico WOLTER, *supra* nota 100, 969 y ss.

<sup>304</sup> Cfr. *supra* ap. III. 1., así como BEULKE (*supra* nota 13), nota 481e; VOLK (*supra* nota 25), § 28, nota 34; similar JÄGER (*supra* nota 15), págs. 178 y ss. quien, en principio, defiende la existencia de un engaño en el sentido del § 136a.

con los §§ 110a y ss., que la prohibición de engaño contenida en el § 136a (indistinto si análoga o directa) en el marco de investigaciones encubiertas solo puede ser aplicada restrictivamente. El § 110a II, permite al agente encubierto engañar respecto de su identidad. Si se quisiera ver en este engaño (respecto de la identidad) explícitamente permitido por el legislador un engaño “prohibido” en el sentido del § 136a, se estaría en una situación de contradicción con la ley<sup>305</sup>. Que la prohibición de engaño, sin embargo, incluso en las investigaciones encubiertas no es abolida totalmente, ya se advierte en el § 110c, segunda oración. Allí se estipula que la aceptación del propietario del inmueble a que se ingrese a su domicilio no puede ser obtenida mediante la utilización de un engaño que vaya más allá de la farsa (Legende) (como, p. ej., el presentarse como oficial o como “gasista”<sup>306</sup>). Del hecho que el legislador haya regulado expresamente este caso especial no puede concluirse, no obstante, que en todos los demás casos esté *permitido* cualquier tipo de engaño<sup>307</sup>. Más bien se ve que el legislador ha tenido aquí como necesaria una regulación explícita en el artículo 13 de la GG, sin querer limitar a este caso la prohibición del § 136a en el marco de investigaciones encubiertas<sup>308</sup>. Si se

<sup>305</sup> Cfr. ROGALL, NStZ, 2008, 111; DUTTGE, JZ, 2008, 262.

<sup>306</sup> MEYER-GOßNER, *supra* nota 52, § 110c, nota 1.

<sup>307</sup> Cfr. también ROGALL, NStZ, 2008, 111 quien sin embargo fuera de esta limitación asume la suspensión de la prohibición de engaño, si bien solo en tanto no se trate al mismo tiempo de engaños que en el interrogatorio abierto estarían prohibidos por el § 136a, pág. 113.

<sup>308</sup> Cfr. también DUTTGE, JZ, 2008, quien generalizando los límites trazados en el § 110c pág. 2, 2ª oración, quiere asumir siempre una

debiera partir, luego de lo antes dicho respecto del principio *nemo tenetur*, de que también los engaños pueden servir para influir en alto grado sobre la libre voluntad del acusado, entonces no puede seguirse la conclusión del BGH, de que los interrogatorios encubiertos del acusado no serían comparables con los otros métodos mencionados en el § 136a<sup>309</sup>. Más bien debería ser siempre controlado si se está ante una mentira todavía permitida de las autoridades investigativas, o si fue excedido el límite y se pasó a un engaño prohibido en el sentido del § 136a. Apoyándose en los criterios dados por la CEDH, se puede, por tanto, asumir que hay un engaño prohibido, cuando el engaño —más allá del encubrimiento de las intenciones investigativas— precisamente pretende y es adecuado para superar la resistencia del acusado a brindar información autoincriminante; y por ende, la predisposición de declarar del acusado se ve así “apoyada”<sup>310</sup>.

### C) *Ejemplos de prohibiciones probatorias autónomas*

Con las prohibiciones autónomas estamos en presencia de una injerencia en un derecho —independiente de la legalidad o ilegalidad de la producción de la prueba— que permite que el interés en la persecución penal pase a un se-

---

prohibición de engaño en el sentido del § 136a, cuando el agente encubierto no se limita a un engaño sobre su verdadera identidad, “sino que refuerza o logra la predisposición de declarar del observado con más engaños (innecesarios para llevar adelante la farsa) y con ello «apoya» la decisión del sospechoso de brindar información autoincriminante”.

<sup>309</sup> BGHSt 42, 139 (149) = NJW, 1996, pág. 2942.

<sup>310</sup> DUTTGE, JZ, 2008, 264.

gundo plano. Tal derecho solamente puede derivarse de los derechos fundamentales, en particular de los derechos individuales concebidos en amplio sentido. Por lo tanto, se puede también hablar de *prohibiciones de utilización probatoria de orden jurídico-constitucional*<sup>311</sup>. Si existe tal prohibición, también entra en consideración un efecto anticipado con respecto a la producción probatoria; que también debe ser considerada ilícita (en sentido constitucional)<sup>312</sup>.

De conformidad con la *teoría de las esferas* del Tribunal Constitucional Federal<sup>313</sup>, se ha de distinguir entre el ámbito social (primera esfera), la esfera meramente privada (segunda esfera) y la esfera íntima (tercera esfera). Mientras que la injerencia en esta última —como núcleo de carácter intangible de la vida privada— acarrea siempre una prohibición de utilización, en la primera esfera no existe ninguna prohibición, y en la segunda hay lugar a efectuar un control de proporcionalidad con especial acento en la proporcionalidad en sentido estricto (ponderación entre la gravedad de la injerencia y los intereses de persecución penal). La teoría de las esferas ha encontrado parcialmente cimiento legal, por ejemplo, en las recientes regulaciones relativas a las injerencias acústicas en residencias particulares (“großer Lauschangriff”, § 100d, supra ap. III. 2), pero más allá de ello, la teoría no ofrece criterios seguros de delimitación. Dicha teoría privilegia una asignación de la medida coercitiva a una de las denominadas esferas orientada en sus resultados, según se pretenda admitir o rechazar una utiliza-

<sup>311</sup> FEZER (*supra* nota 99), pág. 215.

<sup>312</sup> FEZER (*supra* nota 99), pág. 216.

<sup>313</sup> BVerfGE 34, 238, 245 y ss.; 109, 279

ción<sup>314</sup>. Por lo demás, la construcción de la teoría no ha sido una pretensión original del Tribunal Supremo, sino que este ha decidido casos de injerencias en la esfera íntima con su doctrina de ponderación y con miras al caso concreto<sup>315</sup>. Similarmente, en la literatura se rechaza una prohibición absoluta de utilización por la simple protección de la intimidad en vista de la referencia social de ciertos contenidos, por ejemplo, los de un diario personal, que en última instancia son jurídico-penalmente relevantes<sup>316</sup>.

La discrecionalidad que con esto queda de manifiesto se muestra justamente en los *casos de los diarios*. Aquí se decide caso por caso, no obstante se pudiera pensar que los registros consignados en un diario *per se* pertenecen a la esfera de la intimidad y que con ello se debe descartar su utilización. En este sentido, se rechazó la utilización de un diario para poder obtener la condena por falso testimonio<sup>317</sup>, pero fue admitido a efecto de la condena de un homicida de mujeres reincidente que había confiado a su diario sus intenciones de matar<sup>318</sup>. En ambos casos el resultado, en principio, se fundamentó en una convincente ponderación realizada en el marco de la segunda esfera (privada), pero el problema reside en la atribución de ambos casos a la misma esfera, pues en cualquier evento la comprobación de una anomalía psíquica grave, como el deseo de cometer un ho-

<sup>314</sup> Crítico también VOLK (*supra* nota 25), § 28, nota 39; JAHN, *supra* nota 1, C 83 y s.

<sup>315</sup> Cfr. FEZER (*supra* nota 99), pág. 216 y s., con más referencias.

<sup>316</sup> Cfr. JÄGER (*supra* nota 15), pág. 216 y s.

<sup>317</sup> BGHSt 19, pág. 325.

<sup>318</sup> BGHSt 34, pág. 397.

micidio, cuenta para la (tercera) esfera de la intimidad, y no por el hecho de que este deseo interno también sea exteriorizado ha de contar para la mera (segunda) esfera privada<sup>319</sup>. También es contradictorio que el Tribunal Supremo atribuya a la esfera de la intimidad (por primera vez) el *monólogo* dirigido de un inculpado en una habitación de hospital y declare inutilizables la grabación secreta de este en virtud de la violación del artículo 13 I iVm, artículo 1 I, 2 I de la Constitución<sup>320</sup>, ya que en este caso también se trata de la exteriorización de pensamientos y sentimientos absolutamente internos—como en el caso del diario— con la única diferencia—aparte de la violación adicional del artículo 13 de la Ley Fundamental— de que en el caso del diario los pensamientos están registrados por escrito y en el caso del monólogo, están exteriorizados oralmente. La diferente forma, sin embargo, no cambia el contenido, y por esa razón tampoco se justifica una consideración jurídica distinta (en un caso simple, esfera de la vida privada y utilización, en el otro esfera de la intimidad y ninguna utilización)<sup>321</sup>.

## 5. ¿EFECTO REFLEJO O EXTENSIVO?

Con la noción de efecto extensivo se plantea la cuestión de si más allá del efecto directo sobre una prohibición

<sup>319</sup> Igualmente, VOLK (*supra* nota 25), § 28, nota 39; FINGER, JA, 2006, 529 (537); crítico también MURMANN, *supra* nota 6, nota 218; JAHN, *supra* nota 1, C 84.

<sup>320</sup> BGH NJW, 2005, 3295.

<sup>321</sup> Crítico también MURMANN, *supra* nota 6, nota 219; de otra opinión FINGER, JA, 2006, 529 (537).

de utilización correspondiente a un medio de prueba inadmitido, también debe ser prohibida la utilización del medio de prueba indirecto. Por lo tanto, el efecto extensivo supone una prohibición de utilización directa, cuyo alcance se extiende más allá; no se trata de un posible *efecto continuo* de las circunstancias que fundan la prohibición de utilización del mismo medio de prueba inadmitido<sup>322</sup>. A modo de ejemplo: ¿debe ser igualmente inutilizable el arma de la comisión de un hecho delictivo (medio de prueba indirecto) encontrada a partir de una confesión (medio de prueba directo inutilizable) forzada por la tortura (§ 136a)? ¿No debe ser obligatoriamente prohibida la utilización del documento (medio de prueba indirecto) encontrado en la declaración de un testigo (medio de prueba directo inutilizable), al cual no se le han hecho las instrucciones de rigor sobre su derecho a no declarar (§ 52)?

Desde el punto de vista estrictamente conceptual, las respuestas parecen claras, pues obviamente la utilización indirecta de un medio de prueba obtenido lícitamente posibilita igualmente su utilización, y debería por consiguiente sufrir también una prohibición de utilización<sup>323</sup>. Pero este punto

<sup>322</sup> Sobre esta diferenciación, ver JÄGER (*supra* nota 15), pág. 112; MURMANN, *supra* nota 6, nota 230. Para los efectos posteriores, debe asumirse una prohibición de utilización, en tanto tal prohibición no haya sido cancelada mediante una información calificada (*ibd.*; JAHN, *supra* nota 1, C 91. Sobre los "efectos previos" de la prohibición de utilización sobre la prohibición de producción *cf.* JAHN, *supra* nota 1, C 84 y ss.

<sup>323</sup> Así ya HENKEL (*supra* nota 2), pág. 271. *Cf.* aquí también JAHN, *supra* nota 1, C 92 ("utilización significa introducción de conocimiento en el proceso").



de vista conceptual es demasiado formal. Desde una perspectiva material, salta a la vista que los ejemplos expuestos se diferencian en consideración a la forma de la práctica probatoria, a la gravedad de la infracción procesal y al delito reprochado. A este respecto, ya se ha hecho mención de aspectos importantes de una *teoría de la ponderación* que pretenda decidir sobre el efecto extensivo caso por caso<sup>324</sup>. En esta dirección, también argumenta JÄGER, cuando, reconociendo en principio una prohibición del efecto extensivo, aboga por limitaciones normativas, en tanto la práctica probatoria viciada no ha tenido ningún efecto sobre los medios de prueba (indirectos)<sup>325</sup>.

También JAHN quiere según el caso —claramente en el sentido de su teoría de las facultades<sup>326</sup>— diferenciar según los efectos de la infracción y asumir siempre, en caso de violaciones a los derechos humanos, el efecto extensivo<sup>327</sup>.

Mayor seguridad jurídica —pero no necesariamente mayor practicabilidad— prometen los puntos de vista extremos de la jurisprudencia por una parte y de la doctrina (al parecer) dominante por la otra. De acuerdo con la jurisprudencia

<sup>324</sup> KK-SENGE (*supra* nota 1), antes de § 48, nota 45 y ss.; KK-DIEMER (*supra* nota 1), § 136a, nota 42; LR-Gleß (*supra* nota 8), § 136a, nota 66; Maiwald, JuS, 1978, 379 (384); ROGALL, JZ, 1997, 944, 948; HELLMANN (*supra* nota 18), nota 484; MURMANN, *supra* nota 6, nota 233. En detalle sobre la dogmática de la teoría de la ponderación MERGNER, *Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten*, 2005, págs. 84 y ss.

<sup>325</sup> JÄGER (*supra* nota 15), págs. 226 y ss.

<sup>326</sup> *Supra* nota 186 y texto principal.

<sup>327</sup> JAHN, *supra* nota 1, C 94 y s., 127.

dencia<sup>328</sup>, argumentos contundentes en consideración al proceso penal en su conjunto demandan el rechazo, por principio<sup>329</sup>, de la teoría del efecto extensivo<sup>330</sup>. De conformidad con la doctrina, existen argumentos contundentes en consideración a la teoría de la prohibición de utilización probatoria que demandan el reconocimiento, por principio, de la teoría del efecto extensivo<sup>331</sup>, y como consecuencia de esto, de cuando en cuando los medios de prueba que hubiesen podido ser obtenidos (incluso legalmente) se sustraen a la pro-

<sup>328</sup> BGHSt 27, 355, 358; 32, 68, 71; 34, 362, 364; NJW, 2006, 1361; BVerfG NStZ, 2006, 46; igualmente Peters (*supra* nota 20), 337 y s.; RANFT, *FS Spendel*, 719 (735); LESCH, *Strafprozessrecht*, 2ª ed., 2001, § 3, nota 170.

<sup>329</sup> Excepción BGHSt 29, 244, 247: reconocimiento de un efecto extensivo en cuanto a una violación del § 7 III (ahora § 6 II 3, en relación con el § 7 VI) del Ley sobre el artículo 10 de la Constitución (G 10) con miras a hechos no contenidos en el catálogo.

