

D/XIV⁶, 570

23-01-1972 INTRA

27-10-1972

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

correo elec.: 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-

que seguir una única directriz: hay que *indemnizar* al interesado⁶⁶.

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 social⁶⁷.

¡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!

⁶⁶ Véase además lo anteriormente dicho al respecto.

⁶⁷ Distinta es la posición de ZACHARIA 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 (Alemania); 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"¹, 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 individual². La determinación de estas limitaciones depende principalmente de la posición que otorga el ordenamiento jurídico al individuo frente al poder estatal³. Esta posición se plasma dentro del

¹ 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.

² 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.

³ 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 personalidad⁴. 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 prohibida⁵. El inculcado es sujeto activo y no simplemente objeto del proceso penal⁶, 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 manipulación⁷. La manipulación de la voluntad libre del inculcado, por ejemplo, por medio de amenaza, coerción, engaño o tácticas similares, debe prohibirse y correspondientemente sancionarse⁸. En consecuencia, las

⁴ 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.

⁵ ROGALL, *ZStW* (91), 1979, pág. 1 (pág. 6).

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

⁷ EBERHARD SCHMIDT, *SJZ*, 1949, pág. 450.

⁸ 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*⁹, 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 siempre¹⁰ utilizables (y de esa forma disponibles) a efectos de exculpación¹¹; por otro lado preservan —componente colectivo— la integridad constitucional¹², en particular por medio de la realización de un proceso justo (*fair trial*)¹³.

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 imputado¹⁴ citados por otra, lle-

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

¹⁰ 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.

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

¹² 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. 1; 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.).

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

¹⁴ *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)¹⁵. 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 jurídico 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 individuo¹⁶. 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 negativa¹⁷— que se puede deplorar como lo mues-

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

¹⁶ 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.; MÖSSIG, *GA*, 1999, pág. 119 (pág. 130 s.); ARLOTH, *GA*, 2006, pág. 258 (pág. 259).

¹⁷ 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)¹⁸, pero que de ninguna manera se puede negar¹⁹.

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 expresa²⁰. No obstante, las experiencias con el derecho penal nacional-socialista, sobre todo en lo referente a su des-

¹⁸ 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.

¹⁹ 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).

²⁰ 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 individuo²¹, 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”²² y el “narcoanálisis”, surge la necesidad de una regulación legal de las posibles limitaciones relativas a la nueva tecnología para preservar la autonomía individual²³. 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 legal²⁴.

2. DEFINICIÓN TERMINOLÓGICA Y SISTEMÁTICA

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

²¹ 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 múltiples 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”.

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

²³ LR-Gleß, *supra* nota 8, § 136 a nota. 2.

²⁴ Cfr también LR-Gleß, *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*)²⁵. Las primeras regulan o limitan el modo de obtención de las pruebas, las segundas el uso judicial de las pruebas que ya fueron obtenidas²⁶. Dentro de las prohibiciones de producción probatoria se distingue entre prohibiciones de temas probatorios, prohibiciones de medios probatorios y prohibiciones de métodos probatorios²⁷. Las prohibiciones de temas probatorios impiden la obtención de pruebas sobre hechos determinados (“temas”), por ejemplo, antecedentes penales ya eliminados del Registro Cen-

²⁵ 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.

²⁶ 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”).

²⁷ 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 46ª 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)²⁸. 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.²⁹)³⁰. 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 sujeto³¹. 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 difundida³²— al menos a

²⁸ Sobre ello más recientemente BGH NStZ, 2006, 587.

²⁹ Todas las normas sin referencia legislativa se refieren a la *Strafprozessordnung* ("StPO") = *Ordenamiento (Código) Procesal Penal alemán*.

³⁰ Vide. KÖHNE, *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.

³¹ 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.

³² 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 italiano³³, 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 posterior³⁴. Según JÄGER³⁵ se puede, por ende, hablar de un *principio de abstracción o separación*, de acuer-

³³ 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".

³⁴ 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; KINDHAUSER, *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); BGHS 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.

³⁵ 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 independiente³⁶. 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 dependiente³⁷. La categoría de las *prohibiciones de utilización*

³⁶ 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.

³⁷ ARLOTH, GA, 2006, pág. 258.

probatoria, por el contrario, todavía no ha podido imponerse³⁸.

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 recopilado³⁹. Lo anterior tiene por efecto que “la veracidad queda incompleta y lleva rasgos ficticios”⁴⁰ y esto fundamenta, según la opinión de la jurisprudencia de los tribunales superiores, su carácter excepcional⁴¹. 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”⁴², 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

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

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

⁴⁰ VOLK, *supra* nota 25, § 28, nota 6.

