

Coordinador
Juan Luis Gómez Colomer

PRUEBA Y PROCESO PENAL

**Análisis especial de la prueba prohibida
en el sistema español y en el derecho
comparado**

Autores:

**Kai Ambos
Mario Chiavario
César R. Crisóstomo Barrientos
Rigoberto Cuéllar Cruz
Andrés de la Oliva Santos
Eskándar Gánem Hernández
Juan Luis Gómez Colomer
Nicolás González-Cuéllar Serrano
José L. González Cussac**

**Vicente C. Guzmán Fluja
Juan Montero Aroca
Víctor Moreno Catena
María Angeles Pérez Cebadera
Andrea Planchadell Gargallo
Luis Salas Calero
José María Tijerino Pacheco
John A. E. Vervaele
Richard Vogler**



tirant lo blanch traduccions

Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán

KAI AMBOS

*Catedrático de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal,
comparado e internacional
Universidad de Gotinga (Alemania)*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: FONDOTEÓRICO E HISTÓRICO : II. DEFINICIÓN TERMINOLÓGICA Y SISTEMÁTICA.- III. PROHIBICIONES ESCRITAS DE UTILIZACIÓN DE PRUEBAS, CON ESPECIAL REFERENCIA AL § 136A. L E I § 136a. 2. Vigilancia de telecomunicaciones y grabaciones secretas. 3. Otras prohibiciones escritas de utilización de pruebas- IV. PROHIBICIONES NO ESCRITAS DE UTILIZACIÓN DE PRUEBAS. 1. Intentos de explicación. 2. Ejemplos de prohibiciones de utilización de pruebas dependientes. 3. Ejemplos de prohibiciones probatorias autónomas.- V. ¿EFECTO REFLEJO O EXTENSIVO?

I 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», expresión con la que quería expresar 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 individual³. La determinación de estas limitaciones depende

Traducción del Prof. Dr. Óscar Julián Guerrero Peralta (Catedrático de Derecho Procesal Penal y Procurador, Bogotá, Colombia). Agradezco al *cand. iur.* Martin Buse su ayuda en la recopilación del material. La traducción correspondientes a los artículos de la *Strafprozessordnung* han sido tomada, en la medida de lo posible, de la obra de Juan-Luis Gómez Colomer, *El-proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Ed. Bosch, Barcelona 1985.

² Así Karlsruher Kommentar (KK)-Senge, 5. edición 2003, antes del § 48 nota marginal (nm.) 20 refiriéndose a Beling, *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsfindung im Strafprozess*, 1903.

³ Cfr. también Henkel, *Strafverfahrensrecht* 1968, p. 271, según el cual «las razones para la admisión de prohibiciones de prueba residen en la consideración de intereses diversos que

principalmente de la posición que otorga el ordenamiento jurídico al individuo frente al poder del Estatal. Esta posición se plasma dentro del Estado Derecho, en su manifestación más elaborada, en los derechos fundamentales garantizados constitucionalmente, sobre todo los de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad'. 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 a través de determinados medios probatorios resulta inadmisibles y prohibida'. El inculcado es sujeto activo y no simplemente objeto del proceso penal', su libertad de decisión y de acción son intangibles e invulnerables, razón por la cual de ninguna manera deben ser objeto de menoscabo o de manipulación'. La manipulación de la voluntad libre del inculcado, por ejemplo a través de amenaza, coerción, engaño o tácticas similares, debe prohibirse y correspondientemente sancionarse'. En consecuencia, las prohibiciones probatorias tienen en el resultado una componente individual y colectiva: por un lado, sirven para la *garantía de los derechos fundamentales*", en tanto protegen al inculcado ante la utilización de pruebas ilegalmente obtenidas en *su contra* —en el sentido amplio de prohibiciones de cargo— aunque, no obstante el reconocimiento de este servicio, debido al principio de culpabilidad deben permanecer siempre utilizables a efectos de exculpación; por otro lado preservan componente colectivo

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, 289.

Cfr. Otto, GA 1970, 289 (291) refiriéndose a Beling.

• Cfr. Beling, *supra* nota, p. 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, aún 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, 1 (9); Eisenberg, *Beweisrecht der SIPO*, Teil 1, Kap. 3 nm. 330; Kühne, *Strafprozessrecht*, 7. ed. 2007, nm. 880. Rogall, ZStW (91) 1979, 1 (6).