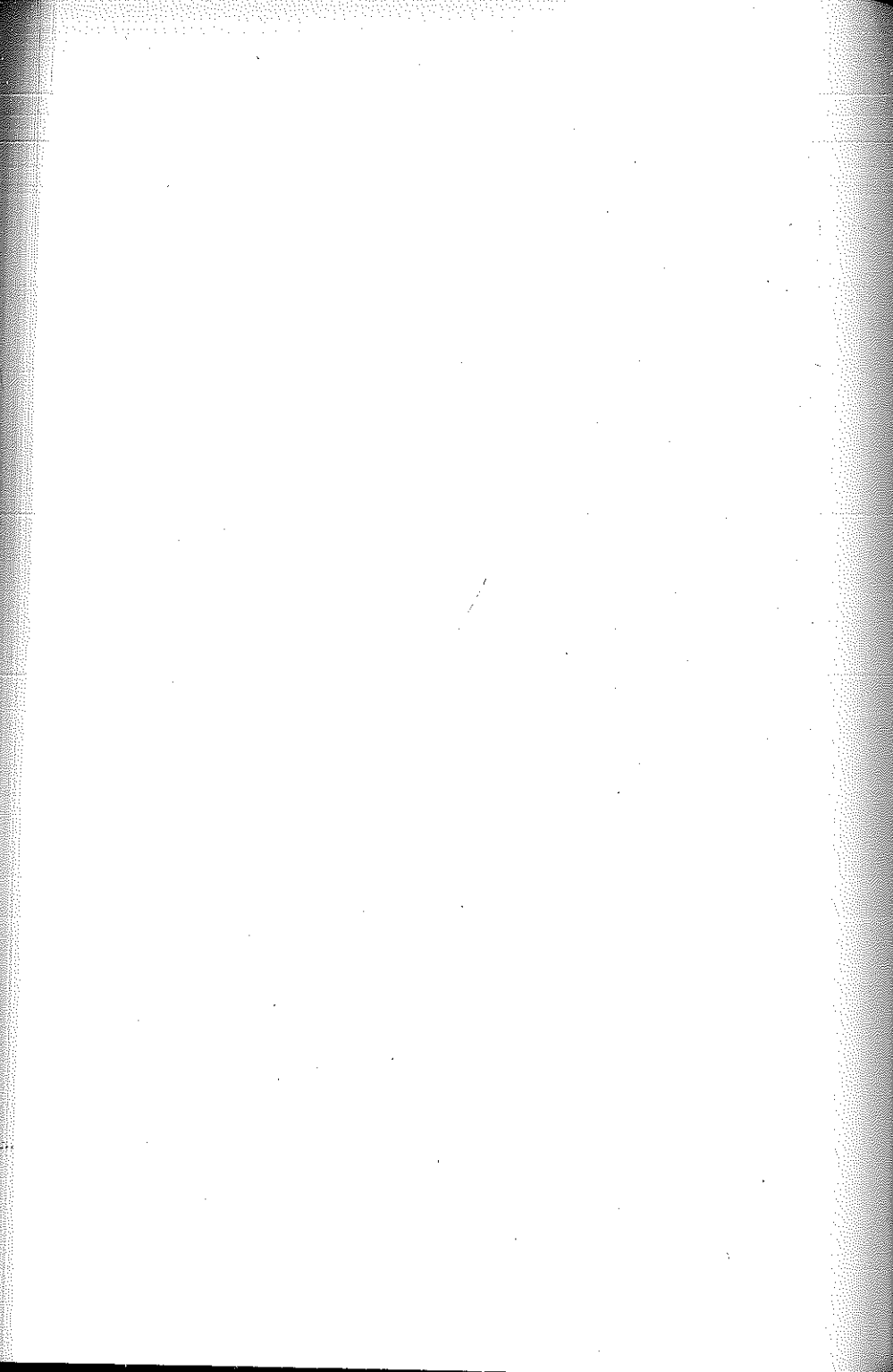
<sup>330</sup> En este sentido, también las resoluciones de la DJT (*supra* nota 19), mayoritariamente rechazando el efecto extensivo, aceptando expresamente el uso mediato (p. ej., para fundar un inicio de sospecha), núms. 7. a), 8 a) y b) (con 65:1 votos, 11 abstenciones, y 39:31:5). Afirmativamente incluso respecto de la utilización transnacional en casos de ilegalidad en la producción de la prueba en el Estado solicitado [Resolución 16 a), 35:13:5].

<sup>331</sup> DENCKER (*supra* nota 16), pág. 79 y s.; SPENDEL, NJW, 1966, 1102 (1105); FEZER (*supra* nota 99), pág. 224; ROXIN (*supra* nota 34), § 24, nota 47, con más referencias; KÜHNE (*supra* nota 4), nota 911; VOLK (*supra* nota 25), § 28, nota 43; en el resultado también BEULKE (*supra* nota 13), nota 482 quien enfatiza el ámbito de protección de la norma procesal violada, así como AMELUNG, *FS Roxin*, 2001, 1259 (1262), con fundamento en su teoría de los derechos de dominio de información.

hibición de utilización (teoría del curso causal hipotético)<sup>332</sup>; sí y hasta qué punto aquello pueda ser comprobado, sin embargo, casi no se discute<sup>333</sup>. Las posiciones fundamentales tienen aún mucho por hacer con la construcción teórica de las prohibiciones de utilización probatoria (supra ap. I), con lo cual nos encontramos de nuevo en el inicio de nuestras reflexiones. Si a las prohibiciones de prueba se les atribuye la ya frecuentemente nombrada función de control disciplinario, ello habla en favor del reconocimiento de un efecto extensivo, pues de qué otra forma se debería desacostumbrar a las autoridades de persecución penal y en especial a la policía de la práctica probatoria ilícita, si no es por medio de la consecuente inutilización (directa e indirecta) de las pruebas obtenidas de esta forma. Reflexiones que avancen en estas cuestiones deben ser reservadas a una investigación especial.

<sup>332</sup> FEZER (*supra* nota 99), pág. 224; ROXIN (*supra* nota 34), § 24 nota 47; con la misma tendencia BEULKE (*supra* nota 13), nota 483.

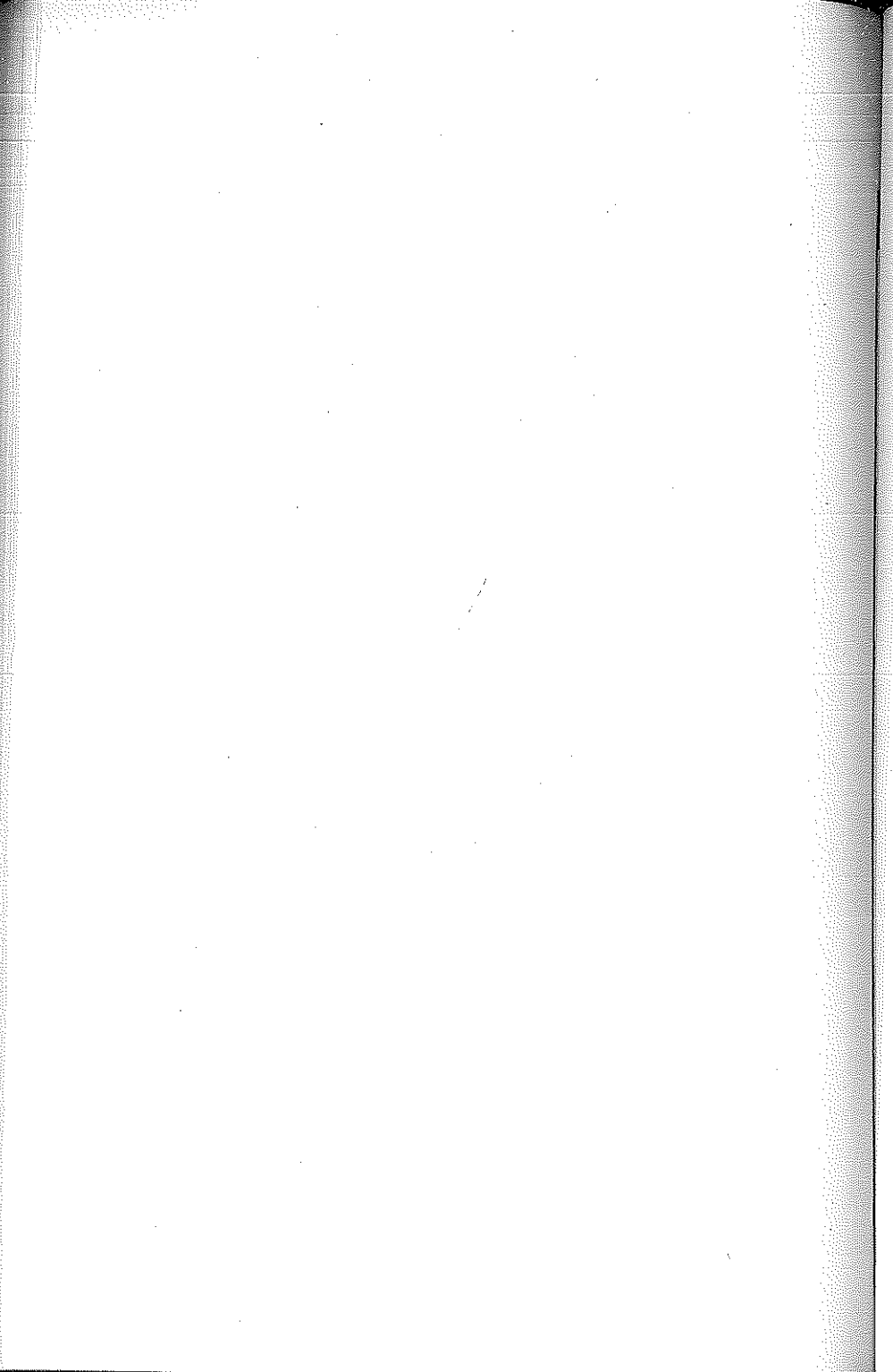
<sup>333</sup> Crítico en general KÜHNE (*supra* nota 4), nota 911; ver también *supra* nota 197.



LAS PROHIBICIONES DE PRUEBA  
EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO

Anotaciones desde el derecho comparado

ÓSCAR JULIÁN GUERRERO P.



## 1. INTRODUCCIÓN

El tema de las prohibiciones probatorias en el procedimiento penal corresponde a una de esas áreas que son de difícil tratamiento teórico y práctico, pues es quizá el campo en el que se manifiesta con mayor ahínco la tensión entre los derechos fundamentales del imputado y la efectividad de la administración de justicia penal. El abordaje de esta arista del conocimiento probatorio pasa por posiciones conservadoras que limitan fuertemente la extensión de derechos fundamentales como el derecho a la no autoincriminación o el derecho a la intimidad, mientras que en otros casos menos extremos se opta por una ponderación de los intereses en juego.

Como se sabe, ha sido en Alemania<sup>1</sup> en donde la doctrina y una abundante jurisprudencia han contribuido a desarrollar el tema, aunque en estricta justicia parece que los resultados, sobre todo de la jurisprudencia, no resultan en la mayoría de los casos satisfactorios para los derechos del imputado y la noción de un proceso penal adecuado a la noción de Estado de derecho. Claro está, eso depende del pun-

<sup>1</sup>Un balance completo en los textos de KARL-HEINZ GÖSSEL, "La prohibición de prueba", en *En búsqueda de la verdad y la justicia. Fundamentos del procedimiento penal estatal con especial referencia a aspectos jurídico constitucionales y político-criminales*, México, Porrúa Hnos., 2002, págs. 169-242.

to de vista con el cual se observe el problema, pues es bien sabido que entre la necesidad ineludible de mantener las formas propias de cada juicio cuya expresión más elaborada corresponde al debido proceso y la necesidad de una justicia material cabe más una opinión que bien puede justificar la prevalencia de una sobre la otra.

La doctrina germana generalmente ha reconocido que existen claras limitaciones a la averiguación de la verdad en el proceso penal. Desde que BELING pronunció la famosa conferencia de 1903 (*La prueba prohibida como límite a la averiguación de la verdad en el proceso penal*)<sup>2</sup>, se acepta que efectivamente el proceso penal tiene límites que no puede franquear afectando lo que debiera ser el fundamento de toda sentencia de responsabilidad o inocencia, esto es, una averiguación de hechos lo más cercana posible a la realidad de lo acaecido. Esos límites pueden tener varias fuentes, entre otras, los condicionantes que se imponen desde la Constitución a las injerencias en los derechos fundamentales, la imposibilidad de someter una persona a declarar por sus relaciones de parentesco o la protección legal de la confianza en ciertos oficios como médicos, abogados, sacerdotes, etc. Sin embargo, no todas las limitaciones a la libertad de probar están comprendidas dentro del concepto de prohibición probatoria, pues existen casos en los que el propio legislador no permite la actividad probatoria por razones político-criminales o extraprocesales, por ejemplo, las que corresponden a no permitir la declaración de ciertos funcionarios públicos para la protección de intereses estatales superiores.

<sup>2</sup> Véase en este mismo texto la traducción de dicha conferencia.



Realmente con la expresión “prohibición de prueba” se sigue haciendo referencia general al conjunto de normas que, como lo decía BELING, no permiten probar o, como se predica actualmente, limitan en diferentes grados la obtención, la utilización o la valoración de la prueba<sup>3</sup>.

El concepto de prohibición probatoria para la doctrina germana comprende dos aspectos: la producción de ciertas evidencias<sup>4</sup> y el uso judicial de pruebas que resultan afectadas con la prohibición<sup>5</sup>. Las prohibiciones de producción pueden recaer sobre *temas* probatorios, *medios* probatorios y *métodos* probatorios<sup>6</sup>. Las prohibiciones de temas probatorios impiden la obtención de pruebas sobre hechos determinados (“temas”), por ejemplo, búsqueda de antecedentes penales<sup>7</sup>. Las prohibiciones de medios probatorios no permiten que la persecución penal se valga de medios de prueba que pueden practicarse, pero sobre los cuales recaen limitaciones de orden constitucional o legal, verbigracia, valerse del testimonio de una persona que no está obligada a de-

<sup>3</sup> Para el concepto de prohibición de prueba, véase el texto de FABRICIO GUARIGLIA, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal. Una propuesta de fundamentación*, Buenos Aires, Edic. del Puerto, 2005, págs. 7-36.

<sup>4</sup> Seguimos en esta clasificación los manuales de KLAUS VOLK, *Grundkurs StPO*, 5ª ed., 2006, § 28, notas 1 y ss. Y de WERNER BEULKE, *Strafprozessrecht*, 9ª ed., Heidelberg, C. H. Muller, 2004, págs. 270-271.

<sup>5</sup> Seguimos también la noción de CHRISTIAN JÄGER, *Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess*, Munchen, C. H. Beck, 2003, pág. 128.

<sup>6</sup> VOLK, *supra* nota 4; BEULKE *supra*, nota 4.

<sup>7</sup> BGH NStZ, 2006, 587.

clarar<sup>8</sup>. Las prohibiciones de métodos probatorios limitan la obtención de evidencia o información por medio de ciertas prácticas que resultan proscritas por la Constitución, como, por ejemplo, las declaraciones autoincriminatorias que se surten por efecto de la tortura, el engaño, o la inducción en error<sup>9</sup>. Además de esta clasificación, la doctrina germana distingue entre prohibiciones de producción de pruebas *absolutas* y *relativas*<sup>10</sup>. La prohibición de prueba absoluta no permite bajo ninguna consideración la práctica probatoria como, por ejemplo, la interceptación de las comunicaciones entre el defensor y el imputado. Las prohibiciones de prueba relativas limitan la obtención de pruebas a condición de que su práctica resulte autorizada o convalidada de conformidad con la ley como, por ejemplo, la autorización para una intervención corporal, la cual está reservada legalmente a un juez de control de garantías con exclusión de cualquier otro sujeto.

Ahora bien, es legítimo preguntar: ¿qué puede significar el planteamiento de temas como estos para el desarrollo del proceso penal colombiano? Pareciese que la importa-

<sup>8</sup> Véase JULIO MAIER, "Las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal", en revista *Nuevo Foro Penal*, núm. 60, Bogotá, Edit. Temis, 1999, págs. 135-143.