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

⁴² BGHSI 14, 358, 365; 31, 304, 309; 38, 214, 220.

o distorsionadas⁴³, 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 codificación⁴⁴, 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 § 136a III: “Las declaraciones que se hubieran producido trasgrediendo esta prohibición, tampoco podrán ser aprovechadas aunque el inculcado aprobara su utilización”. La incondi-

⁴³ 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).

⁴⁴ 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 ella⁴⁵. 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 inculcado” (Freiheit der Willensentschließung und der Willensbetätigung). En consecuencia, resulta claro que también puede ser posible la utilización de conocimientos de descargo por los motivos⁴⁶ anteriormente mencionados⁴⁷. 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 terrorismo⁴⁸. 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 definitivos⁴⁹; lo decisivo

⁴⁵ De acuerdo con ello VOLK, *supra* nota 25, § 28 nota 24.

⁴⁶ Cfr. nota 11 y texto principal.

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

⁴⁸ 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.

⁴⁹ 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"⁵⁰. 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 declarar⁵¹, incluso sobre la no-utilización de su anterior declaración⁵². 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 inadmisible. 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

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

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

⁵² Sobre la instrucción calificada vide, v.gr., MEYER-GOßNER, *Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen*, 51ª 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 verdad⁵³.

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"⁵⁴. Este criterio de intencionalidad no se desprende, sin embargo, ni de la letra ni de la interpretación sistemática del § 136a I, segunda oración⁵⁵; 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 utilización⁵⁶.

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

⁵³ Cfr. también KÜHNE, *supra* nota 4, nota 890.

⁵⁴ BGH NJW 1995, 2933, 2936 = StV 1996, 73 (76).

⁵⁵ BUNG, StV, 2008, pág. 495 (pág. 496 y s.).

⁵⁶ BUNG, StV, 2008, pág. 495 (pág. 498).

⁵⁷ KUCKEIN, *FS Meyer-Goßner*, 2001, pág. 63 (pág. 69).

⁵⁸ 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 literatura⁵⁹, el BGH se ha manifestado básicamente a favor de ella y se ha esforzado por referir su aceptabilidad a determinadas condiciones⁶⁰. 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 § 136a⁶¹. 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.

⁵⁹ 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.

⁶⁰ 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.

⁶¹ 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 § 136a⁶². 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)⁶³. 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 voluntad⁶⁴. 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

⁶² Véase, p. ej., VOLK, *supra* nota 25, § 30, nota 3.

⁶³ BGH NStZ 2007, pág. 655 (pág. 657) mencionado allí como ejemplo.

⁶⁴ 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 permitida⁶⁵. 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 ilegal⁶⁶.

⁶⁵ 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.

⁶⁶ 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 penal» 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 confesión⁶⁷. 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 sentencia⁶⁸. 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 cuestión⁶⁹. Por el contrario, el BGH decidió en otro caso (en el que el acuerdo fracasó, porque había tenido lugar en

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

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

⁶⁹ 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”⁷⁰. 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 I⁷¹. 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 conocían⁷².

⁷⁰ BGH StV, 2003, 481.

⁷¹ 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.

⁷² 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-Goßner, 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”⁷³ dentro del proceso de investigación penal⁷⁴. Aquellos no deben permitir que los métodos prohibidos de interrogatorio sean realizados por ellos mismos, *ni a través de otros*⁷⁵. 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-estatal⁷⁶, cuya violación —independientemente del lugar de producción de prueba⁷⁷— 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.

⁷³ 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).

⁷⁴ OLG Oldenburg, NJW, 1953, pág. 1237.

⁷⁵ MEYER-GOßNER, *supra* nota 52, § 136a, nota 2.

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

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

caso de Alemania⁷⁸. 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 Parte⁷⁹.

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 pruebas⁸⁰; 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 inculcado hasta que este confiesa. Entonces, ¿no debería en este caso tener validez al menos de una manera análoga el § 136a en beneficio del inculcado maltratado⁸¹, como ocurre en todos los casos de infracción contra la dignidad huma-

⁷⁸ 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.

⁷⁹ 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.

⁸⁰ 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.

⁸¹ 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.

na⁸², o de un comportamiento extremo de violación de los derechos humanos⁸³. ¿No es la obligación de un Estado de derecho impedir ataques como estos en contra del imputado⁸⁴? Otros pretenden con ello argumentar que si la utilización de pruebas fuese presentada como nuevas, se reiteraría la violación legal⁸⁵, 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 anteriormente⁸⁶. 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 compatibles⁸⁷. Respecto al riesgo de elusión, es ob-

⁸² OTTO, 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).