Más recientemente sobre ello Kelker, ZStW 118 (2006), 389 (420 s.); fundamental también Murmann, GA 2004, 65 ss.

Eberhard Schmidt, SJZ 1949, 450.

Löwe-Rosenberg (LR)-Hanack, StPO, 25. ed. 2004, § 136a nm. 1.

⁰ Así originalmente Rogar], ZStW (91) 1979, 1 (16 ss.).

Fundamental Roxin/Schäfer/Widmaier, StV 2006, 655 (656, 659, 660).

la integridad constitucional, en particular a través 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 imputado citados por otra, lleva 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). Traducido a la terminología de la moderna teoría de los fines de la pena (en sentido funcionalista), se puede hablar del dilema *clé una doble función estabilizadora de la norma*: el Estado debe estabilizar no sólo las normas jurídico penales a través de una persecución penal efectiva, sino también en el mismo plano los derechos fundamentales de los imputados por medio del reconocimiento y ante todo la aplicación de prohibiciones de utilización de prueba en caso de violaciones de los derechos del individuo. Con ello y al mismo tiempo, las prohibiciones de utilización llevan aparejada una cierta función de control disciplinario de las autoridades de persecución penal —en sentido de prevención general negativa^o— que se puede deplorar como lo muestran los argumentos en su contra (en especial el debilitamiento de la pretensión social por la realización del derecho penal, así como el control como tarea exclusiva

¹² Ver también Eb. Schmidt, *Lehrkommentar*, Band 11, § 136a nm. 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., tomo 1, nra. 40, 44, 49); en la misma dirección va la teoría de Fezer relacionada con la función de auto-limitación del Estado (*Grundfragen*, 1995 p. 20 ss.).

¹³ Beulke, *Strafprozessrecht*, 9. ed. 2006, nm. 454; Finger, JA 2006, 529 (530).

¹⁴ BVerfGE 44, 353, 374.

¹⁵ Cfr. Amelung, *Festschrift Roxin*, 1259 (1279); Jäger, *Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote irr Strafprozess*, 2003, p. 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, 293 (300 ff.) con más referencias; crítico Amelung, FS Roxin, 1259 (1273 ff.); Jäger (supra nota 14), p. 109 s.; sobre doctrinas de prevención general ya Dencker, *Verwertungsverbote irr Strafprozeß*, 1977, p. 59 ss.; Müssig, GA 1999, 119 (130 s.); Arloth, GA 2006, 258 (259).

¹⁷ Cfr. también Otto, GA 1970, 289 (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.

del derecho administrativo disciplinario, pero que de ninguna manera se puede negar

En el Derecho Alemán, concretamente, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1877, se dio por supuesta, inicialmente, la posición de sujeto del imputado como algo evidente, razón por la cual fue rechazada una regulación expresa. No obstante, las experiencias con el Derecho Penal Nacional-socialista, sobre todo en lo referente a su desprecio de la autonomía de la libre determinación del individuo, hizo necesaria 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» y el «narcoanálisis», surge la necesidad de una regulación legal de las posibles limitaciones relativas a la nueva tecnología para preservar la autonomía individual. 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 encontró en la temática de las prohibiciones de prueba su constatación legal".

¹⁸ Cfr. Dencker (*supra* nota 15), p. 55 ss.; Amelung, FS Roxin 2001, 1259 (1263); más convincente la crítica más concreta de Jäger (*supra* nota 14), p. 70 s.; en contra también Hellmann, *Strafprozessrecht*, 2. ed. 2006, § 3 nm., p. 83 s.

¹⁹ Referencia correcta a las consecuencias para la formación policial en Arloth, GA 2006, 258 (259). Por el contrario, la declaración de Otto, GA 1970, 289 (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.

²⁰ Schmidt (*supra* nota 11), § 136 a explicaciones 1-4 nm. 1; Peters, *Strafprozeß*, 4. ed. 2004, § 41111.

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), nm. 901; Jäger (*supra* nota 14), p. 220 s.

²³ LR-Hanack (*supra* nota 8), § 136 a nm. 2.

²⁴ Cfr. también LR Hanack (*supra* nota 8) § 136 a nm 3.; Eisenberg (*supra* nota 4), parte I, Cap 3, nm 329.