<sup>9</sup> Esta vieja clasificación sigue en lo fundamental el trazado por BELING, aunque nos resulta mucho más clara de BEULKE entre prohibiciones normadas y no normadas, *op. cit.*, *supra* nota 4, págs. 271-272.

<sup>10</sup> Sobre la clasificación de absolutas y relativas también se recurre a EUGENIO FLORIAN, *Elementos de Derecho Procesal Penal*, Barcelona, Bosh Casa Editorial, págs. 314-318. Allí el autor establece las prohibiciones absolutas como aquellas que recaen sobre el objeto de prueba y las relativas a las que recaen sobre el medio de prueba.

ción de otras figuras provenientes en su mayoría del derecho norteamericano en un proceso penal como el nuestro, en este caso el de la exclusión de evidencia, son suficientes para evaluar la ya aludida tensión y solucionar los problemas que ella presenta, teniendo en cuenta que además la Constitución determina la consecuencia respectiva cuando la producción probatoria se realiza sin el respeto del debido proceso. Desde este punto de vista, la noción de exclusión probatoria se superpone a la de prohibición probatoria, pues simplemente tendríamos que toda prueba practicada con violación del debido proceso debe ser excluida. Sin embargo, existen variantes complejas que trascienden el problema de la exclusión por la simple violación de normas procesales. Ejemplo de esta última apreciación pueden ser las discusiones relacionadas con cómo y cuándo se vulnera el derecho a la intimidad, por ejemplo con la lectura de documentos privados en un registro; igualmente, la protección de las relaciones de confianza entre ciertos profesionales que deben guardar secretos y las personas afectadas por el proceso de investigación penal o las consecuencias de obtención de información a costa del imputado, por ejemplo por medio de métodos que si bien no están proscritos en la ley, sí se pueden deducir del contenido material de normas constitucionales aplicadas a la investigación penal, como por ejemplo el tan mentado uso del polígrafo<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> Sobre este aspecto véase CLAUS ROXIN. En los ensayos correspondientes *la Jurisprudencia del Tribunal Supremo con respecto al derecho procesal penal y autoincriminación involuntaria y derecho al ámbito privado de la personalidad en las actuaciones penales. Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2007. Traducción nuestra.

Los esfuerzos del derecho comparado entre el tema de la exclusión y la prohibición probatoria han puesto de presente en recientes monografías que la diferencia es simplemente semántica, por lo que se refiere a las consecuencias de las dos categorías, esto es, en ambos casos no existe posibilidad ni de integrar la prueba al conjunto de elementos de convicción, ni de valorarla para efectos de responsabilidad penal, de tal manera que no sobran las discusiones relacionadas, eso sí, con la solución de aquellos casos en los que pruebas afectadas de ilicitud pueden surtir efectos jurídicos (excepciones en el caso de la exclusión, tales como el vínculo atenuado o el descubrimiento inevitable) y teorías de la ponderación (en el caso de la prohibición probatoria)<sup>12</sup>.

En consecuencia, la teoría de las prohibiciones de prueba también puede aclarar el panorama de muchas “zonas grises” en las que el primer llamado a discutir es el derecho constitucional, en especial cuando se intenta hablar de la libertad de decisión en la declaración del imputado, el derecho a la intimidad o la consecuencia adecuada a la violación de los derechos fundamentales en ciertas actuaciones.

<sup>12</sup> Recomendable a este respecto la tesis de Fabricio Guariglia, *op. cit.*, *supra* nota 3, págs. 19-21. Igualmente, el planteamiento de ROXIN, en una conferencia de 1990 a este respecto predica que en el caso de las prohibiciones de prueba y sus excepciones el derecho alemán puede aprender del derecho angloamericano, no sin discutir si las infracciones al debido proceso pueden quedar sin sanción para hablar de un proceso penal adecuado a la noción de Estado de derecho. Véase CLAUS ROXIN, “La jurisprudencia del Tribunal Supremo con respecto al derecho procesal penal”, en *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2007, pág. 139.

No se olvida que nuestra jurisprudencia constitucional ya ha tocado algunos aspectos de este campo que en lo que sigue serán comentados.

## 2. EL "NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE" EN EL ORDENAMIENTO PROCESAL PENAL COLOMBIANO

El derecho germano ha elaborado una copiosa doctrina sobre el contenido de la prohibición de autoincriminación. En general, existe consenso sobre el hecho de que la obtención de información proveniente del sospechoso, indiciado o investigado penalmente está sometida a un ritual y a unos métodos que deben considerarse legales. La obtención de información sin estos presupuestos de conformidad con la jurisprudencia no puede quedar sin sanción, pues si la violación de la prohibición quedase sin efectos procesales, existirían muy pocas razones para cumplir con ella. Esta prohibición de utilización de pruebas se considera por la doctrina como prohibición *dependiente*, esto es, una prohibición de *producción* probatoria, contemplada legalmente que ante todo está orientada a proteger la "libertad de decisión y de acción del inculpado" o, dicho en otras palabras se habla de prohibición dependiente en tanto lesiona una prohibición de adquisición que da lugar a una prohibición de valoración<sup>13</sup>. El problema de la prohibición no estriba tanto en las consecuencias de la prohibición, como sí en la determinación de los métodos por medio de los cuales se obtiene la información y que de conformidad con la interpre-

<sup>13</sup> Véase el texto de KAI AMBOS, *Las prohibiciones de utilización de prueba en el proceso penal alemán* en esta misma obra. Traducción nuestra.

tación legal son prohibidos<sup>14</sup>. En este sentido, el examen judicial para determinar si se ha incurrido en una prohibición implica una valoración del método de obtención de la información a efecto de reconocer si se ha causado una infracción a la libertad de acción y decisión del imputado<sup>15</sup>. La doctrina recalca que la prohibición de ciertos métodos de interrogatorio no solo protegen en un sentido plenamente idealista la dignidad humana del imputado, sino también el contenido verídico de la declaración, pues un imputado coaccionado por un interrogatorio prohibido o sometido a tortura está más motivado a hablar por poner fin al dolor que por sentirse realmente obligado a decir la verdad<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> La distinción entre las prohibiciones de valoración dependiente e independiente es recurrente en la doctrina aunque resulta criticada a este respecto. En cuanto a las dependientes, se habla de prohibición que viola una norma legal que determina la forma de adquisición de la información. Las independientes no violan una norma de adquisición, pero en su resultado pueden constituir una injerencia indebida en los derechos fundamentales. A este respecto, véase KLAUS ROGALL, *Gegenwärtiger Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten*. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, N 91, 1979, págs. 1-12.

<sup>15</sup> BVerfG, 2 BvR 1249/04 de 14.12.2004, "se denigra a la persona interrogada a un puro objeto de la lucha contra el crimen bajo la violación de sus garantías constitucionales de ser valorada y respetada" y se destruyen así "los presupuestos fundamentales de la existencia individual y social del ser humano". Tomado de KAI AMBOS, "Las prohibiciones de utilización de prueba en el proceso penal alemán", en *Prueba y proceso penal* (JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER, ed.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, págs. 325-360. Traducción nuestra.

<sup>16</sup> Sobre el aspecto de la declaración bajo tortura, véase CLAUD ROXIN, *¿Puede llegar a justificarse la tortura?* Conferencias magistrales, núm. 12, México, INACIPE, 2005.

El artículo 33 de la Constitución Política colombiana establece que nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. El Código de Procedimiento Penal, por su parte, establece en el artículo 8 como principio rector y componente del derecho de defensa la misma disposición constitucional ampliada a otros parientes, pero además los literales A a G de la misma norma contemplan todo un marco que de conformidad con la teoría de las prohibiciones probatorias merecen una interpretación que sin duda trasciende la simple noción de autoincriminación (en el sentido de compulsión u coacción para declarar o confesar).

En efecto, una interpretación del derecho fundamental a la no autoincriminación y a la vez del principio rector de la ley procesal penal permitiría afirmar que para efectos probatorios lo que protege el derecho constitucional colombiano es la libertad de declaración y de acción del imputado. En otras palabras, si la presunción de inocencia y la carga de la prueba sobre la responsabilidad del investigado (C. de P. P., art. 7º) todavía tienen algún contenido como fundamentos de la investigación penal, es forzoso afirmar que la labor de demostración de responsabilidad le incumbe en todo a la persecución penal y en nada al imputado. Planteado así el problema, se llegaría a la consideración de varias situaciones en la que la prohibición probatoria puede proteger al individuo investigado como medio de prueba en su propia contra. Desde este punto de vista, la composición del *nemo tenetur se ipsum accusare* en el derecho procesal penal colombiano puede describirse de la siguiente forma:

A) *La no autoincriminación como parte del derecho de defensa y el debido proceso en las normas rectoras del Código.*

El artículo 8° del Código de Procedimiento Penal contiene los elementos fundamentales del derecho a no autoincriminarse como parte del derecho de defensa, lo que obliga a reflexionar sobre la prohibición probatoria para las autoridades de la administración de justicia cuando pretenden obtener información a partir del indiciado, imputado o acusado; esto es, el artículo 8° es una norma rectora del procedimiento que necesariamente irradia su marco hermenéutico a las disposiciones pertinentes del Código, entre otras los artículos 131 (renuncia al derecho a guardar silencio); 139 (6) (deber judicial de dejar constancia de cumplimiento de las normas referentes a garantías y derechos del imputado), 282 (advertencias previas en el interrogatorio del indiciado); 303 (derecho del capturado a guardar silencio y no incriminarse); 367 (deber judicial de advertencia al acusado sobre derecho a guardar silencio y no incriminarse al inicio de la audiencia de juicio oral).

En segundo lugar, el artículo 8° al contemplar la prohibición de no declarar contra sí mismo y a guardar silencio como parte del derecho de defensa, inevitablemente se relaciona con el debido proceso. Con la extensión que le dio la Corte Constitucional<sup>17</sup> al derecho de defensa, se ha de entender que el cumplimiento de formas y rituales para obtener información del imputado, indiciado o acusado son absolutamente obligatorias y su omisión o violación (prohibición de obtención) tendrían como consecuencia la ineficacia del

<sup>17</sup> Sentencia C-799 de 2005.



acto que se traduce en una prohibición de valoración de la información producida con vulneración del debido proceso.

B) *Deberes positivos de información y verificación por los jueces y autoridades de persecución penal sobre el derecho a no declarar y a no inculparse.*

El mosaico normativo anterior muestra con detalle que las autoridades de persecución penal están obligadas a advertir e instruir a los interrogados en forma positiva sobre su derecho a permanecer en silencio y a no declarar contra sí mismo. A este respecto, la doctrina y la jurisprudencia se han planteado el problema de cuáles son las consecuencias que se desprenden de obtener una información autoincriminatoria sin que se le hagan las advertencias de rigor al declarante cuando eventualmente se obtenga información que luego fundamente la responsabilidad penal. Para aclarar lo que a nuestra legislación corresponde es menester observar lo ocurrido en el derecho comparado.

Como se sabe no se trata de un simple rigor o formalismo sacramental el advertir al interrogado sobre el derecho de rehusarse a declarar o inculpar a parientes cercanos, sino que la historia de este principio en el derecho comparado ha mostrado con toda su vitalidad la virtud del modelo acusatorio al conformar todo un muro de contención contra las inferencias de responsabilidad a partir del silencio y los métodos de interrogatorio que compelen al declarante a hablar en contra de sí mismo (reminiscencia de la tortura).

La doctrina germana en este punto fue bastante crítica de la jurisprudencia antigua que consideró las instrucciones

al investigado por parte de las autoridades de persecución penal como una mera disposición de orden sin capacidad para generar una prohibición de utilización probatoria, pero la jurisprudencia abandonó la idea de la advertencia de derechos como mero ritualismo para pasar luego a la consideración sustancial, según la cual la lesión al deber de información por parte de la policía fundamenta una prohibición de valoración probatoria. El argumento utilizado por el Tribunal Supremo Federal en asuntos penales en este caso se refiere al hecho de que la instrucción al imputado hace parte del principio de dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a un juicio con todas las garantías (*fair trial*). Además se afirmó lo consecuente, esto es, que en la etapa de investigación penal el interrogado está menos protegido que en el juicio frente a una autoinculpación cuando son los funcionarios de la Fiscalía o la policía los que llegan a la escena del delito o por medio de otras injerencias adquieren contacto con el investigado<sup>18</sup>.

El derecho estadounidense desde la famosa sentencia *Wilson vs. U.S.* de 1893 reconoció que el privilegio contra la autoincriminación tenía un sentido extenso que resguardaba la libertad del inculpado ante cualquier requerimiento, incluso el de convertirlo en testigo, abstracción hecha de los casos en los que expresamente se renuncie a tal privilegio y el declarante se exponga a todas las consecuencias de un interrogatorio formal<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> En el contexto histórico, véase STRATE GERHARD, *Rechtshistorische Fragen der Beweisverbote*, *Juristenzeitung*, 1989. págs. 176-179.

<sup>19</sup> Véase a este respecto todo el desarrollo jurisprudencial de la quinta enmienda de la Constitución norteamericana en Saltzburg,

Más tarde, la regla se hizo flexible con el fin de permitir que los acusados declararan en juicio ante los tribunales federales, pero las reformas procesales se encargaron de establecer la regla complementaria de no deducir ningún tipo de presunción en contra de quien se negaba a testificar<sup>20</sup>. Ya a mediados del siglo xx en otra famosa decisión conocida como *Griffin vs. California* (1965), los tribunales reforzaron el silencio del imputado con las instrucciones al jurado por el juez, en el sentido de que el uso del derecho a permanecer callado no podía valorarse de forma desfavorable para el acusado.

El paso más significativo es sin duda el de la decisión *Miranda vs. Arizona* de 1966, sentencia en la cual se hizo extensivo el derecho a no declarar ante las autoridades de policía en el momento de un arresto como parte del contenido sustancial de la v enmienda. La doctrina reconoce las advertencias, a propósito de esta decisión, como un “código constitucional de las reglas de confesión”<sup>21</sup>. Así, se entendió que si el capturado habla con posterioridad a las advertencias renuncia a su derecho y en la misma medida se suscita la discusión sobre el valor probatorio de aquellas

---

CAPRA DANIEL STEPHEN, *American Criminal Procedure*, St Paul Minnesota, Thomson West, 2004, págs. 690-775.

<sup>20</sup> Véase IGNACIO TEDESCO, “La libertad de la declaración del imputado: Un análisis histórico comparado”, en Edmundo Hendler (comp.) *Las garantías penales y procesales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2002, págs. 56-58.

<sup>21</sup> La extensión de las reglas Miranda en Jerold, Israel and Wayne, LA FAVE, *Criminal Procedure. Constitutional Limitations*, St Paul Minnesota, Thomson West, 2006, págs. 187-242.

manifestaciones realizadas antes de las advertencias, esto es, si pueden ser utilizadas en contra del acusado<sup>22</sup>.