⁸³ 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.

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

⁸⁵ VOLK, *supra* nota 25, § 28, nota 35.

⁸⁶ Sobre la "utilización indirecta o mediata" por el Estado, vid. también KÜHNE, *supra* nota 4, nota 904, pág. 459.

⁸⁷ 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 investigación⁸⁸.

d) *Ardid o engaño*. Son similarmente problemáticos los casos en los que se manipula al inculcado 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*”⁸⁹, 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 campo⁹⁰. 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-

⁸⁸ Por todos, KINDHAUSER, *supra* nota 34, § 23, nota 34 con más referencias.

⁸⁹ BGHSt 34, 362.

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

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

res⁹¹. 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 mencionados⁹². La StPO no prohíbe ninguna actuación encubierta o secreta en el marco de la investigación penal⁹³. El principio de “*nemo teneatur*” 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 Estado⁹⁴. 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”)—⁹⁵, 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 cuestión⁹⁶. 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

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

⁹³ BGHSt 42, 149 y ss.

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

⁹⁵ BGHSt 42, 154 y s.

⁹⁶ 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 prometedora y esencialmente más difícil al utilizar otros métodos de investigación⁹⁷.

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 benigna⁹⁸. 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 proceso⁹⁹. Si, más

⁹⁷ 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).

⁹⁸ BGHSt 44, 129.

⁹⁹ 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"¹⁰⁰ es injusto (violatorio del principio de igualdad de armas y del debido proceso), y se deduce una amplia prohibición de utilización de prueba¹⁰¹. En los así llamados "casos de voz" —en los cuales se graba secretamente la voz del inculpaado 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 utilización¹⁰².

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.

¹⁰⁰ *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.).

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

¹⁰² 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 inculcado, a una autoincriminación y este se encuentra en un error sobre el carácter de interrogatorio del diálogo; en consecuencia, el imputado es engañado¹⁰³. 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 conscientemente¹⁰⁴, con el fin de sonsear 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)¹⁰⁵. Tampoco

¹⁰³ 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.).

¹⁰⁴ 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).

¹⁰⁵ 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.)¹⁰⁶. 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 abierta¹⁰⁷. 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 refería¹⁰⁸, 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).

¹⁰⁶ BEULKE, *supra* nota 13, nota marginal 480.

¹⁰⁷ 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).

¹⁰⁸ 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)¹⁰⁹. 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 catalogado¹¹⁰. 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 utilización¹¹¹. Esto es preocupante, pues si se permite la uti-

¹⁰⁹ En general también BGH NStZ, 2003, 499.

¹¹⁰ 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.

¹¹¹ 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 telecomunicaciones¹¹².

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 oración¹¹³.

Con referencia a las denominadas *escuchas intensivas* (*Lauschangriff*), se debe distinguir entre la escucha en domicilios particulares (el así llamado gran *Lauschangriff*, § 100c, d)¹¹⁴, 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”.

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

¹¹³ § 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).

¹¹⁴ 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 HEGHMANNS, GA, 2006, 826).

talogados en el § 100 a (§ 477 II)¹¹⁵. 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 utilización¹¹⁶. A efectos del cumplimiento de dicha sentencia, el legislador¹¹⁷ 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)¹¹⁸, prevé ahora el § 100a IV para el caso de avances sobre este ámbito una prohibición de producción y una ab-

¹¹⁵ MEYER-GÖßNER, *supra* nota 52, § 100f, nota 21, § 477, notas 5 y ss; véase *supra* nota 113.

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

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

¹¹⁸ BVerfGE 113, 348 (375 ff., 390 ff.).

soluta prohibición de utilización de pruebas; eventuales grabaciones deben ser borradas inmediatamente¹¹⁹.

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);

¹¹⁹ 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. Crít. 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 uso de ese derecho dentro de la vista oral, —en cualquier caso cuando las declaraciones incriminan al acusado¹²⁰— con la consecuencia de que sus declaraciones anteriores¹²¹ no deben ser “leídas”¹²². 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)¹²³. Evidentemente, la opinión dominante no

¹²⁰ 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).

¹²¹ 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 NStZ, 2008, 585).

¹²² Con mayor profundidad VOLK, *supra* nota 25, § 27 nota 8 ss.

¹²³ 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 realizó¹²⁴, 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 Policía¹²⁵. 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 lectura¹²⁶, 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 legalmente¹²⁷ 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.

¹²⁴ 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.