II. DEFINICIÓN TERMINOLÓGICA Y SISTEMÁTICA

La doctrina alemana dominante distingue entre prohibiciones de producción de pruebas (*Beweiserhebungsverbote*) y prohibiciones de utilización de pruebas (*Beweisverwertungsverbote*). Las primeras regulan o limitan el modo de obtención de las pruebas, las segundas el uso judicial de las pruebas que ya fueron obtenidas". Dentro de las prohibiciones de producción probatoria se distingue entre prohibiciones de temas probatorios, prohibiciones de medios probatorios y prohibiciones de métodos probatorios. Las prohibiciones de temas probatorios impiden la obtención de pruebas sobre hechos determinados («temas»), por ejemplo antecedentes penales ya eliminados del Registro Central Federal (§ 51 Ley del Registro Central Federal). 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 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 se establece una prohibición para cualquier otro sujeto". Esto tiene validez para casi todas las medidas coercitivas que, en principio, sólo pueden ser ordenadas por un juez.

²⁵ Cfr. Volk, *Grundkurs StPO*, 5. ed. 2006, § 28 nm. 1 ss.; Beulke (*supra* nota 12), nm. 455; Hellmann (*supra* nota 17), nun. 780 ss. En favor de la diferenciación Jäger (*supra* nota 14), p. 133 ss. Sobre la otra categoría de las «regulaciones probatorias» («Beweisregelungen») ver Otto, GA 1970, 289 (292 s.).

²⁶ Finger, JA 2006, 529 (530); Jäger (*supra* nota 14), p. 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,

²⁷ Volk (*supra* nota 24), § 28 nr. 1 ss.; Beulke (*supra* nota 12), nm. 455.

²⁸ Sobre ello más recientemente BGH NSTZ 2006, 587.

²⁹ Todas las normas sin referencia legislativa se refieren a la *Strafprozessordnung* (*Ley de Enjuiciamiento Criminal alemana*).

³⁰ Vide. Kühne (*supra* nota 4) nm. 882 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), nm. 335.

La sistematización establecida sirve ante todo para clarificar las posiciones, pero también lleva -en contra de una opinión ampliamente

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, tal como sucede en el derecho italiano³², sino que la trasgresión en contra de una prohibición (primaria) de producción probatoria en el mejor de los casos indica -pero no implica automáticamente- la no utilización posterior". Según Jäger³⁵ se puede por ende hablar de un *principio de abstracción o separación*, de acuerdo 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 realmente llegar 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 base en la *doctrina* de las prohibiciones de utilización de pruebas (véase ap. IV). Un (indiscutible) reconocimiento 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 basan en una infracción objetiva de las normas constitucionales de forma independiente. 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 utilización³⁷.

³² Volk (*supra* nota 24), § 28 nm. 3; Hellmann (*supra* nota 17), nm. 780; Finger, JA 2006, 529 (530).

³³ Cfr. Art. 191 CPP («Frue illegittimamente acquisite»):
Inc. 1: «Le preve acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate».

Inc. 2: «L'inutilizzabilità è rilevabile anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento».

³⁴ Cfr. por todos Beulke (*supra* nota 12), nm. 457: «No cualquier error en la práctica probatoria lleva inevitablemente a la no utilización del medio probatorio obtenido.» Cfr. también Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 25. ed. 1998, § 24 nm. 19; Kindhäuser, *Strafprozessrecht*, 2006, § 23 nm. 11; Arloth, GA 2006, 258; Jäger, p. 135; BVerfG NJW 2000, 3557; sobre efectos indiciarios en esta cuestión v. también Finger, JA 2006, 529 (531).

³⁵ Jäger (*supra* nota 14), p. 137 s.

³⁶ BGHSt 28, 122, 124; Rogall, ZStW (103) 1991, S. 1 (3); Roxin (*supra* nota 33), § 24 nm. 23; Volk (*supra* nota 24), § 28 nm. 4 s.; Beulke (*supra* nota 12) nm. 457; cfr. también Meyer-Mews, JuS 2004, p. 39; Schuster, *supra* nota 17, p. 51 ss.

³⁷ Arloth, GA 2006, 258.

Es evidente que existe una *colisión* entre las prohibiciones de pruebas y el principio de investigación (§§ 155 II, 160 1T, 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 recopilado³⁸. Lo anterior tiene por efecto que «la veracidad queda incompleta y lleva rasgos ficticios»" Así las prohibiciones probatorias confirman que la verdad (procesal), de acuerdo a las famosas palabras del Tribunal Supremo Federal, no debe ser investigada «a cualquier precio»⁴⁰, 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 o distorsionadas⁴¹, lo que se demuestra rotundamente con el § 136a (véase a continuación ap. III.1).