La extensión de las llamadas "advertencias Miranda" en el derecho de los Estados Unidos ha permitido un debate sobre dos aspectos fundamentales, esto es, las afirmaciones espontáneas y la noción de interrogatorio como prueba preconstituida. En el primer caso, resulta claro que las advertencias no aplican cuando existen afirmaciones conducentes a autoincriminación completamente voluntarias. Así, la jurisprudencia y la doctrina han recalcado que las afirmaciones voluntarias de cualquier clase no se franquean por la quinta enmienda. Si el acusado fue por sus propios medios a la policía o ha llamado telefónicamente a las autoridades para dar aviso de la comisión de su hecho o espontáneamente habla a la policía al ver un oficial cerca de la escena del delito no existen requerimientos especiales para admitir dicha información. Las advertencias Miranda realmente tienen cabida frente a dos presupuestos básicos, a saber, la privación física de la libertad y el interrogatorio inmediato por la policía. Tampoco existe mucha claridad sobre cuál debe ser la conducta de la policía con posterioridad a una afirmación de autoincriminación espontánea. Si de allí se deriva una privación de la libertad y luego un cuestionario en sentido probatorio, es claro que las advertencias resultarían obligatorias. Pero si las preguntas realmente no son conducentes a tal efecto (p. ej., si se pregunta que fue lo que realmente pasó para aclarar las afirmaciones o de qué se está acusando en ese momento para claridad del agente policial), la advertencia no es necesaria.

<sup>22</sup> Discusión a propósito de *Doyle vs. Ohio*, 426 U.S. 610, 1976; *Jenkins vs. Anderson*, 447 U.S. 231, 1980. Críticas a estas decisiones

Este último problema ha llevado a aclarar el concepto de "equivalente funcional" del interrogatorio o preguntas realizadas por la policía inmediatamente después de la detención con fundamento en afirmaciones espontáneas. Si por ejemplo, la policía pregunta sobre la ubicación de una evidencia física que incrimina al declarante espontáneo o se le confronta con un cómplice o la víctima en la escena del delito, se estaría en presencia de un "equivalente funcional del interrogatorio". La jurisprudencia aclaró este punto estableciendo que el término *interrogatorio* en el contexto de las advertencias Miranda no solo aplica a unos cuestionamientos expresos por la policía, sino también a que palabras o acciones que la policía debería saber son *razonablemente* conducentes a obtener una respuesta autoincriminatoria para el sospechoso. El examen de razonabilidad es el que determina bajo parámetros de experiencia policial si se violó la quinta enmienda y el debido proceso<sup>23</sup>.

Las consecuencias jurídicas de la omisión de advertencia al derecho a permanecer en silencio y no incriminarse con la consecuente obtención de información a efectos de determinación de responsabilidad penal han sido ampliamente tratados en el derecho de los Estados Unidos<sup>24</sup>. La

---

en Stephen, Saltzburg, *The flow and ebb of constitutional criminal procedure in the Warren and Burger Courts*, Georgetown Law Journal, 69, 1980, págs. 203-205.

<sup>23</sup> *R. I vs. Innis*, 1980.

<sup>24</sup> *Coolidge vs. New Hampshire*, 403 U.S., 1971, en la que se entendió que la vulneración de la quinta enmienda genera *per se* exclusión. Recientes replanteamientos sobre este punto en la decisión *Dickerson vs. United States*, 530.U.S., 2000, en la que se retoma la discusión sobre el contenido constitucional de la regla de exclusión con

obvia consecuencia es la exclusión de evidencia incriminatoria, pero no siempre ocurre así, pues existen casos en los cuales la obtención de información puede ser utilizada con fines de impugnación de la credibilidad del imputado<sup>25</sup>.

Otro aspecto complejo lo constituyen las declaraciones involuntarias antes o después de las advertencias<sup>26</sup>, los interrogatorios sucesivos en los que no se reiteran las advertencias<sup>27</sup>, la utilización de métodos de entrapamiento por la policía para obtener evidencia incriminatoria mediante delitos provocados y la no menos sugerente discusión relacionada con la exclusión de las afirmaciones y la inclusión de evidencia incriminante a partir de allí, esto es, aplicación de la teoría de los frutos del árbol envenenado o efecto reflejo<sup>28</sup>.

La discusión germana sobre el incumplimiento de los deberes de instrucción se muestra más ardua que en el caso norteamericano. En efecto, el principio según el cual el inculpaado debe ser tratado como un sujeto del proceso y no como un objeto del procedimiento cimentado a su vez en el principio de dignidad humana determina que el inculpaado no

---

referencia a la enmienda. (Remedio profiláctico para evitar violaciones policiales o presunción de compulsión a declarar).

<sup>25</sup> *Harris vs. New York*, 401 U.S. 222, 1971.

<sup>26</sup> *Mincey vs. Arizona* 437 U.S. 385, 1978.

<sup>27</sup> *Oregon vs. Elstad* 470. U.S., 1985. Es una de las decisiones más importantes, pues plantea el tema de la contaminación del segundo interrogatorio por la omisión de advertencia y lo que se debe entender por interrogatorio para efectos de obtener información voluntaria.

<sup>28</sup> *Supra* nota 19, 21. Véase además *Michigan vs. Tucker*, 417. U.S., 1974.

debe ser compelido de ninguna forma a colaborar en la demostración de su responsabilidad penal. El fundamento de estas nociones se encuentra en la Constitución<sup>29</sup> y el derecho internacional de los derechos humanos (CEDH, art. 6)<sup>30</sup>. Los deberes de información se encuentran, como en el caso colombiano, regulados legalmente, y por tanto se entiende que la advertencia al declarante sobre sus derechos se da en un ambiente estrictamente formalizado. En este sentido, la advertencia al inculpado supone un interrogatorio como el previsto en la legislación procesal penal<sup>31</sup> de tal manera que las expresiones espontáneas y declaraciones en el marco de preguntas informativas o cuestionarios informales no están cubiertos por esta exigencia.

En este caso la doctrina discute si las afirmaciones e informaciones resultantes de declaraciones espontáneas pueden ser aprovechadas probatoriamente, pues la regla general estriba en que la omisión de la instrucción conduce a una *prohibición de utilización*<sup>32</sup>. Si los fiscales o la policía son quienes no advierten sobre este derecho a los interrogados o si utilizan ciertas tácticas de investigación que eviten la instrucción de derechos a los familiares de los investigados para obtener información que permita la configuración de pruebas de cargo, se genera la imposibilidad de utilización. Las soluciones tradicionales al problema se circunscribían a la discusión pormenorizada de saber si se estaba ante un interrogatorio como práctica de una prueba judicial anticipada y si el sujeto que lo realizaba era una autoridad judicial en

<sup>29</sup> BEULKE, *supra* nota 4, pág. 271.

<sup>30</sup> Relacionada con el principio de *fair trial*.

<sup>31</sup> Sobre este concepto, véase las anotaciones posteriores.

<sup>32</sup> BGHSt 38, 214; siguiendo a AMBOS, *supra* nota 13.

el sentido de que estuviese habilitado para la investigación penal. Aquí las soluciones de la jurisprudencia resultaron contradictorias, pues en algunos casos se argumentó que el fin de la norma era la protección del testigo e incluso se tomaron otras decisiones para facilitar la actividad de agentes encubiertos que les excusaban de la obligación de instrucción, de tal manera que la prohibición probatoria únicamente surgía en aquellos casos de interrogatorios formales ante autoridad judicial.

La misma construcción de prohibición se aplica en el caso de omisión de la instrucción referente al derecho a consultar un defensor (§§ 136 I 2, 137) y se presentan discusiones sobre la instrucción subsecuente, según la cual si no se tiene inmediatamente un defensor, las autoridades de persecución penal deben facilitar la búsqueda de un abogado<sup>33</sup>. Aunque resulta mucho menos frecuente, también el juez aplica la prohibición de utilización en caso de falta de instrucción en el juicio oral (§ 243 IV 1).

No obstante, con fundamento en la apreciación sobre la regla de prohibición y sus consecuencias, se puede decir que en el contexto alemán las declaraciones pueden ser utilizadas de manera excepcional en tres casos, esto es:

1. Cuando las afirmaciones se dan y el inculpado ha reconocido su derecho a no otorgar ninguna declaración;
2. Cuando el defensor consiente la utilización o no se opone a ella antes del interrogatorio del acusado en el juicio oral (§ 257) (solución de oposición previa), y

<sup>33</sup> Véase CLAUS ROXIN, "A propósito de la decisión del Tribunal Supremo Alemán: BGHSt 42, 15", en *Presente y futuro de la defensa en el proceso penal ...*, op. cit., supra nota 12, págs. 68-69.



3. Cuando se subsane el error de omisión repitiendo la instrucción e iniciándola desde el principio.

La excepción a la utilización por el consentimiento del defensor y la solución de la alegación previa hasta antes del primer interrogatorio del acusado han resultado bien cuestionables por la doctrina por dos razones: en primer lugar, si el derecho a abstenerse de prestar declaración y la advertencia acerca de este son manifestaciones del derecho a la autodeterminación informativa, se debe entender que únicamente quien es advertido del derecho a no declarar es el acusado o inculcado quien está facultado para desistir y no quien lo representa como defensor. En segundo lugar, resulta lamentable que existan casos de violación del debido proceso en los que el Tribunal literalmente se aproveche de la información así obtenida y se le excuse de subsanar el error procesal, simplemente por el hecho de que la defensa no se ha opuesto a la utilización<sup>34</sup>. El desprecio o la elusión por el derecho al silencio del inculcado (advertido), por ejemplo, cuando se le interroga nuevamente a este sobre el asunto, aunque pretenda hacer las declaraciones subsiguientes dependientes de un contacto con el defensor, no llevan automáticamente en todos los casos a una prohibición de utilización de las declaraciones así obtenidas si el inculcado no ha sido engañado y ha hablado espontáneamente con los agentes de investigación penal<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> Crítico también ROXIN. Si se considera el abogado defensor como órgano de la justicia, tiene obligación de evitar y eventualmente subsanar errores procesales, pero si se considera como mero representante de los intereses de su cliente, no tiene esta obligación (cfr. sobre esta diferenciación BEULKE, *supra* nota 4, pág. 91).

<sup>35</sup> BGH NJW 2006, 1008, 1009. Siguiendo a AMBOS, *op. cit.*, *supra* nota 13.

a) *Información legalmente obtenida a efectos de imputación y detención preventiva.* Como se observa el derecho comparado trae suficientes discusiones sobre los procedimientos para obtener información a partir de los afectados con el proceso penal o sus allegados, así como sobre las consecuencias jurídicas que se desprenden de tal obtención. En nuestro medio, el artículo 131, del Código de Procedimiento Penal<sup>36</sup> establece claras diferencias con el modelo germano en el sentido de la verificación por el juez de conocimiento o el juez de control de garantías, según sea el caso, relacionada con el hecho de la renuncia al derecho a guardar silencio por el imputado o procesado; esta verificación es una decisión perfectamente libre, consciente, voluntaria, debidamente informada y asesorada por la defensa.

De esta disposición se aprecia claramente que el juez no solo tiene estrictos deberes de información para resguardar el derecho a la no autoincriminación, sino también que sus deberes son de constatación o verificación. La prohibición probatoria para nuestro ordenamiento se inscribe así en un campo que trasciende la omisión simple y se ubica en un papel activo del trabajo judicial. Desde este punto de vista, en nuestro concepto, una constatación poco fundada o defectuosa tendría como consecuencia la no utilización de dicha información, pues es claro que se trata de la violación

<sup>36</sup> *Renuncia.* "Si el imputado o procesado hiciere uso del derecho que le asiste de renunciar a las garantías de guardar silencio y al juicio oral, deberá el juez de control de garantías o el juez de conocimiento verificar que se trata de una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada, asesorada por la defensa, para lo cual será imprescindible el interrogatorio personal del imputado o procesado".

del debido proceso, en tanto se habla de actuaciones en las que se debe seguir un procedimiento exigido por la misma norma, esto es, el interrogatorio personal del imputado o procesado, o tal como dispone el artículo 131 del Código de Procedimiento Penal. De allí se infiere que el funcionario judicial puede averiguar para efecto de verificación sobre los medios que permiten o la renuncia a la autoinculpación o lo correspondiente a la libertad de decisión del imputado<sup>37</sup>.

La norma básicamente tiene aplicación en el campo del allanamiento a la imputación como forma de terminación anticipada del proceso penal y por la misma razón al juez de control de garantías le asiste en esta primera comparecencia una serie de tareas que trascienden aquella de verificar las condiciones, bajo las cuales la Fiscalía realiza la primera atribución de responsabilidad penal. En efecto, si se observa bien una interpretación sistemática entre el artículo que comentamos y el artículo 287 del Código de Procedimiento Penal<sup>38</sup>, leído bajo el concepto clave de prohibición probatoria obligaría al fiscal a valerse de métodos no contrarios

<sup>37</sup> Desde este punto de vista, compartimos las apreciaciones de JUAN CARLOS ARIAS, *La prueba técnica y la no autoincriminación. El proceso penal acusatorio colombiano*, t. 1, Manejo de la prueba, Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, págs. 193-216.

<sup>38</sup> "Situaciones que determinan la formulación de la imputación. El fiscal hará la imputación fáctica cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga. De ser procedente, en los términos de este código, el fiscal podrá solicitar ante el juez de control de garantías la imposición de la medida de aseguramiento que corresponda".

a derecho en la obtención de la información para imputar (vale decir engaños, coacciones indebidas, producción subrepticia), es justamente esta actividad la que resulta controlada por el juez de garantías en sede de imputación. El artículo 287 del Código de Procedimiento Penal es claro al advertir que la fuente de imputación debe corresponder a "información legalmente obtenida". Esta misma lectura dejaría claro de una vez por todas que el juez de control de garantías tiene facultades de exclusión en la audiencia de imputación cuando constate gracias al interrogatorio del imputado que la información no ha sido legalmente obtenida, razón por la cual disentimos de la interpretación que sobre este tópico ha realizado la honorable Corte Suprema de Justicia<sup>39</sup>. En efecto, la Corte ha asumido bajo un concepto plano de la competencia legal que las facultades de exclusión están reservadas al juez de conocimiento en la audiencia preparatoria, mientras que el juez de control de garantías queda con una única competencia de exclusión frente a la diligencia de registro y allanamiento. Esta interpretación de la Corte parte justamente de una lectura asistemática de las nociones de exclusión y prohibición probatoria.

El mismo argumento resulta válido para aquellos casos en los que se imponga una medida de detención preventiva a tenor de lo dispuesto en el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal<sup>40</sup>. Aquí nuevamente se habla de *informa-*

<sup>39</sup> C. S. de J., Sala de Casación Penal, sent. 26310 de 2007, M. P.: Sigifredo Espinosa Pérez.

<sup>40</sup> "Requisitos. El juez de control de garantías, a petición del fiscal general de la nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y

*ción legalmente obtenida* como presupuesto esencial para la imposición de una medida cautelar personal, y por tanto es exigente una actividad clave del juez de control de garantías encaminada a partir del interrogatorio del imputado para controlar los métodos de obtención como fuente posible de responsabilidad, los cuales obviamente pueden ser discutidos por la defensa.