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

¹²⁶ Consecuente JÄGER, *supra* nota 15, pág. 270.

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

ca¹²⁸. Si la jurisprudencia, por lo demás, permite¹²⁹ 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 Fiscalía¹³⁰—, se introduce así en cualquier caso un acto procesal anterior en el juicio oral¹³¹. 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.

¹²⁸ Crítico también BEULKE, *supra* nota 13, nota 420, pero para una prohibición absoluta; JAGER, *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”).

¹²⁹ BGH NJW, 2000, 1580; StV, 2001, 386.

¹³⁰ 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).

¹³¹ KK-DIEMER, *supra* nota 1, § 252, nota 25.

entre el interrogatorio judicial y el interrogatorio no judicial, lo que presenta una elusión evidente del § 252¹³², 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 testigo¹³³, 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)¹³⁴, 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 § 252¹³⁵, 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 utilizable¹³⁶. Este

¹³² Acertadamente FINGER, JA, 2006, pág. 529 (pág. 534).

¹³³ Cfr. también BGHSt. 45, 342.

¹³⁴ 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).

¹³⁵ 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.

¹³⁶ 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 justo¹³⁷, 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 introducidas¹³⁸.

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 declaración¹³⁹. 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

¹³⁷ Sobre una discusión similar sobre § 55, véase *infra*.

¹³⁸ Cfr. también MURMANN, *supra* nota 6, nota 215 con más referencias.

¹³⁹ BGH StV, 2008, 170 = NSZ 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 jurídicos¹⁴⁰, 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 información¹⁴¹. 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 confiables¹⁴². A esta argumentación se deja contraponer no obstante el deber del esclarecimiento judi-

¹⁴⁰ 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.

¹⁴¹ BGH StV 07, 564 (565) sobre § 55; BGH NSZ 08, 293 (294) sobre § 52.

¹⁴² BGH StV 07, 564 (566).

cial (§ 244 II). Si se observan con MURMANN¹⁴³ 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 convincentes¹⁴⁴, puesto que esta diferenciación implica una considerable limitación a la averiguación de la verdad¹⁴⁵. 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 hecho¹⁴⁶. 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

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

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

¹⁴⁵ MURMANN, *supra* nota 143, pág. 341.

¹⁴⁶ *Idem*, pág. 340.

apartados 1 y 2 del § 251¹⁴⁷. Si el § 250 realmente tuviera que ser entendido en relación al § 244 II¹⁴⁸, la posibilidad de lectura debería ser siempre permitida cuando una prueba personal no fuera posible, total o parcialmente¹⁴⁹. 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 II¹⁵⁰, eso no iría en contra de otros fines inmanentes al § 250, en especial, precisamente, el aseguramiento del principio de inmediación¹⁵¹. 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 CEDH¹⁵² y ante todo con el derecho de confrontación del artículo 6 III d CEDH¹⁵³. 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 § 55¹⁵⁴.

¹⁴⁷ Véase para los antecedentes MITSCH, JZ, 1992, pág. 174 (180 s.); DÖLLING, NStZ, 1988, pág. 6 (9).

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

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

¹⁵⁰ KÜHNE, *supra* nota 4, § 55, nota 914.

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

¹⁵² Cfr. AMBOS, ZStW 115, 2003, págs. 583, 592 y ss.

¹⁵³ CORNELIUS, NStZ, 2008, pág. 244 (pág. 248).

¹⁵⁴ 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 principio¹⁵⁵. 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 prueba¹⁵⁶— solamente en la constatación de que no se ha logrado hasta hoy reconducir las prohibiciones probatorias a una sola idea fundamental¹⁵⁷. 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 problema¹⁵⁸.

La *teoría del ámbito o círculo de derechos* (*Rechtskreistheorie*), 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

¹⁵⁵ 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 ulteriores [...] En el futuro no se podrá abandonar la tarea de buscar unos principios reguladores en lugar de la casuística desarrollada hasta hoy”.

¹⁵⁶ Cfr. *supra* ap. II y notas 32 y ss.

¹⁵⁷ Análisis profundo de la literatura en JÄGER, *supra* nota 15, págs. 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.

¹⁵⁸ 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 él¹⁵⁹. 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 totalidad¹⁶⁰. La "afectación del ámbito de derechos" (*Rechtskreisberührung*) tampoco expresa automáticamente algo en relación con una eventual consecuencia de una prohibición de utilización probatoria¹⁶¹.

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 utilización¹⁶². Esto supone, en primer lugar, que incondicionalmente existe una norma (una prohibición de la

¹⁵⁹ 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.;

¹⁶⁰ 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.