III. 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 codificación⁴², 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 orden 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 mas o menos rápidamente, puesto que las regulaciones de prohibición legalmente establecidas son, además de pocas, (relativamente) inequívocas.

³⁸ Arloth, GA 2006, 258; también KK-Senge, *supra* nota, nm. 22, 27.

³⁹ Volk (*supra* nota 24), § 28 nm. 6.

⁴⁰ BGHSt 14, 358, 365; 31, 304, 309; 38, 214, 220.

⁴¹ Amclung, FS Roxin, 1259 (1263).

⁴² Beulke (*supra* nota 12), nm. 457.

1.E1 § 136a

Es clásica la formulación del § 136 a 111: «Las declaraciones que se hubieran producido trasgrediendo esta prohibición, tampoco podrán ser aprovechadas aunque el inculpado aprobara su utilización». La incondicionalidad 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 ella⁴³. Se trata de una prohibición de utilización de pruebas *dependiente*, ya que es la consecuencia de la prohibición de la *producción* probatoria, contemplada en el § 136a I, referente a ciertos métodos prohibidos de interrogatorio que lesionan la «libertad de decisión y de acción del inculpado» («Freiheit der Willensentschließung und der Willensbetätigung»). En consecuencia, resulta claro que también puede ser posible la utilización de conocimientos de descargo por los motivos⁴⁴ anteriormente mencionados. 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 terrorismo⁴⁵. 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 definitivos⁴⁶, lo decisivo es si éstas 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»⁴⁸. Una declaración basada 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

⁴³ De acuerdo con ello Volk (*supra* nota 24), § 28 nm. 24.

⁴⁴ Cfr. nota 10 y texto principal.

⁴⁵ Al respecto sobre una restricción teleológica de la norma, Roxin/Schäfer/Widmaier, StV 2006, 656.

⁴⁶ Cfr. Danner, *Torture and Truth: America, Abu Ghraib and the War on Terror*, 2004; Langbein, *Torture and the Late of Proof*, 2006 (reimpresión), pp. IX, XI.

⁴⁷ KK-Boujong (*supra* nota 1), § 136a nm. 9; sobre los grupos de casos Volk (*supra* nota 24), § 9 nm. 14 s.

⁴⁸ BVerfG, 2 BvR 1249/04 vom 14.12.2004 (caso del Jefe de la policía de Frankfurt), nm. 7.

se convierta en la base de una condena, a condición de que a éste se le hayan hecho las indicaciones correspondientes sobre su derecho a no declarar⁴⁹, incluso sobre la no-utilización de su anterior declaración⁵⁰. 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 inadmisibles. 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 nosotros sabemos que los imputados coaccionados están más motivados a hablar por poner fin al dolor, que por sentirse obligados a decir la verdad⁵¹.

El § 136a tiene como objetivo la protección de la libertad de decisión y de acción «del inculpado», 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»⁵² dentro del proceso de investigación penal⁵³. Aquellos no deben permitir que los métodos prohibidos de interrogatorio sean realizados por ellas mismos, *ni a través de otros*⁵⁴. 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-estatal⁵⁵ cuya violación —independientemente del lugar de producción de

⁴⁹ BVerfG, 2 BvR 1249/04 vom 14.12.2004, nm. 3.

⁵⁰ Sobre la instrucción calificada vide, v gr., Meyer-Göbner, *Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen*, 49. ed., München 2006, § 136 nm. 9; Roxin (*supra* nota 33), § 24 nm. 27.

⁵¹ Cfr. tam bien Kühne (*supra* nota 4), nm. 890.

⁵² 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, 289 (299).

⁵³ Oldenburg, NJW 1953, p. 1237.

⁵⁴ Meyer-Göbner (*supra* nota 49), § 136 a rin. 2.

⁵⁵ Sobre este estándar Schuster, *supra* nota 17, p. 122 ss.; recientemente también Esser, NStZ 2007, 106 (108).