Ahora bien, esta actividad se ve reforzada por el artículo 139 (6) del Código de Procedimiento Penal que obliga específicamente al juez a dejar constancia de haber cumplido con las normas referentes a los derechos y garantías del imputado o acusado y de las víctimas.

b) *Interrogatorios y entrevistas en la etapa de investigación penal.* En el marco de la actividad probatoria, la legislación procesal penal, establece en el artículo 282 del Código, el deber de advertencia que deben observar las autoridades de persecución penal en lo que se relaciona con el interrogatorio al indiciado. De conformidad con esta disposición, la policía judicial o la Fiscalía puede practicar un interrogatorio a quien considere autor o partícipe de una conducta punible bajo la consideración de dos presupuestos, esto es, que se tengan motivos fundados que permitan una inferencia de autoría o participación sobre el interrogado (lo que califica la condición de indiciado por el contenido de la norma más allá de la noción de indicio) y que no se le haga

---

evidencia física recogidos y asegurados o de la *información obtenidos legalmente*, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga”.

al "indiciado ningún tipo de imputación"<sup>41</sup>. La norma es absolutamente clara en el sentido de las advertencias sobre el derecho a guardar silencio y a no declarar. Si no se hace uso de tal derecho, se puede proceder al interrogatorio en presencia del abogado. El artículo 283 del Código de Procedimiento Penal como norma concordante establece que la aceptación por el imputado es el reconocimiento libre, consciente y espontáneo de haber participado en alguna forma o grado en la ejecución de la conducta delictiva que se investiga. Esta última disposición debe entenderse como parte de los medios cognoscitivos en la indagación o investigación y por lo mismo trata dos aspectos de la mayor importancia: por una parte, los requisitos de aceptación a instancias de las aseveraciones que pueda hacer el fiscal en el interrogatorio. Obviamente, esto no significa que se reviva la lamentable práctica de la indagatoria, figura que a todas luces es una afectación patente del derecho a no autoincriminarse y rezago del modelo inquisitivo. Por otra parte, la norma regula lo que la doctrina conoce como declaraciones espontáneas del indagado, lo cual requiere de un tratamiento

<sup>41</sup> "Interrogatorio a indiciado. El fiscal o el servidor de policía judicial, según el caso, que tuviere motivos fundados de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este Código, para inferir que una persona es autora o participe de la conducta que se investiga, sin hacerle imputación alguna, le dará a conocer que tiene derecho a guardar silencio y que no está obligado a declarar contra sí mismo ni en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad. Si el indiciado no hace uso de sus derechos y manifiesta su deseo de declarar, se podrá interrogar en presencia de un abogado.

especial en la óptica de las prohibiciones de prueba. En este sentido, realmente tenemos dos formulaciones cuando se trate de la obtención de información a partir del indiciado: las correspondientes al interrogatorio en las cuales quien declara está advertido y las llamadas declaraciones espontáneas.

Frente al interrogatorio formal del artículo 282 del Código de Procedimiento Penal, estamos hablando de una prueba preconstituida, razón por la cual la omisión de advertencia debe llevar inexorablemente a una prohibición de utilización toda vez que esta carencia es una vulneración del debido proceso. La misma solución debe predicarse cuando el interrogado opta por la decisión de hablar y se realiza el interrogatorio sin la presencia del abogado. Además de esta consideración, para mantener en firme la garantía constitucional del artículo 33 que prohíbe la autoincriminación, tampoco debe permitirse la utilización de esta información llevando al juicio oral el testimonio del agente de policía judicial que realizó el interrogatorio bajo el sospechoso título de testigos de referencia de la Fiscalía<sup>42</sup>. A este respecto, la doctrina alemana aduce con fundamento en la prohibición de lectura de declaraciones anteriores al juicio oral que no debería ser admisible escuchar al juez de la investigación penal que participó en el interrogatorio del testigo (§ 162). No obstante, existe la postura contraria, si el imputado ha sido instruido legalmente, aduciendo como argumento, entre otros, la alta calidad del interrogatorio judicial frente al interrogatorio realizado por la Fiscalía o la policía<sup>43</sup>.

<sup>42</sup> Sentencia de casación 26411, 8 noviembre 2007.

<sup>43</sup> BGHSt 2, 99, 106 y ss.; 21, 218, 219; 49, 72, 77; BEULKE (*supra* nota 3), nota 465.

No puede escapar a nuestro análisis la problemática que se suscita entre las figuras del interrogatorio y la entrevista. Si bien es cierto que el interrogatorio está calificado por el sujeto a quien se dirige y de ahí las exigencias legales de advertencia para proceder a cuestionarlo, nada se opone a que en la entrevista<sup>44</sup> puedan surgir aseveraciones autoinculpatorias. Para permitir el cumplimiento de la prohibición contra la autoincriminación debería ser claro que tanto en uno como en otro caso se deben hacer las advertencias sobre el derecho a no declarar. Y en cualquier caso si se opta por esta solución, se ha de entender que el sujeto de la entrevista solamente puede ser el testigo, la víctima o quien tenga información, pero nunca alguien sobre quien recaigan indicios fiables de la comisión del hecho. En otras palabras, no resultaría admisible que se utilizara el medio de la entrevista como forma de obtención de información en contra de un posible imputado con el objeto de evitar las advertencias sobre el derecho a no declarar.

Pero el panorama de prohibiciones probatorias resulta más complejo si el interrogatorio o la entrevista correspon-

<sup>44</sup> *“Entrevista.* Cuando la policía judicial, en desarrollo de su actividad, considere fundadamente que una persona fue víctima o testigo presencial de un delito o que tiene alguna información útil para la indagación o investigación que adelanta, realizará entrevista con ella y, si fuere del caso, le dará la protección necesaria.

La entrevista se efectuará observando las reglas técnicas pertinentes y se emplearán los medios idóneos para registrar los resultados del acto investigativo.

Sin perjuicio de lo anterior, el investigador deberá al menos dejar constancia de sus observaciones en el cuaderno de notas, en relación con el resultado de la entrevista”.



den a los actos de prueba realizados por la policía judicial con fundamento en el artículo 205 del Código de Procedimiento Penal<sup>45</sup>. Como es sabido, esta disposición no exige las advertencias propias del artículo 33 de la Constitución, mas sí la grabación magnetofónica o fonóptica de las entrevistas y los interrogatorios; por estas razones también cabe la discusión sobre ¿qué se entiende por interrogatorio? Pues a tenor de lo dispuesto en el artículo 205 del Código de Procedimiento Penal, la realización de actos urgentes de investigación e indagación también involucran el aseguramiento probatorio en la escena del delito o las primeras pesquisas de la policía judicial. Con seguridad, nuestros expertos en policía judicial argumentarán que en la fase de instrucción de nuestro proceso penal no existen pruebas propiamente dichas y, por tanto, no estamos frente a un interrogatorio en el sentido judicial, sino ante una actividad de recolección de información siguiendo los dictados del artículo 16 del Código de Procedimiento Penal. Un segundo argumento estaría referido a la negación de la permanencia de la prueba. En consecuencia, bajo esta óptica, la omisión de instrucción en los actos urgentes no lleva a la consecuencia de una pro-

<sup>45</sup> "Actividad de policía judicial en la indagación e investigación. Los servidores públicos que, en ejercicio de sus funciones de policía judicial, reciban denuncias, querellas o informes de otra clase, de los cuales se infiera la posible comisión de un delito, realizarán de inmediato todos los actos urgentes, tales como inspección en el lugar del hecho, inspección de cadáver, *entrevistas e interrogatorios*. Además, identificarán, recogerán, embalarán técnicamente los elementos materiales probatorios y evidencia física y registrarán por escrito, grabación magnetofónica o fonóptica las entrevistas e interrogatorios y se someterán a cadena de custodia".

hibición de utilización y, por ende, la información recogida en el contexto de actos urgentes puede ser utilizada a efectos de imputación.

Si el problema fuera simplemente la recolección de información como suele aducirse, entonces tendríamos que decir que el principio rector del artículo 8º del Código de Procedimiento Penal no opera en la fase de investigación penal, pero con ello se llegaría a la triste conclusión según la cual existe posibilidad de autoincriminarse antes del juicio oral sin que el ordenamiento positivo posibilite ningún remedio. Esta conclusión obviamente genera un déficit profundo para la extensión del derecho fundamental a la defensa conjugado con la protección contra la autoincriminación. Si se opta por una tesis contraria, se puede pensar que la omisión de instrucción sobre el derecho a negarse a declarar en las "entrevistas" e "interrogatorios" de los que habla el artículo 205 del Código de Procedimiento Penal realmente pueden generar una prohibición de utilización, incluso si se pretendiese usar en el juicio oral el testimonio del agente judicial o la entrevista como prueba de referencia. Si quisiéramos afinar el análisis sobre este particular", podríamos encontrar en la jurisprudencia norteamericana la solución del llamado "equivalente funcional" que precisamente evita las diferencias entre entrevista e interrogatorio dejando al juzgador la valoración sobre el tipo de prueba que realmente levantó la persecución penal en la fase de investigación<sup>46</sup>.

Por supuesto que notificar a una persona en plena investigación sobre su derecho a permanecer en silencio sig-

<sup>46</sup> *Supra* nota 19 y todas las demás referencias del derecho de los Estados Unidos.

nifica una desventaja, sobre todo si los indicios apuntan a que se le considere posteriormente un imputado. Esta queja ya fue expuesta bajo sus debidas consideraciones anotando en todo caso que el problema tiene una respuesta desde la función de la etapa de instrucción, es decir, la averiguación de los hechos constitutivos del delito, pero no al precio de convertir al investigado en un objeto del procedimiento. Justamente, buena parte de las críticas que poseía nuestro anterior sistema se referían al hecho de que la indagatoria como figura de presión en contra del investigado realmente lo convertía en objeto del proceso y no en sujeto del procedimiento.

En el derecho comparado, por regla general, las declaraciones espontáneas del investigado no conducen a una prohibición de utilización. En el caso germano, por ejemplo, la jurisprudencia ha confirmado que las declaraciones espontáneas resultan admisibles siempre y cuando las autoridades de persecución penal no hayan utilizado ninguna estratagema para inducir un engaño que conlleve a la autoincriminación<sup>47</sup>. Esta confirmación genera serios reparos sobre las investigaciones encubiertas. En el mismo sentido, se manifiesta la doctrina italiana que distingue a efectos de su legislación lo que corresponde a un acto autoinculpatorio perfectamente espontáneo de uno "provocado". En este

<sup>47</sup> KAI AMBOS, *op. cit.*, *supra* nota 13. Para observar las peculiaridades de la discusión alemana, véase CLAUS ROXIN, "Libertad de autoincriminación y protección de la persona del imputado en la jurisprudencia alemana reciente", en *Estudios sobre justicia penal*, libro homenaje a Julio B. Maier, Buenos Aires, Editores del puerto, 2005, págs. 421-430.

sentido, un acto espontáneo tiene los requisitos de ser libre, unilateral y no solicitado<sup>48</sup>.

c) *Deber de advertencia al capturado*. En tercer lugar, el deber de advertencia más importante se encuentra frente al capturado, y para tales efectos el artículo 303 (3) del Código de Procedimiento Penal establece como un deber de información de las autoridades el derecho a guardar silencio; a que las manifestaciones que realice puedan ser usadas en su contra, y que el capturado no está obligado a declarar en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.

Una primera percepción sobre los derechos del capturado a propósito de esta norma permite afirmar que se trata de una copia de las advertencias Miranda del derecho norteamericano. Las manifestaciones del capturado posteriores a su advertencia a permanecer en silencio pueden ser usadas en su contra, razón por la cual aquí se impone la necesidad de optar soluciones como las anotadas anteriormente, esto es, el control judicial sobre si efectivamente se trató de una manifestación no apremiada por quienes ejercen la captura, la forma en que esta se practicó y si efectivamente se pudo haber realizado un "interrogatorio". Como ya se ha observado, la relación entre captura y autoincriminación tiene implicaciones en el marco no solo de la convalidación de la detención material, sino también en la consecución probatoria existente a partir de la misma.

<sup>48</sup> Véase la monografía de MÁXIMO CERESA-GASTALDO, *Le dichiaiarazoni spontanee dell'indagato alla polizia giudiziaria*, Turín, Giappichelli Editore, 2002, págs. 121-129.

La última referencia digna de tratamiento en el marco de las prohibiciones de prueba se refiere al deber del juez de advertir al acusado al inicio del juicio oral sobre su derecho a guardar silencio y no incriminarse. El contexto de esta advertencia es la terminación anticipada del proceso en la última oportunidad que tiene el acusado para obtener una rebaja de pena, de tal manera que si el acusado hace una manifestación de culpabilidad le corresponden al juez los deberes de verificación ya aludidos con la consecuencia de que deberá continuarse el juicio en los eventos contemplados en los artículos 368 y 369 del Código de Procedimiento Penal.

*C) Deberes activos de información frente a personas que no tienen obligación constitucional o legal de declarar*

Tanto el derecho comparado como el derecho colombiano reconocen al menos dos tipos de personas que no tienen la obligación de prestar declaración: los parientes más próximos y las personas que por razones profesionales o legales tienen la obligación legal de reserva o confidencialidad<sup>49</sup>. Observemos de nuevo las soluciones del derecho comparado:

En el derecho norteamericano, las declaraciones entre parientes próximos tienen un tratamiento diverso del que aparece en el derecho continental. Si bien, se reconoce el derecho a no declarar, existen claras excepciones creadas jurisprudencialmente y avaladas en la perspectiva legal de varios estados. Así, por ejemplo, la transformación del ins-

<sup>49</sup> Véase el pormenorizado y convincente análisis de BELING en su conferencia a este respecto.

tituto de la prohibición de declaración entre esposos en las tempranas decisiones del siglo XIX reflejaban la noción clara de *interés* en el resultado del proceso, razón por la cual se prohibió este tipo de testimonio. Esta visión desaparece luego para dar paso a un privilegio, en el cual resulta relevante, no tanto la noción de interés, como sí la de *protección* de un esposo frente al daño que puede causar el testimonio adverso del cónyuge. En este sentido, se habla del *adverse testimony privilege* que apunta fundamentalmente a proteger los votos de confianza mutua entre cónyuges.

Dado que se trata de otorgar una declaración ante un tribunal, este privilegio se cifra en el posible contenido de la misma, de tal manera que se protege la confidencialidad matrimonial con respecto a la comunicación existente entre los cónyuges<sup>50</sup>. En consecuencia, el privilegio desaparece si existen afirmaciones o comunicaciones de los cónyuges que se consideran no confidenciales, por ejemplo, cuando tiene lugar una conversación conyugal en presencia de terceros. Tampoco se aplica cuando ambos cónyuges han participado o son cómplices de las mismas conductas punibles por las que se adelanta el proceso o cuando uno de los hijos es víctima de la acción delictiva de uno o ambos progenitores.