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

¹⁶² 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 protección¹⁶³. La existencia de tal norma, además de la transgresión, 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 derecho¹⁶⁴. 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 probatoria¹⁶⁵. 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)¹⁶⁶, o si también la norma tiene como objeto la protección del imputado ante eventuales afirmaciones falsas

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

¹⁶⁴ 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.

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

¹⁶⁶ 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 utilización¹⁶⁷.

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 procesal¹⁶⁸.

“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

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

¹⁶⁸ 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 teórica¹⁶⁹. JÄGER¹⁷⁰ 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 inferencias 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”¹⁷¹.

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-*

¹⁶⁹ 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).

¹⁷⁰ JÄGER (*supra* nota 15), pág. 4 y ss. (67).

¹⁷¹ JAHN, *supra* nota 1, C 47 y s.

bungsnorm)¹⁷². Un quebrantamiento del principio de abstracción¹⁷³, 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"¹⁷⁴. 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")¹⁷⁵. 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 primaria¹⁷⁶. No es decisivo el ámbito de protección personal de la norma de producción, sino su ámbito de protección referido objetivamente¹⁷⁷. La ponderación entre la justicia material y proce-

¹⁷² JÄGER, *supra* nota 15, pág. 139 y ss. y *passim*.

¹⁷³ Cfr. *supra* nota 35 y texto.

¹⁷⁴ 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.

¹⁷⁵ *Idem*, *Ibidem*.

¹⁷⁶ *Ibidem*, págs. 139, 167.

¹⁷⁷ *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 sobreseimiento por sentencia procesal, para evitar una sentencia condenatoria de contenido materialmente erróneo como consecuencia de simples errores (formales) de procedimiento¹⁷⁸.

La doctrina de la pretensión de dominio informativo personal (*Informationsbeherrschungsanspruch*)¹⁷⁹ 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"¹⁸⁰. 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)¹⁸¹. A pesar de la crítica exteriorizada respecto a esta teoría¹⁸², esta puede a menudo ser

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

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

¹⁸⁰ AMELUNG, FS Roxin, 1258 (1265).

¹⁸¹ Resumiendo AMELUNG, FS ROXIN 2001, 1258 (1260 ss).

¹⁸² 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 acusado¹⁸³, 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 acusado¹⁸⁴. Finalmente, es fruto de esta doctrina haber puesto en el centro de la atención la importancia de las informaciones como objeto de prueba¹⁸⁵.

Con la *teoría de las facultades probatorias* ahora expuesta por JAHN debe ser asegurado y concretado constitucionalmente el derecho de la utilización de pruebas¹⁸⁶. 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

¹⁸³ 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)).

¹⁸⁴ Cfr. VOLK (*supra* nota 25), § 28, nota 12.

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

¹⁸⁶ 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”¹⁸⁷. 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 imputado¹⁸⁸, con lo cual la doctrina de la ponderación debería ser concretada a efecto de evitar una impresión de arbitrariedad¹⁸⁹ 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 resultados¹⁹⁰. La decisión “correcta”,

¹⁸⁷ Así JAHN mismo, *supra* nota 1, C 72.

¹⁸⁸ 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.

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

¹⁹⁰ 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 evitable¹⁹¹. 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 utilización¹⁹². 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 probatoria¹⁹³; 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.

¹⁹¹ 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").

¹⁹² Cfr. FEZER (*supra* nota 99), p. 217.

¹⁹³ *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 humanos¹⁹⁴ 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*)¹⁹⁵ e igualmente el indispensable control disciplinario de las instancias de persecución penal imponen en este caso la no-utilización¹⁹⁶. La objeción según la cual el medio de prueba también hubiese podido ser obtenido legalmente (el así llamado curso causal hipotético de investigación)¹⁹⁷ 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 fiable¹⁹⁸. 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"¹⁹⁹. Por ello, ha afirmado acertada-

¹⁹⁴ Véase *supra* notas 82 y s.

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

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

¹⁹⁷ Crítica fundamental de DENCKER (*supra* nota 16), p. 80 ss.; JÄGER (*supra* nota 15), págs. 230 y s., 234; JAHN/DALLMEYER, NSZ, 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).

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

¹⁹⁹ 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, vendría 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”²⁰⁰.

B) Ejemplos de prohibiciones de utilización de pruebas dependientes

a) *Falta de instrucción del imputado.* El principio según el cual el inculcado 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)²⁰¹, así como en la normativa del derecho internacional de los derechos humanos (art. 6 CEDH)²⁰². Su silencio básicamente no puede ser utilizado en su contra²⁰³. El inculpa-

²⁰⁰ 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.