⁵⁶ Fundamental sobre la utilización de pruebas producidas en el exterior Schuster, *supra* nota 17, p. 83 ss., 142 ss.

de Derecho, como es el caso de Alemania⁵⁷. 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 pueden ser imputadas a este Estado Parte⁵⁸. En caso de investigaciones *sin orden o fundamento oficial-por* terceros particulares o el defensor- el nexo de imputación se encuentra, en principio, interrumpido y por ende no resulta admisible un efecto personal del § 136a *frente a terceros y tampoco una prohibición de utilización de pruebas-*; *sin embargo, esto tampoco debe resultar en una elusión del § 136a. Imagínense el caso en el que el investigador privado contratado por la víctima o sus parientes golpea al inculpado hasta que éste confiesa. Entonces, ¿no debería en este caso tener validez al menos de una manera análoga el § 136a en beneficio del inculpado maltratado, como ocurre en todos los casos de infracción contra la dignidad humana, o de un comportamiento extremo de violación de los derechos humanos ¿No es la obligación de un Estado de Derecho impedir ataques como éstos en contra del imputado?*⁶³ Otros pretenden con ello argumentar que si la utilización de pruebas fuesen presentadas como nuevas se reiteraría la violación legal, lo que sería cierto si el Estado se apropiara de pruebas que vulneran los derechos humanos. Así se reanudaría el nexo de imputación que posiblemente se interrumpió anteriormente. Respecto al riesgo de elusión, es obvio que éste también se debe atacar con una prohibición de utilización probatoria, si el particular ha sido contratado por las instancias estatales de investigación (para investigaciones secretas, véase además el ap. IV.2.c)⁶⁶

⁵⁷ 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.

⁵⁸ Cfr. Ambos, *Internationales Strafrecht*, 2006, § 10 nm. 62, 81 ss. Sobre el CEDH y el I como parte del estándar mínimo mencionado ver Schuster, *supra* nota 17, p. 123 ss.

⁵⁹ Fundamental Bockemühl, *Private Ermittlungen im Strafprozess*, 1996; ver también Meyer Goßner (*supra* nota 49), § 136a nm. 3; Beulke (*supra* nota 12), nm. 478; Kindhäuser (*supra* nota 33), § 23 nm. 33.

⁶⁰ En este sentido al parecer también Volk (*supra* nota 59), § 9 nm. 17.

⁶¹ Otto, GA 1970, 289 (299); KK-Senge (*supra* nota 1), antes del § 48 nm. 52; Beulke (*supra* nota 12), nm. 479; Finger, JA 2006, 529 (537).

⁶² Roxin (*supra* nota 33), § 24 nm. 48; Kindhäuser (*supra* nota 33), § 23 nm. 35; crítico Jäger (*supra* nota 14), p. 223 ss.

⁶³ Así Hassemer/Matussek, *Das Opfer als Verfolger*, 1996, p. 77.

⁶⁴ Volk (*supra* nota 24), § 28 nm. 35.

⁶⁵ Sobre la «utilización indirecta o mediata» por el Estado, vid. también Kühne (*supra* nota 4), nm. 904 p. 459.

⁶⁶ En vez de muchos Kindhäuser (*supra* nota 33), § 23 nm. 34 con más referencias.

Son similarmente problemáticos los casos en los que se utiliza al inculpado por medio de *trucos* o *engaños*, a efecto de que tome parte en el procedimiento penal- 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, testigo, etc.) y la graba. Este método se asemeja al «caso del *espía en la celda*»⁶⁷, en el que un informante, tras previa instrucción policial, es introducido en la celda del imputado para obtener así una confesión que posteriormente será incluida 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 hasta el término «*Hörfalle*» («trampa de escuchar») sugiere- la jurisprudencia permite su utilización y construye numerosos argumentos en este campo". 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 particulares". 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 mencionados⁷⁰. La StPO no prohíbe ninguna actuación encubierta o secreta en el marco de la investigación penal". El principio de «*nemo tenetur*» protege ante la coacción para colaborar en el proceso penal, pero no ante un error sobre el derecho de guardar silencio, aun cuando esta equivocación sea provocada por el Estado". 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»)-⁷³, 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 cuestión⁷⁴. En particular, el Tribunal Supremo Federal (*Bundesgerichtshof-BGH*) determina lo siguiente:

⁶⁷ BGHSt 34, 362.

⁶⁸ Fundamental BGHSt (Gran Sala) 42, 139; crítico Volk (*supra* nota 24), § 9 nm. 19 ss.

⁶⁹ BGHSt 42, 139, 145 ss.; antes ya Otto, GA 1970, 289 (295); igualmente Finger, JA 2006, 529 (536).

⁷⁰ BGHSt 42, 149.

⁷¹ BGHSt 42, 149 ss.

⁷² BGHSt 42, 151, 153.