A diferencia de lo que ocurre en el derecho continental, la regla general en el derecho norteamericano es que el privilegio se invoque a efecto de que se evite la declaración, razón por la cual la decisión sobre si el testigo debe declarar

<sup>50</sup> Véase indicaciones importantes sobre la justificación instrumental y no instrumental del privilegio en RICHARD LEMPert, JAMES LIEBMAN y SAMUEL GROSS, *A modern approach to evidence*, St Paul Minnesota, Thomson West, 2000, págs. 929-935.

se somete a la consideración judicial. Así mismo se da la discusión relacionada con la extensión de la quinta enmienda y las actuaciones a las que se aplica y por la misma razón se concluye que en el caso de testigos con privilegio su aplicación es restringida, pues es una actuación que no contiene los elementos típicos de una compulsión realizada por los agentes de persecución penal para que se declare en contra de sí mismo o en contra de alguien, como sí ocurre con la situación de captura. No obstante, tratándose de la declaración de testigos que pueden tener tal privilegio, la quinta enmienda sí se hace extensiva al caso de declaraciones ante jurado y, por esa razón, la solución que se ha adoptado es la de facultar al juez para que en la vista principal evite que se produzca el testimonio, realice una audiencia sin la presencia del jurado para evaluar la consistencia del privilegio que se invoca y tome los correctivos que sean del caso para que el jurado no haga inferencias y no utilice tal testimonio si ya existen referencias sobre el mismo<sup>51</sup>. En estos casos, el juez de conocimiento también tiene la facultad de advertir al testigo sobre la posible consulta con el abogado, pues resulta factible que contra él mismo puedan surgir imputaciones. Si la corte determina que, en efecto, el testigo tiene el derecho a invocar el privilegio y eventualmente este puede extenderse a toda la materia de un interrogatorio, la conducta por la que se debe optar es la de no permitir el testimonio. Si el testimonio ya se ha producido, la corte tiene discrecionalidad para advertir al declarante sobre sus derechos constitucionales, el derecho de asistencia legal y debe instruir al jurado

<sup>51</sup> Véase toda la jurisprudencia sobre el problema en BARBARA BERGAMAN y NANCY HOLLANDER, *Wharton's Criminal Evidence*, vol. 3, 1999, págs 23-33.

sobre el hecho de que este testimonio no debe contar para sacar conclusiones a favor o en contra de ninguna de las partes<sup>52</sup>.

En el derecho germano, las declaraciones de *parientes* obtenidas sin la advertencia previa acerca de su *derecho a negarse a declarar* (§ 52 III) *no pueden ser utilizadas*, es decir, que a estas no se les puede dar lectura, ni deben ser reconstruidas por medio del interrogatorio de la persona que lo practicó. Esto se infiere del fin de protección que trae la norma, ya advertida magistralmente por BELING, de no lacerar el vínculo familiar<sup>53</sup>. Por lo demás, obligar a declarar a un pariente cercano pone en riesgo la averiguación de la verdad, debido a que los vínculos filiales impulsan a asumir responsabilidades en razón del afecto (padres frente a hijos; esposos, etc.). Por esta misma razón, la declaración de los parientes no está llamada a generar efectos incriminantes, sin que resulte relevante si el juez al momento de la declaración tenía conocimiento de la relación de parentesco entre el declarante y el imputado<sup>54</sup>. El derecho alemán reconoce excepcionalmente la utilización de la información obtenida del pariente declarante en dos casos, esto es, cuando el declarante ha fallecido y su declaración consta en el expediente<sup>55</sup> o cuando se quiere testificar pese a conocer su derecho a abs-

<sup>52</sup> *United States vs. Jonson* 488. U.S. 1206., 1973.

<sup>53</sup> Puede, sin embargo, ser suficiente para la instrucción según el § 52 II 1 que se informe el testigo de su (posible) derecho de negar la declaración (BGH NStZ, 2006, 647 y s.) AMBOS, *supra* nota 13.

<sup>54</sup> BGHSt 14, 159, 160.

<sup>55</sup> BGHSt 22, 35; BEULKE, *supra* nota 2, nota 461; igualmente JÄGER, *supra*, nota 4, pág. 146.



tenerse, pues en este caso su declaración no es producto de la omisión de advertencia sobre el derecho<sup>56</sup>.

Para las personas obligadas por ley a la confidencialidad también resulta obligatorio el deber judicial de prevención del declarante, de tal manera que se prohíbe la utilización de información obtenida sin advertencia cuando el profesional no instruido cree erróneamente que está obligado a declarar o si de forma equívoca se le informa que está dispensado del deber de guardar silencio, y que por tal razón debe declarar obligatoriamente (§ 53 II). Si el profesional obligado a la confidencialidad declara pese al conocimiento de su derecho a abstenerse, no se genera de conformidad con la tesis dominante una prohibición de utilización, puesto que en estos casos se considera que el profesional tiene el *derecho* a abstenerse a declarar, pero no la *obligación* de abstención, como en el caso de los parientes cercanos. Sin embargo, buena parte de la doctrina tiene serias dudas sobre esta solución, pues el deber de confidencialidad protegido penalmente se vulnera de forma significativa si se le da efectos a la declaración. Para algunos, la comisión del delito de revelación de secretos ya hace de por sí inutilizable la información proveniente de los profesionales obligados al deber de confidencialidad<sup>57</sup>.

Se puede presentar la discusión relacionada con la utilización de una información proveniente de personas que no tienen la obligación de declarar y obtenida sin las debidas advertencias, pero que en realidad no contienen información

<sup>56</sup> BGHSt 38, 214, 225; 40, 336, 339.

<sup>57</sup> BEULKE, *supra* nota 3, pág. 275.

directamente incriminante para el investigado. De conformidad con la jurisprudencia, esta información no debe acarrear una prohibición de utilización de prueba, puesto que, de acuerdo con la opinión tradicional del Tribunal Supremo Federal, no se afecta el ámbito de derechos del imputado por la infracción. Sin embargo, la doctrina sostiene una opinión contraria, pues lo que realmente protege la norma es el interés de "declarar libre de conflictos y de modo verídico", en otras palabras, así el contenido no incrimine, también es factible fundamentar una prohibición de utilización de pruebas. En todo caso, surge una prohibición de utilización de pruebas, si el testigo se convierte en inculpado y se opone a la utilización en un juicio oral posterior.

El artículo 33 de la Constitución colombiana es claro al afirmar la exoneración del deber de declarar contra el cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. Por su parte, el artículo 74 de la Carta establece la inviolabilidad del secreto profesional<sup>58</sup>. El Código de Procedimiento Penal trae dos referencias claras a este respecto. Primero la exoneración del deber de formular denuncia contenido en el artículo 68 y el artículo 385 que establece las excepciones al deber de rendir testimonio a lo que debe añadirse la interpretación constitucional que extiende el catálogo de la Carta de conformidad con lo establecido en la norma rectora, 8 literal b de Código de Procedimiento Penal, esto

<sup>58</sup> Artículo 74. Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley. *El secreto profesional es inviolable.*

es, los compañeros permanentes y parientes en cuarto grado civil<sup>59</sup>.

Segundo, esta disposición contempla los llamados casos de excepción al deber de declarar en relación con el secreto profesional que la ley procesal los circunscribe al abogado o contador público con su cliente; médico, psiquiatra, psicólogo o terapeuta con el paciente; trabajador social con el entrevistado; clérigo con el feligrés; periodista con su fuente y el investigador con el informante. La norma colombiana es una copia de los privilegios que se estilaban en el proceso penal de Estados Unidos (attorney-client, accountant-client, clergy-penitent, medical patient, reporters, informants), aunque la interpretación constitucional colombiana debe reconducir esta discusión a la inviolabilidad del secreto y no a la noción restringida del privilegio.

Siguiendo la exégesis de la disposición, resulta obligatorio para el juez advertir a cualquier persona que deba fungir como declarante sobre el derecho que le asiste constitucionalmente a rehusarse a declarar conforme al artículo 33. La pregunta que sobreviene es si esta misma advertencia cabe en el caso de los profesionales a quienes les concier-

<sup>59</sup> De conformidad con la sentencia C-799 de 2005, la Corte Constitucional encuentra la ampliación de este catálogo perfectamente adecuado a la Constitución cuando afirma: "En otras palabras, la posibilidad de que una persona no esté obligada a declarar contra parientes en el cuarto grado civil es una ampliación de la garantía constitucional, que en manera alguna vulnera la Constitución, sino que por el contrario es un perfecto desarrollo de ella". Además, dicha ampliación permite situar en condiciones de igualdad a los hijos no solo matrimoniales y naturales, sino igualmente a los hijos adoptivos como lo estableció la sentencia C-1287 de 2001.

ne el deber de confidencialidad y la respuesta que se puede dar sobre el particular debe ser positiva, pues las autoridades de persecución penal deben saber que aquí se impone, siguiendo las palabras de la Constitución, la inviolabilidad del secreto. A diferencia del modelo germano observado anteriormente, no hay lugar a predicar una diferencia entre el derecho de abstenerse a prestar testimonio y la obligación, pues la exégesis realizada por la Corte Constitucional ha puesto de presente que no existe opción sobre la revelación o la abstención, sino que la calidad de inviolable obliga bajo cualquier circunstancia a guardar el secreto profesional<sup>60</sup>.

Esta noción de inviolabilidad del derecho colombiano se extiende a las comunicaciones que no son susceptibles de la injerencia de registro, esto es, que aun con el cumplimiento de todas las exigencias que habilitan la injerencia en la inviolabilidad domiciliaria, el artículo 223 del ordenamiento procesal penal levanta una clara prohibición de prueba frente a las comunicaciones escritas entre el indiciado, imputado o acusado con sus abogados; las comunicaciones escritas entre el indiciado, imputado o acusado con las personas que por razón legal están excluidas del deber de testificar, es decir, las que aparecen en el artículo 385 del Código de Procedimiento Penal. Además, la prohibición se extiende a los archivos que guarde el profesional sobre un imputado y que desde el punto de vista profesional contengan información confidencial relativa al indiciado, imputado o acusado<sup>61</sup>.

<sup>60</sup> Sentencia C-411 de 1993

<sup>61</sup> Véase a este respecto la noción de autoincriminación editada en la obra de BELING. Actualmente, la jurisprudencia alemana hace extensiva la prohibición en este campo a propósito del § 97 de la Ordenanza Procesal Penal. BGHSt 18, 229.

El párrafo del artículo 223 del Código de Procedimiento Penal realmente genera dudas de constitucionalidad muy agudas, habida cuenta de que la noción de inviolabilidad no resulta compatible con la renuncia como ya bien lo ha establecido la Corte Constitucional. En este sentido, la renuncia no habilitaría a la persecución penal para que procediera a registrar las comunicaciones entre el profesional que debe guardar categóricamente un secreto y el investigado penalmente. En otra dirección, se podría criticar la restricción que establece esta disposición cuando se trate de profesionales que están vinculados al delito investigado, porque aquí es factible afirmar que la investigación penal es la que debe demostrar *ex ante* y de manera fundada que se procede a la injerencia frente al profesional en razón de que es autor o partícipe de un delito y que ha aprovechado ilegítimamente el privilegio otorgado por la ley para fines delictivos. Aun así, no resulta fácil solucionar el problema, pues se deben establecer claros límites a la posibilidad que otorga este párrafo, ya que, por ejemplo, no podría procederse a un allanamiento y registro de la oficina de un abogado litigante bajo la consideración de favorecimiento por el hecho de guardar pruebas que son fundamentales para su trabajo de defensa, pues está claramente amparado en la justificación del ejercicio de una actividad legal. Tampoco se podría entender que la legítima actividad de defensa legal se convierta en una forma de obstrucción a la justicia.

El derecho de Estados Unidos ha desarrollado copiosas limitaciones al privilegio cliente-abogado. Así, no toda comunicación entre el litigante y el acusado resulta protegida y puede ser susceptible de registro, entre otras, las comunicaciones sin contenido legal, las realizadas en presencia de

terceros o comunicaciones confiadas al abogado que deben ser transmitidas a un tercero, abstracción hecha de los dependientes del abogado, secretarías y colaboradores que trabajen en el caso, expertos consultados por el litigante, siempre y cuando se les advierta de que se trata de la preparación de la defensa. Tampoco cabe aplicar el privilegio a las comunicaciones contables que no tengan que ver con los honorarios del abogado. Igual consideración existe sobre la identidad del cliente, pues la regla general es que el secreto sobre la denominación de los clientes se guarda, pero el privilegio no aplica si se demuestra que el abogado es el último eslabón en la cadena de información criminal. Tampoco hay lugar a la aplicación del privilegio en caso de promoción del delito de fraude.

Ahora bien, es igualmente claro en el caso colombiano que a los profesionales que en la norma se les exceptúa de la obligación de declarar, a diferencia de lo que ocurre en el derecho norteamericano, no se les acuerda un privilegio para proteger las formulaciones éticas de su trabajo, sino que en nuestro medio la inviolabilidad del secreto tiene más funciones, lo que la jurisprudencia constitucional ha interpretado sistemáticamente al afirmar: "El derecho y el correlativo deber de revelar el secreto profesional tienen carácter formal en cuanto que, en principio, son indiferentes respecto de su contenido concreto. En realidad, lo comprendido por el secreto no es tan significativo desde el punto de vista jurídico como la necesidad de que permanezca oculto para los demás. Aquí se revela una faceta peculiar del secreto profesional y que consiste en servir de garantía funcional a otros derechos fundamentales, entre los que se destaca el derecho a la inti-

midad, a la honra, al buen nombre, a la información, a la libertad, etc.”<sup>62</sup>.

Se debe agregar que el modelo binario “derecho-deber” utilizado por la Corte para la interpretación del artículo 74 de la Constitución se compadece con las nociones de protección a la intimidad en el contexto de la investigación penal. Así, la garantía del deber de confidencialidad se entiende por la libre determinación del paciente o el cliente en consultar un profesional, pues resulta obvio que de no existir la obligación de confidencialidad, ello significaría la violación del derecho de autodeterminación informativa del acusado con respecto a su médico, abogado, contador o su confesor. En otras palabras, si se consulta a un profesional de forma libre es porque la relación de confianza que se entable con el profesional resulta constitucionalmente amparada. En estos casos es claro que se puede deducir una prohibición de utilización e igualmente entrarían en consideración los eventos en los que las autoridades de policía judicial le practican al profesional una “entrevista” conforme al artículo 205 del Código de Procedimiento Penal.

*El derecho a hablar en presencia del defensor.* Como se observó anteriormente, el principio rector del Código de Procedimiento Penal considera las advertencias como un componente básico del derecho de defensa. En efecto, la ubicación del derecho a rehusarse a declarar con todos sus aditamentos es una forma de defenderse y el silencio es una de las manifestaciones de tal estrategia. En consecuencia, de seguirse una previsión teórica como aquella de los fines de protección de la norma, podremos decir que una infracción

<sup>62</sup> Sentencia C-264 de 1996.

de los preceptos contenidos en el artículo 8º del Código de Procedimiento Penal es realmente una violación al derecho de defensa que además involucra la imposibilidad de valoración probatoria de afirmaciones autoincriminatorias sin la presencia o la asistencia del defensor. Es el profesional de derecho el que está llamado a hacer valer la presunción de inocencia y, por lo mismo, es quien debe instruir al procesado sobre el ejercicio de su derecho a permanecer en silencio o hablar<sup>63</sup>.

El derecho de Estados Unidos también considera como una garantía derivada del privilegio frente a la autoincriminación la asistencia legal, pues este derecho está en íntima conexión con la garantía del debido proceso y el derecho de audiencia judicial en condiciones justas. La misma decisión *Miranda* reconoció el derecho a consultar abogado como un medio de protección de la persona detenida y sujeta a interrogatorio, de tal manera que las advertencias deben ir en el sentido de que la persona detenida tiene el derecho a consultar un abogado y a tenerlo presente en el interrogatorio y que en caso de no poder pagarlo el Estado le proporcionará uno. El asunto se ha hecho extensivo a otras situaciones que ligan el tema de la autoincriminación con la consulta de abogado más allá de la sexta enmienda, por ejemplo, en el caso de los testigos que eventualmente se pueden convertir en imputados<sup>64</sup> o en situaciones anteriores a la primera comparecencia que comprometen fuertemente la responsabilidad del investigado.