²⁰¹ BEULKE (*supra* nota 13), nota 467.

²⁰² TEDH StV, 2006, 617, 620 y ss.

²⁰³ 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 inculcado conoce su derecho a permanecer en silencio o ha comparecido ante el tribunal con un defensor²⁰⁴. La obligación de informar sobre el derecho a no declarar presupone por tanto, en primer lugar, la *calidad de acusado*, la cual requiere —subjettivamente— 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*²⁰⁵ como *acusado*²⁰⁶ (“teoría mixta subjetiva-objetiva del acusado”)²⁰⁷. 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 acusado²⁰⁸. Manifestaciones espontáneas y declaracio-

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

²⁰⁵ Sobre este concepto ver *supra* nota 73.

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

²⁰⁷ Vgl. BGH NStZ, 2007, 653 f.

²⁰⁸ 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 § 136²⁰⁹.

La omisión de la instrucción conduce a una *prohibición de utilización*²¹⁰. 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 abogado²¹¹. Finalmente, surge también una prohibición de utilización en caso de falta de instrucción en el juicio oral (§ 243 IV 1)²¹².

Sin embargo, las declaraciones pueden ser utilizadas de manera excepcional, si el inculcado ha reconocido (con seguridad) su derecho a no prestar declaración²¹³, 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.

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

²¹⁰ 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.

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

²¹² Cfr. FINGER, JA, 2006, 529 (534 s.).

²¹³ 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 1º 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*)²¹⁴, o si el error es salvado mediante una tardía información del derecho a no declarar y el interrogatorio es iniciado nuevamente desde el principio²¹⁵. 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 en el sentido del § 136a y ha hablado voluntariamente con los agentes de investigación penal²¹⁶.

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”.

²¹⁴ 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.

²¹⁵ Cfr. VOLK (*supra* nota 25) § 9, nota 11.

²¹⁶ BGH NJW 2006, 1008, 1009; en la que el tribunal podría dejar abierto el punto en cuestión, pero *obiter* ha huido 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 derecho²¹⁷. Finalmente, cae también el argumento principal para la solución de la contradicción si las pruebas de descargo siempre son consideradas utilizables²¹⁸, puesto que la utilización de las restantes pruebas de cargo será siempre en contra del acusado y no necesitan contradicción²¹⁹.

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

²¹⁷ 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).

²¹⁸ Véase *supra* nota 11 y texto.

²¹⁹ 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 núm. 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 oral²²⁰.

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 probatorio²²¹, admitiéndose la introducción del protocolo judicial (defectuoso) del interrogatorio en el juicio oral de acuerdo con el § 251 II²²². Por otra parte, sin embargo, la infracción contra la obligación de notificación del § 168c V debería acarrear una prohibición de utilización²²³. Esto resulta contradictorio, ya que el imputado

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

²²¹ BGHSt 46, 93.

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

²²³ MEYER-GOßNER (*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 utilización²²⁴.

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 familiares²²⁵. 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 interrogado²²⁶; en algún caso, el testigo tiene que ser instruido adicionalmente sobre su relación de parentesco (todavía) con el acusado²²⁷. No obstante, es posi-

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

²²⁴ 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.

²²⁵ 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.).

²²⁶ BGHSt 14, 159, 160.

²²⁷ BGH NStZ, 2006, 647 y s.

ble una utilización por dos motivos: por una parte, después del fallecimiento del testigo²²⁸; 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 derecho²²⁹.

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 utilización²³⁰. 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 declarar²³¹. Sin embargo, esta argumen-

²²⁸ 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.

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

²³⁰ VOLK (*supra* nota 25), § 28, nota 16.

²³¹ 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 respeto 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 procesal²³². 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 declaración²³³.

El proyecto de ley mencionado *supra*²³⁴ 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 protegidos²³⁵.

²³² Así BEULKE (*supra* nota 13), nota 462 con más referencias.

²³³ 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.

²³⁴ *Supra* nota 119.

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

Ya fue anteriormente señalado²³⁶, 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 infracción²³⁷. Sin embargo, si se considera igualmente protegido con el § 55 el interés del acusado de “declarar testimonialmente, libre de conflictos y de modo verídico”²³⁸, 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 inculpaado 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).

²³⁶ Ap. III. 2 a), y *supra* notas 166 y ss.

²³⁷ BGHSt GrS 11, S. 213, 215; MEYER-GÖßNER (*supra* nota 52),

§ 55, nota 17.

²³⁸ ROXIN (*supra* nota 34), § 24, nota 36.

ción en un juicio oral posterior²³⁹, 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 prueba²⁴⁰ 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 utilización²⁴¹.

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

²³⁹ 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).

²⁴⁰ 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.

²⁴¹ 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 practica²⁴². 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 urgencia²⁴³; 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,

²⁴² 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.

²⁴³ 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 evidente²⁴⁴. 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 sanción²⁴⁵; la jurisprudencia (de Corte) ha trasladado esto al § 81a²⁴⁶. 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 probatoria²⁴⁷. Con esto se establece en definitiva una conexión con la idea antes

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

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

²⁴⁶ 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).

²⁴⁷ 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*²⁴⁸, del cual se desprende una prohibición de utilización probatoria²⁴⁹. 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 pruebas²⁵⁰.

Si bien la mencionada jurisprudencia²⁵¹ ha aceptado la prohibición de utilización probatoria en un solo caso²⁵², ha

²⁴⁸ 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.

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

²⁵⁰ Cfr. también PRITTWITZ, StV, 2008, 492.

²⁵¹ *Supra* nota 246.

²⁵² 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 Stuttgart²⁵³ 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 [...]”²⁵⁴, 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)²⁵⁵. 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

²⁵³ OLG Stuttgart, NStZ, 2008, 238.

²⁵⁴ *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.

²⁵⁵ 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 sangre²⁵⁶. 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”²⁵⁷ 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”²⁵⁸.

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-

²⁵⁶ OLG Stuttgart, NStZ, 2008, 239.

²⁵⁷ Así crítico Götz, indicación NStZ, 2008, 239.

²⁵⁸ AMELUNG, NStZ, 2001, 337.

tablecido en el § 148²⁵⁹. 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 errónea²⁶⁰. 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 catálogo²⁶¹. 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)²⁶², pues aquí existe una falta grave en el sentido del § 44 de la Ley de Procedimiento Administrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz*)²⁶³. En este caso, la (eventual) prohibición de utilización de pruebas debe alegarse en el juicio oral (solución de oposición previa)²⁶⁴.

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

²⁶⁰ 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.

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

²⁶² BEULKE (*supra* nota 13), nota 475 con más referencias.

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

²⁶⁴ 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 mencionadas²⁶⁵— 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 domiciliario²⁶⁶. A este respecto, se plantea la cuestión de si el uso desaceratado 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 judicial²⁶⁷. 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 proceso²⁶⁸.

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

²⁶⁵ *Supra* en notas 243 y s.

²⁶⁶ 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).

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

²⁶⁸ 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"²⁶⁹. 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"²⁷⁰.

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 expedición²⁷¹. A favor de una prohibición de utilización en estos casos, habla la importancia del derecho fundamental al amparo domiciliario²⁷², 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 utilización²⁷³.

²⁶⁹ BGH NJW, 2007, 2272.

²⁷⁰ BGH NJW, 2007, 2272

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

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

²⁷³ 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 específico²⁷⁴. 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 fiscal²⁷⁵. 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-

²⁷⁴ MEYER-GÖßNER (*supra* nota 52), § 110a, nota 4, § 163, nota 34a.

²⁷⁵ 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 días²⁷⁶. 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 2²⁷⁷.

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 mencionado²⁷⁸— principio *nemo tenetur*.

Sin embargo el *gran Senado penal* del BGH en su decisión “Hörfallen-Entscheidung”²⁷⁹ 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., Lockspitzelfälle —trampa provocadora—,

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

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

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

²⁷⁹ Véase sobre esta decisión ya *supra* en apartado III.1.

Romeo-Fälle —trampa Romeo—) podría “estar muy cerca” de infringir tal principio²⁸⁰.

Si por este principio solo debe ser asegurado que la declaración sea hecha libre de *coerción*, pero no cubre la autoincriminación motivada por el Estado (error)²⁸¹, 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 alguna²⁸².

Según la jurisprudencia de la CEDH, sin embargo, el ámbito de aplicación del principio no se limita a estos casos²⁸³. El principio se vería socavado (“undermined”) más

²⁸⁰ BGHSt 42, 139 (156) = NJW, 1996, 2940 (2943).

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

²⁸² BGHSt 42, 152 f. = NJW 1996 (2943 s.).

²⁸³ 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 conseguido²⁸⁴.

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 canadiense²⁸⁵, 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"²⁸⁶.

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.

²⁸⁴ 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).

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

²⁸⁶ 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 totalmente²⁸⁷.

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-

²⁸⁷ 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 indagatoria²⁸⁸. 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 aquella²⁸⁹; 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 investigación²⁹⁰.