En el derecho germano es famosa una decisión de 1992 que con fundamento en las discusiones del *nemo tenetur*

<sup>63</sup> ROXIN, ob. cit., Supra nota 33 pág. 39.

<sup>64</sup> United States vs Madjuano 1976.



extiende el derecho de consultar, abogado prácticamente a todas las actuaciones en las que es posible que exista contacto entre el inculpado y los agentes de persecución penal. Así, siguiendo a ROXIN, el derecho a permanecer en silencio y el derecho de defensa se estructuran de tal manera que ambos conforman una unidad que debe fortalecer la posición del inculpado en el juicio oral. Nuevamente se recalca aquí que el problema es discernirle al individuo afectado con la investigación penal su *status* de sujeto procesal y no objeto del procedimiento, lo que equivale a decir que el derecho de defensa y la permanencia en silencio como estrategia le permiten incidir legítimamente en el proceso y sus resultados. La prohibición probatoria se configura cuando no se advierte al interrogado que puede consultar un abogado antes de hablar, de tal manera que el derecho de defensa aquí tiene como objetivo protegerlo ante una autoincriminación<sup>65</sup>. Más recientemente, la jurisprudencia impone cargas activas a la policía en el sentido de no interrogar sin la advertencia de consultar a un defensor, y en caso de que no se tenga es la misma autoridad quien debe promover seriamente la toma de contacto con un abogado.

Para nuestro caso, estas anotaciones valen en toda su extensión, pues el artículo 8º del Código de Procedimiento Penal en sus literales e) y g) son claros frente al derecho de asistencia y representación legal en todo momento y el derecho de comunicación con el abogado antes de comparecer frente las autoridades. A este fundamento legal debemos agregar que la Corte Constitucional frente a esta misma disposición no encontró límites temporales al ejercicio del de-

<sup>65</sup> CLAUS ROXIN, *op. cit.*, *supra* nota 33, págs. 39-70.

recho de defensa recalcando que existen varias situaciones que independientemente de la categoría que se le dé al investigado afectan el derecho de defensa, en particular, cuando se trata de la autoincriminación. Así se manifiesta la Corte a este respecto:

“De esta forma, y efectuando una interpretación sistemática, se evidencia que la misma ley 906 de 2004 otorga derechos que permiten la activación del derecho de defensa, en cabeza de una persona que aún no siendo imputado se le debe reconocer *el derecho a guardar silencio, el derecho a no autoincriminarse, el derecho a declarar en presencia de un abogado, entre otros*. Por consiguiente, el propio Código señala las causas y la oportunidad para ejercer el derecho de defensa en las distintas etapas del proceso”<sup>66</sup>. (Bastardilla nuestra).

Con esta interpretación, es forzoso concluir, como ocurre en el caso germano, que bajo cualquier consideración las declaraciones que puedan conducir a una autoincriminación necesariamente deben realizarse con la debida asistencia judicial y de no ser así, no pueden ser utilizadas.

### 3. PROHIBICIONES PROBATORIAS RELACIONADAS CON INJERENCIAS EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Como es sabido, el campo en el que por excelencia surgen las prohibiciones de prueba es aquel de las injerencias de la investigación penal en los derechos fundamentales. Es claro que en este contexto la consecuencia que se desprende de la violación de normas que rigen el ritual de injerencias

<sup>66</sup> Sentencia C-799 de 2005.

es la exclusión de prueba ilícitamente obtenida. Pero si existe un ámbito en el que la teoría de prohibiciones probatorias puede aportar algo es justamente en aquellos casos en los cuales la complejidad del derecho fundamental vulnerado requiere de otras herramientas para su análisis, como, por ejemplo, el derecho a la intimidad. Desde este punto de vista, podríamos observar a manera de ilustración los siguientes problemas:

#### A) *Intervenciones corporales*

El planteamiento en el contexto de prohibiciones probatorias que ha dado la doctrina y la jurisprudencia germana se relacionan con el problema de la práctica realizada por una persona que no es un médico forense, pues es obvio que el sometimiento de una persona afectada con una investigación penal a un examen médico que implique invasión del cuerpo pone en riesgo varios de sus derechos fundamentales, entre otros, el derecho a la salud y la integridad que se vulnerarían como consecuencia de una práctica incompetente o desautorizada. En estos casos, la práctica de una intervención corporal por alguien que no es profesional de la medicina sobre el cuerpo humano del investigado o la práctica no autorizada legalmente de la injerencia no demerita el valor material de los resultados de la prueba, pero por la misma razón se pregunta si a pesar del valor material que se le otorga al resultado, la idoneidad de quien la práctica o el requerimiento de autorización vicia la posibilidad de utilizar este resultado a efectos de incriminar.

La doctrina dominante encuentra en este caso que la incompetencia de quien practica el examen no necesaria-

mente torna inútil el resultado probatorio, pero en los casos en que intencionalmente se obtiene una prueba por personal no autorizado o la prueba se realizó con medios ilegales, sí se predica la prohibición<sup>67</sup>.

En el medio colombiano debe resultar claro que la infracción de la norma relacionada con la obtención de muestras que involucran al imputado, genera la exclusión de los resultados probatorios. Se agrega que la autorización del juez de control de garantías es un presupuesto ineludible y que la lamentable práctica judicial generada por la Fiscalía General de la Nación de utilizar formas impresas anticipadas, en las cuales el afectado otorga consentimiento para la práctica de un examen biológico es una verdadera vulneración del *fair trial*, tal y como lo ha entendido la doctrina extranjera. Por lo demás, la necesidad de contar con defensor para el ejercicio de oposición cuando se trate de intervenciones corporales de un sujeto ya imputado complementa este espectro de protección<sup>68</sup>.

En igual sentido, la decisión C-822 de 2005 plantea el problema relacionado con el hecho de las inspecciones que involucran examen de partes íntimas de la anatomía humana o invasiones corporales. A estos efectos, la decisión comentada establece obligatoriamente que se debe contar con

<sup>67</sup> BGHSt 24, 125, 128. De conformidad con la doctrina dominante, se trata de una quiebra del *fair trial*.

<sup>68</sup> Véase "Discusiones pertinentes a este respecto en INÉS IGLESIAS CANLE, *Investigación sobre el cuerpo humano y prueba científica*, Madrid, Colex, 2003, págs. 133-149; también JOSÉ F. ETXEBERRIA GURIDI, *Las intervenciones corporales: su práctica y su valoración en el proceso penal*, Madrid, Trivium, 2003, págs. 533-591.

personal médico. En tal sentido, cuando se trate de intervenciones corporales que afecten hasta este punto la intimidad, la prueba practicada por personal que no está licenciado en ciencias de la medicina generaría la ilicitud y con las aclaraciones realizadas por la Corte Constitucional, se descarta así cualquier ponderación, negando en este caso la solución alemana.

Se debe aclarar que *prima facie* la interpretación que hace la Corte Constitucional implica que más allá de las intervenciones que comporten el examen de partes íntimas o invasión corporal, cualquier prueba clínica debe ser practicada por un médico, pues las consideraciones empleadas por el juez constitucional sobre riesgos para la salud, procedimientos menos dolorosos, las condiciones de seguridad, higiene y confiabilidad únicamente pueden ser valoradas por el profesional de la medicina. No obstante, se puede plantear el problema de la utilización de los resultados de la prueba practicada en aquellos casos extremos o de urgencia en los que la carencia del médico o enfermera permitieron que otra persona no licenciada (v. gr., un estudiante de enfermería) haya tomado muestras. Para mayor claridad, las palabras del juez constitucional establecen lo siguiente:

“En cuanto a las garantías, la disposición bajo estudio exige la presencia del defensor del imputado, la cual debe garantizarse tanto para la solicitud de la inspección, como durante su práctica. Es por ello que la norma establece que en la práctica de la medida deberán observarse toda clase de consideraciones compatibles con la dignidad humana. En este sentido es compatible con la dignidad humana, entre otras cosas, lo siguiente: (i) que no se someta innecesariamente al imputado a la repetición de la inspección corporal;

(ii) que cuando se trate de inspecciones que involucren las cavidades vaginales, genitales o anales, o que requieran el empleo de instrumentos que deban ser introducidos en el cuerpo del imputado, esta diligencia sea adelantada por personal médico; (iii) que la inspección corporal no implique el empleo de procedimientos que causen dolores innecesarios, o que puedan poner en riesgo la salud del imputado; (iv) que durante la práctica de la misma se observe el mayor decoro y respeto por la persona del imputado, y (v) que la medida se realice en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad y humanidad para el imputado.

"Aun cuando la inspección corporal está orientada a la recuperación de elementos materiales probatorios que aseguren estos fines imperiosos, tales fines planteados de manera abstracta no aseguran que la autorización de la práctica de la inspección corporal para la investigación de cualquier delito sea proporcionada. El examen, en cada caso concreto, de esa proporcionalidad en sentido estricto, exige que se sopesen, por un lado, entre otros factores, (i) la gravedad del delito teniendo en cuenta para ello la pena prevista, (ii) el número de víctimas y su vulnerabilidad, (iii) la importancia del bien jurídico tutelado, (iv) el impacto que tendría para los derechos de las víctimas y para el interés general en que se sancione a los responsables de un delito, el hecho de que se negara la práctica de la inspección corporal, y (v) el valor probatorio de la evidencia material buscada a la luz del programa de investigación; y, por el otro lado, (vi) el grado de incidencia de la inspección corporal en los derechos del individuo, teniendo en cuenta, entre otros factores (a) el tipo de medida cuya autorización se solicita, (b) la parte del cuerpo sobre la que recae, (c) el tipo de exploración que tal medi-

da implica (si requiere el empleo de instrumental médico, si supone algún tipo de incisión en la piel, la necesidad de emplear anestesia general, etc.), (d) la profundidad y duración de la inspección, (e) los efectos y riesgos para la salud del individuo, (f) la necesidad de cuidados especiales después de que se realice la inspección, etc”.

B) *Afectaciones del derecho a la intimidad en el amparo domiciliario e intervención de comunicaciones*

El derecho procesal penal contempla la posibilidad de interceptar comunicaciones telefónicas o similares, pero también puede llegar a plantearse la interesante discusión reciente en Alemania sobre los métodos de espionaje acústico que no requieren propiamente de la interceptación de una línea telefónica, sino de escuchas por medio de micrófonos instalados o monitoreo a distancia de conversaciones entre presentes. La línea trazada por el Tribunal Constitucional Federal predica que no resulta admisible, constitucionalmente hablando, el espionaje acústico en casas de habitación privada<sup>69</sup>. El supuesto de la decisión definitivamente se atiene a los problemas que surgen frente al núcleo del derecho a la intimidad. En lugares que no son privados, la utilización de este medio probatorio resulta restringida a ciertos delitos que están catalogados en el §100 al §100f v de la Ordenanza Procesal Penal.

Ya se había observado que los métodos subrepticios o engañosos de autoincriminación conllevan una violación del

<sup>69</sup> BVerfG 109, 279 = NJW, 2004. Referencias en el libro de FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal*, Buenos Aires, Ed Hamurabi, 2004, págs. 50-53.

*nemo tenetur*, y en tal sentido sus resultados no son utilizables debido a la prohibición, pero en el caso del espionaje acústico es factible asimilar la injerencia a una interceptación siempre y cuando se cuente con las mismas garantías. Para saber si se invadió indebidamente el campo de la intimidad mediante esta injerencia, se opta por una ponderación como se observará más adelante.

La violación de cualquiera de los requisitos formales en la producción probatoria que afecta el amparo domiciliario genera la exclusión de evidencia. Pero en el contexto de las prohibiciones de prueba resultan importantes las situaciones de posible vulneración del derecho a la intimidad, por ejemplo, cuando en cumplimiento de todos los requisitos de entrada en el domicilio privado se registran documentos privados como cartas o diarios.

La Corte Constitucional ha sido clara en que cualquier carencia en la orden de registro y allanamiento genera ilicitud. Pero por otra parte, el artículo 230 del Código de Procedimiento Penal autoriza la injerencia en el amparo domiciliario sin orden y como una excepción a la regla general contenida en la Constitución, razón por la cual creemos que en un campo como estos resulta perfectamente factible que la función de investigación vulnere el derecho a la intimidad y, por tanto sea de aplicación la teoría de las prohibiciones probatorias.

La discusión sobre este tópico merece la mayor atención, pues el Código de Procedimiento Penal ha importado del derecho norteamericano la noción de *expectativa razonable de intimidad*, conforme a la cual las personas deben resultar protegidas frente a injerencias en la intimidad que no sean razonables de acuerdo a la cuarta enmienda. A este



respecto, la jurisprudencia norteamericana ha elaborado el llamado *criterio Katz* que aporta las variables esenciales para determinar los casos de violación de la expectativa razonable de intimidad. En realidad, la discusión que plantea esta famosa decisión es aquella del ámbito de protección de la cuarta enmienda, en el sentido de que las injerencias en el amparo domiciliario no protegen los intereses derivados de la propiedad, sino las expectativas e intereses privados de las personas o como se suele afirmar la "Constitución protege individuos, no lugares". Justamente, al buscar un enfoque sobre la intimidad individual, se planteó el problema de aquellos sitios en los que habitualmente y de conformidad con criterios culturales se espera que las personas disfruten de privacidad. Frente a las intervenciones estatales, el criterio resulta acertado, pero al focalizar el problema estrictamente en la privacidad del individuo, se concluyó que si el individuo por iniciativa propia se expone de forma reconocida aun en la casa de habitación u oficina no está amparado por la cuarta enmienda, y *a contrario sensu* existirán lugares de acceso público en los que efectivamente la protección constitucional se extiende a la intimidad del individuo.

Las famosas palabras del juez Harlan en esta sentencia hicieron carrera, de tal manera que para determinar el ámbito de protección constitucional de la intimidad se examinan dos aspectos: 1) la visión del sujeto en cuanto a los casos en los que normalmente este desea mantener su intimidad sin ningún tipo de exposición y 2) que la sociedad esté preparada para aceptar tal expectativa de intimidad como razonable<sup>70</sup>. En 1971, el criterio sostenido en KATZ se reafirmó para de-

<sup>70</sup> STEPHEN SALTZBURG y DANIEL CAPRA, *American Criminal Procedure*, St Paul Minnesota, Thomson West, 2004, págs. 38-55.

cir que a pesar de que la Constitución no protege lugares es inevitable reconocer que el aspecto locativo no puede separarse de la noción de intimidad. Los efectos de esta doctrina se hacen sentir en el concepto mismo de registro domiciliario y en el requerimiento de la orden escrita para proceder a la injerencia, pues a partir de tal construcción se encontró que la búsqueda e incautación de evidencias no comporta necesariamente la entrada física en una casa de habitación o lugar cerrado para proceder al registro. El registro puede consistir igualmente en la captación de información importante para la investigación penal por diversos medios, por ejemplo, la ubicación de un agente de policía judicial en un apartamento adyacente al del investigado cuya función es escuchar lo que ocurre sin ningún dispositivo electrónico; la inspección puramente visual de casas, un examen de rayos x etc., en cada caso se deberá someter a consideración si existe una expectativa razonable de intimidad y si aquella se viola con la actuación de investigación. Desde este punto de vista, la video vigilancia, la vigilancia electrónica, la invasión de espacios privados con dispositivos de largo alcance que permiten registro visual en sitios cerrados, constituyen medios que han de someterse a los criterios de razonabilidad anotados.