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

²⁸⁹ BGH, NJW, 2007, 3140 = NStZ, 2007, 715.

²⁹⁰ 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 CEDH²⁹¹, ya que con la construcción de una “casi violación”²⁹² (que no representa suficiente presión) del principio *nemo tenetur* deja abierto el camino para una ponderación de bienes²⁹³, 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 público²⁹⁴.

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.).

²⁹¹ Cfr. también GAEDE, StV, 2003, 262.

²⁹² Verrel, *supra* nota 58, pág. 156.

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

²⁹⁴ 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” informaciones²⁹⁵. 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 brindada²⁹⁶. 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 afectado²⁹⁷. 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 CEDH²⁹⁸) que, de acuerdo con ello, el

²⁹⁵ ROGALL, NStZ, 2008, 112 y s.

²⁹⁶ EGMR, *Allan v. GB*, para. 52.

²⁹⁷ Duttge, JZ, 2008, pág. 262.

²⁹⁸ 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 directa²⁹⁹, 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 interrogatorios³⁰⁰, 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).

²⁹⁹ 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.

³⁰⁰ 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 declarar³⁰¹. 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 sospechoso³⁰². 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 testimonialmente³⁰³.

En todo caso, los investigadores secretos de ninguna forma deben traspasar las prohibiciones del § 136a³⁰⁴. Sin embargo, también aquí se desprende, de una visión conjunta

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

³⁰² 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.

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

³⁰⁴ 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 ley³⁰⁵. 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"³⁰⁶). 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 engaño³⁰⁷. 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 encubiertas³⁰⁸. Si se

³⁰⁵ Cfr. ROGALL, NStZ, 2008, 111; DUTTGE, JZ, 2008, 262.

³⁰⁶ MEYER-GOßNER, *supra* nota 52, § 110c, nota 1.

³⁰⁷ 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.

³⁰⁸ 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 § 136a³⁰⁹. 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”³¹⁰.

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”.

³⁰⁹ BGHSt 42, 139 (149) = NJW, 1996, pág. 2942.

³¹⁰ 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*³¹¹. 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)³¹².

De conformidad con la *teoría de las esferas* del Tribunal Constitucional Federal³¹³, 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-

³¹¹ FEZER (*supra* nota 99), pág. 215.

³¹² FEZER (*supra* nota 99), pág. 216.

³¹³ BVerfGE 34, 238, 245 y ss.; 109, 279

ción³¹⁴. 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 concreto³¹⁵. 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 relevantes³¹⁶.

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 testimonio³¹⁷, pero fue admitido a efecto de la condena de un homicida de mujeres reincidente que había confiado a su diario sus intenciones de matar³¹⁸. 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-

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

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

³¹⁶ Cfr. JÄGER (*supra* nota 15), pág. 216 y s.

³¹⁷ BGHSt 19, pág. 325.

³¹⁸ 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 privada³¹⁹. También es contradictorio que el Tribunal Supremo atribuya a la esfera de la intimidad (por primera vez) el *monólogo* dirigido de un inculcado 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 Constitución³²⁰, 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)³²¹.

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

³¹⁹ 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.

³²⁰ BGH NJW, 2005, 3295.

³²¹ 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 inadmitido³²². 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 utilización³²³. Pero este punto

³²² 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 (*ebd.*; JAHN, *supra* nota 1, C 91. Sobre los "efectos previos" de la prohibición de utilización sobre la prohibición de producción cfr. JAHN, *supra* nota 1, C 84 y ss.

³²³ Así ya HENKEL (*supra* nota 2), pág. 271. Cfr. 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 caso³²⁴. 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)³²⁵.

También JAHN quiere según el caso —claramente en el sentido de su teoría de las facultades³²⁶— diferenciar según los efectos de la infracción y asumir siempre, en caso de violaciones a los derechos humanos, el efecto extensivo³²⁷.

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

³²⁴ 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 Beweisverwertungsverbote*, 2005, págs. 84 y ss.

³²⁵ JÄGER (*supra* nota 15), págs. 226 y ss.

³²⁶ *Supra* nota 186 y texto principal.

³²⁷ JAHN, *supra* nota 1, C 94 y s., 127.

dencia³²⁸, argumentos contundentes en consideración al proceso penal en su conjunto demandan el rechazo, por principio³²⁹, de la teoría del efecto extensivo³³⁰. 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 extensivo³³¹, 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-

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

³²⁹ 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.

³³⁰ 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].

³³¹ 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)³³², si y hasta qué punto aquello pueda ser comprobado, sin embargo, casi no se discute³³³. 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.

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

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