Es notorio que este criterio de "expectativa razonable de intimidad" se enfrenta severamente a la noción del derecho fundamental a la intimidad, pues si se parte de la concepción de derechos fundamentales como garantía del ciudadano frente al poder punitivo del Estado, debe resultar claro que la noción de expectativa no se adecua propiamente al contenido de una garantía constitucional. Eso explica las razones que ha tenido el derecho europeo para someter

a un criterio distinto las mismas medidas. En efecto, como lo observamos igualmente con las medidas de espionaje acústico, se ha encontrado que el derecho fundamental a la intimidad no implica simplemente una actitud básica de respeto del Estado por la privacidad individual. El derecho fundamental a la intimidad recoge los postulados fundamentales de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad contenidos en la Constitución. Así lo decidió el Tribunal Federal Constitucional germano, al analizar la legitimidad de medidas de invasión acústica en los domicilios privados. Para los efectos de injerencias de investigación penal, se recalca que el "libre desarrollo de la personalidad requiere espacios reservados, en los que el individuo se pueda expresar autónomamente sin miedo a ser vigilado y comunicar confiadamente sus opiniones y sentimientos personales". Y agrega el Tribunal: "Precisamente en un mundo en el que ha llegado a ser posible perseguir y grabar cualquier movimiento o comunicación de una persona, la vivienda privada sirve al individuo como último refugio, en el que puede manifestar la libertad de sus pensamientos sin ser observado. La vivienda privada es, por lo tanto, un lugar medio para preservar la dignidad humana".

Pero aun con esta doctrina tan bien cimentada, existen casos en los que es factible ponderar la actuación de investigación por medios acústicos cuando se trate de controlar conversaciones sobre hechos delictivos ya cometidos o delitos graves sancionados con pena mayor a cinco años y siempre que se tengan puntos de referencia claros por cuenta de la policía en el sentido de que se habla justamente de hechos punibles entre personas que no tienen la obligación de declarar.

### C) *Utilización de agentes encubiertos e informantes*

Lo dicho anteriormente vale en la misma medida para el caso de las inminentes violaciones al derecho fundamental a la intimidad en las situaciones de investigaciones secretas. Si bien hoy estos medios resultan aceptados a condición de un control judicial muy estricto en las actuaciones y la aplicación del principio de proporcionalidad calificado por el tipo de criminalidad contra la cual se lucha, no es menos cierto que los agentes encubiertos generan un déficit complejo en materia de garantías frente a injerencias en los derechos fundamentales que hacen inevitable recurrir a la noción de prohibición probatoria<sup>71</sup>.

En efecto, es obvio que aquí se capta información por agentes estatales de indagación penal en los que la estrategia de investigación está fundada esencialmente en el engaño<sup>72</sup>. Por ejemplo, esta estrategia engañosa se recalca en el artículo 242 del Código de Procedimiento Penal correspondiente a la investigación encubierta, según la cual el agente está facultado para intervenir en el tráfico comercial, asumir obligaciones, participar en reuniones y, si fuere necesario, adelantar transacciones con el indiciado o imputado.

La discusión en el orden constitucional es bastante intensa por lo que corresponde a los métodos de investigación (violación de la prohibición de autoincriminación), el problema de los límites poco claros entre el agente encubierto y el agente provocador (violación del principio de un proceso

<sup>71</sup> Véase FERNANDO GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y agente encubierto*, Granada, Comares, 2001, págs. 233-237.

<sup>72</sup> CLAUS ROXIN, *op. cit.*, *supra* nota 47, págs. 421-423.

penal adecuado a la noción de Estado de derecho que reconoce la inadmisibilidad de provocar delitos para investigar e imputar otros) y la utilización de agentes de confianza particulares que por la misma razón no tienen deberes de advertencia sobre los derechos del indagado (violación del principio de investigación oficial). La jurisprudencia del derecho comparado ha llegado a conclusiones que permiten la utilización de estas estrategias a condición de que se pueda realizar una ponderación<sup>73</sup>. Así, por ejemplo, sobre el ordenamiento alemán, se ha dado una discusión interesante que se resume en el hecho de que si bien el ordenamiento procesal no prohíbe las agencias encubiertas, ni las infiltraciones de particulares de confianza en la investigación penal<sup>74</sup>, sí resulta controvertido desde el punto de vista del Estado de derecho el déficit en el que queda el principio *nemo tenetur* en tanto el individuo queda librado en su suerte a la posible coacción de los agentes estatales de persecución penal para que coopere en probar su culpa y al mismo tiempo queda abierta la posibilidad de autoincriminación por medio de situaciones absolutamente equívocas en las que no se reconoce el derecho de guardar silencio, aun cuando esta equivocación sea estatalmente provocada<sup>75</sup>. Resulta, incluso para la doctrina, lamentable que jurisprudencia constitucional germana haya aceptado la provocación estatal fundamentada en una ponderación en la que juegan de un lado la nece-

<sup>73</sup> MARTA GÓMEZ DE LIAÑO, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, Madrid, Colex, 2004, págs. 243-253.

<sup>74</sup> BGHSt 42, 149 y ss. AMBOS, *op. cit.*, *supra* nota 13.

<sup>75</sup> BGHSt 42, 151, 153. AMBOS, *op. cit.*, *supra* nota 13.

sidad de averiguación para efectos de determinar la responsabilidad penal, y por otro la intensidad de la provocación estatal y la gravedad de los delitos en cuestión<sup>76</sup>. Para mayor ilustración del lector, citamos las palabras del Tribunal Supremo Federal que concluye al respecto lo siguiente:

“En caso de que una persona particular haya tenido, por iniciativa de las autoridades de investigación, una conversación con el sospechoso sin revelación de las intenciones investigativas, cuyo objetivo es la obtención de informaciones referentes al objeto de la investigación, debe utilizarse el contenido de la conversación como prueba testimonial, siempre y cuando se trata del esclarecimiento de un delito de considerable importancia cuya averiguación hubiera sido mucho menos prometedora y esencialmente más difícil al utilizar otros métodos de investigación”<sup>77</sup>.

#### 4. LAS SOLUCIONES POSIBLES Y LA VÍA DE LA PONDERACIÓN

Las soluciones que propone el derecho comparado en el caso de la omisión de los deberes de instrucción se relacionan en primer lugar con el ámbito constitucional del derecho al *nemo tenetur se ipsum accusare*. Desde este punto de vista, resultarían contrarios a la Constitución los casos de manipulación del inculcado por medios que lo induzcan engañosamente a colaborar en su propia condena, teniendo en cuenta que la libertad de declaración y decisión del imputado de conformidad con las disposiciones que desarrollan el ar-

<sup>76</sup> BGHSt 42, 155; AMBOS, *op. cit.*, *supra* nota 13.

<sup>77</sup> BGHSt 42, 139 (*Leitsatz*-parte resolutive) *op. cit.*, *supra* nota 13.

título 33 de la Carta le dan contenido a este precepto, en el sentido de que toda renuncia al derecho a guardar silencio y no inculparse debe ser siempre *libre, voluntaria y consciente*. El espionaje acústico, las grabaciones subrepticias, las trampas auditivas no resultan admisibles como medio de investigación penal en tanto vulneran el carácter consciente de la declaración y los deberes antecedentes de información sobre el derecho a no declarar.

No obstante, existen casos en los que la prueba surte sus efectos teniendo en cuenta varias teorías que siempre resultan discutibles. Así, si la información obtenida viola el ámbito de los derechos personales del imputado, el testimonio no se puede utilizar. Vale decir, si un hijo declara contra un padre y lo inculpa, sin conocimiento de su derecho a no testimoniar en contra del progenitor, la declaración no se puede utilizar. Pero si el testimonio no toca el ámbito de los derechos, sino por el contrario, es inocua frente a la inculpación del padre, es factible utilizar esta declaración. La justificación se da en este caso por el objetivo que se propone la norma, esto es, evitar el conflicto de conciencia entre personas ligadas por lazos familiares y su relación obvia con el ámbito de los derechos del imputado a no autoincriminarse por sí mismo o por medio de sus allegados<sup>78</sup>.

Es evidente que la omisión de instrucción causa una infracción al debido proceso y desde ese punto de vista se generan críticas por la solución, pero como se puede observar si la infracción al procedimiento, en el sentido del cum-

<sup>78</sup> THORSTEN FINGER, "Prozessuale Beweisverbote—Eine Darstellung ausgewählter Fallgruppen", en *Juristische Arbeitsblätter*, núm. 7, 2006, págs. 529-540.

plimiento de las formalidades en la obtención de prueba, no tiene entidad suficiente para lesionar los derechos del imputado en el caso concreto, no existe tampoco una razón trascendente en el mismo marco de los fines del proceso penal que implique una falla censurable de la actuación.

Una segunda solución, amparada por la jurisprudencia, es aquella relacionada con el consentimiento del afectado representado por el abogado defensor para usar en el debate la información que se ha obtenido sin las debidas advertencias o utilizarla si el afectado no alega la vulneración del debido proceso, con anterioridad a la exposición de otros testimonios en el juicio oral que pueden referirse a la información obtenida ilegalmente. La primera solución es criticada en el sentido de convalidar por la vía del consentimiento del afectado una vulneración del debido proceso que en cualquier caso deja sin fundamento la garantía del *nemo tenetur* y de contera afecta el principio de la carga de la prueba en cabeza del Estado y por ende la presunción de inocencia. La segunda resulta aún más grave, pues si el primer responsable por el debido proceso penal es el Estado y con mayor razón sus autoridades de persecución penal, no tiene ninguna presentación jurídica que el Estado usufructue en su favor las vulneraciones que él mismo ha causado, y además no las alegue de oficio, sino que quede en la esperanza de que el afectado no se cuenta de ello para aprovecharse ilegítimamente<sup>79</sup>.

<sup>79</sup> Críticos de esta solución en tanto asumen que la imposibilidad de utilización debe declararse de oficio: FRIEDRICH DENCKER, *Verwertungsverbote und Verwendungsverbote im Strafprozess*, Libro homenaje a Lutz Meyer Gossner, München, C. H. Beck, 2001, págs. 135 y ss.; CLAUS ROXIN, *op. cit.*, *supra* nota 33, pág. 64-66.



Otra de las doctrinas novedosas se relaciona con la pretensión de restitución individual de las violaciones al derecho fundamental de autodeterminación informativa<sup>80</sup>. En este sentido, injerencias que afectan el derecho a la intimidad a partir de la obtención de información que desde el punto de vista legal deberían ser autorizadas por el afectado únicamente pueden ser utilizadas con el consentimiento de este.

No menos interesantes son las discusiones que asimilan las excepciones a la exclusión de prueba ilícita derivada (frutos del árbol venenoso) con la noción de efecto reflejo. En este contexto, también se permite la discusión de los cursos causales hipotéticos (descubrimiento inevitable) y la llamada fuente independiente<sup>81</sup>.

Es obvio que tratándose de la tensión por mantener la regularidad de la obtención probatoria, y por ende del debido proceso frente a la labor de persecución del delito, el precio de la impunidad es demasiado alto, de tal manera que la solución de la ponderación a favor de uno u otro extremo siempre estará sometida a críticas justificadas. La propia doctrina también manifiesta sus propias tensiones cuando encuentra que realmente no existen líneas directrices que marquen un criterio acertado sobre el peso que tiene cada uno de los extremos en cuestión cuando se trata de decidir

<sup>80</sup> Toda la discusión en KNUT AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess*, Berlin, Duncker Humblot, 1990.

<sup>81</sup> CHRISTIAN JÄGER, "El significado de los llamados cursos de investigación hipotéticos en el marco de la teoría de la prohibición de empleo de prueba", en *Problemas fundamentales del derecho penal y procesal penal*, Buenos Aires, F di Plácido, 2003, págs. 91-114. Crítico de la teoría de los cursos causales: FABRICIO GUARIGLIA, *op. cit.*, *supra* nota 3, pág. 167.

sobre la responsabilidad penal. Así, por ejemplo, AMBOS afirma lo siguiente:

“En *conclusión* resulta que todas las decisiones se basan en una ponderación entre los intereses de la persecución penal y los intereses del imputado, con lo cual sin embargo la doctrina de ponderación debería concretarse a efecto de evitar una impresión de arbitrariedad con el apoyo de otras doctrinas, sobre todo la doctrina del fin de protección. Dichas doctrinas, por lo general, no alcanzan resultados diferentes. La decisión “correcta”, de todos modos, tiene que darse de caso en caso, por lo que una cierta casuística a penas parece evitable. La ponderación debe efectuarse desde el punto de vista del judicial pues es juez de instancia quien debe decidir en el juicio oral si puede subsanar la infracción procesal o si debe aceptarse irrevocablemente una prohibición de utilización [...]

”Como una directriz general se podrá suponer una prohibición de utilización, en principio, cuando se trata de una infracción legal de *especial gravedad*, en el sentido de los estándares de los derechos humanos anteriormente mencionados y/o si la infracción se manifiesta como *bien calculada* o *consciente* desestimación de las disposiciones procesales. El derecho a un proceso justo (*fair trial*) y así mismo el indispensable control disciplinario de las instancias de persecución penal imponen en este caso la no-utilización. La objeción que se hubiera podido obtener del medio probatorio en vía legal (el así llamado curso causal hipotético de investigación) no cambia nada referente a la no-utilización, puesto que la infracción procesal resulta irreversible, cuanto más que el curso hipotético de investigación no es predecible fiablemente. Además, esta objeción conduce a un relativis-

mo sin fondo y, a fin de cuentas, a un abandono de las normas procesales que autorizan las medidas coercitivas, ya que se les despoja de cualquier efecto, en cierto modo, como si se tratara de una «dogmática sin consecuencias»<sup>82</sup>.

Otros creen que el camino de la ponderación por el contrario está en posibilidad de llegar a eliminar la inevitable valoración subjetiva y la inclinación de la balanza por regla general a favor de la administración de justicia penal, recurriendo a unos presupuestos que condicionen la actuación del juez. Así, ROGALL ha postulado que la decisión acertada no parte de una simple ponderación entre la gravedad del delito o la entidad de la vulneración frente a los intereses de persecución penal, sino que la decisión final corresponde a múltiples ejercicios de ponderación, en donde siempre parece aflorar la pregunta ¿que pasaría en adelante si?<sup>83</sup>. Desde este punto de vista, el mandato de optimización de disfrute de derechos fundamentales y las consecuencias futuras por el contenido de un derecho fundamental, si se le da cabida a ciertas intrusiones indebidas de la persecución penal, son absolutamente relevantes como reglas de ponderación.

<sup>82</sup> KAI AMBOS, *op. cit.*, *supra* nota 15, págs. 346-347.

<sup>83</sup> KLAUS ROGALL, *Zur Lehre von den Beweisverboten. Anmerkungen zum gegenwärtigen Diskussionsstand*, Libro homenaje a Gründwald, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1999, págs. 523-547.

ESTE LIBRO SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LOS TALLERES DE  
NOMOS IMPRESORES, EL DÍA VEINTIDOS DE MAYO DE DOS  
MIL NUEVE, ANIVERSARIO DEL NACIMIENTO DE JOSEPH  
FRANÇOIS CARNOT (n. 22, V, 1752 y m. 31, VII,  
1835).

LABORE ET CONSTANTIA