⁷³ BGHSt 42, 154 s.

⁷⁴ BGHSt 42, 155 ss.

«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 ha sido la obtención de 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 investigación»⁷⁵.

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 benigna⁷⁶. 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 con los casos de espionaje acústico (normales) de la «*Hörfalle*», está en el hecho de que el imputado adicionalmente se encuentra en una situación forzada (detención preventiva) y se convierte por ende, debido a la privación de libertad, en mero objeto del proceso". Si, más 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»⁷⁸ es injusto (violatorio del principio de igualdad de armas y del debido proceso), y se deduce una amplia prohibición de utilización de prueba⁷⁹. En los así llamados «*casos de voz*» —en los cuales se graba secretamente la voz del inculcado para un cotejo posterior, la violación (punible) del derecho individual (confidencialidad de la palabra, § 201 del Código Penal— *Strafgesetzbuch*, StGB) conduce finalmente a una prohibición de utilización⁸⁰.

⁷⁵BGHSt 42, 139.

⁷⁶ BGHSt 44, 129.

⁷⁷ Cfr. Jäger (*supra* nota 14), pags 184, 186 y *passim*; también Kühne (*supra* nota 4), um. 904 (p. 459); Finger JA 2006, 529 (537); en el resultado igualmente Fezer, *Strafprozessrecht*, 2. ed. 1995, p. 222.

⁷⁸ *Teixeira de Castro u Portugal*, sentencia de 9 de junio de 1998, ap. 39.

⁷⁹ Cfr. ya Ambos, NStZ 2002, 628 (632) con más referencias; concuerda con esas conclusiones también Jäger (*supra* nota 14), p. 207 ss. con más referencias.

⁸⁰ BGHSt 34, 39; igualmente Kindhäuser (*supra* nota 33), § 23 nm. 34; Joerden, JuS 1993, 927 (928); concuerda con esas conclusiones también Jäger (*supra* nota 14), p. 174 ss., 190 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)!

En conjunto esta jurisprudencia es inconsecuente e inconsistente. En un caso de espionaje acústico se lleva a quien hasta ahora es sospechoso, o al ya inculcado, a una autoincriminación y éste se encuentra en un error sobre el carácter de interrogatorio del diálogo; en consecuencia el imputado es engallado". 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 caso y de forma correspondiente el § 136», y se ha de prohibir la utilización probatoria. En todo caso, se ha de presumir un nexo de imputación, si el particular es introducido, o dispuesto conscientemente", con el fin de sonsacar al imputado una declaración o una confesión. Aun cuando se niegue la existencia de engaño entra en consideración una infracción contra la obligación de instrucción previa del § 136 (análogamente a cuando se rechaza un «interrogatorio»), con la consecuencia de una prohibición de utilización (explicada más detalladamente en el ap. IV.2.a), pues el § 136 también protege ante la autoincriminación condicionada por el error (provocada por el Estado)⁸³. Tampoco puede ser decisivo el nexo de imputación, si se invade el campo íntimo intangible del imputado con la medida procesal (más detalladamente en ap. 1V.3)⁸⁴.

2. 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 § 100 b y contiene una regla que la jurisprudencia hasta el día de hoy sigue", sobre si esos conocimientos son necesarios para la averiguación de los delitos catalogados que permiten la interceptación. Si se toma en serio esta norma, sólo en este caso es admisible

⁸¹En el resultado igualmente Jäger (*supra* nota 14), p. 169 ss. con una delimitación (complicada) en relación con la astucia permitida; también Kühne (*supra* nota 4), nm. 896; Otto, GA 1970, 289 (296 ss.).

⁸²La doctrina tiende a exigir demasiado en cuanto al nexo de imputación, cfr. Volk (*supra* nota 24) § 28 nm. 36; Beulke (*supra* nota 12, nm. 481 («seleccionadas por las autoridades de persecución penal»), 481 g («selectivamente introducidos en una investigación concreta»).

⁸³ **Roxin** (*supra* nota 33), § 24 nm. 30; Beulke (*supra* nota 12), nm. 481 g; concuerda con esas conclusiones también Jäger (*supra* nota 14), p. 184, quién deduce del § 136 un mandato formalizado de un interrogatorio estatal y lo ve violado.

⁸⁴ **Beulke** (*supra* nota 12), nm. 480.

⁸⁵ BGH 26, 298, 303; 31, 296, 301.

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. N2.c)cc)⁸⁶. Sin embargo, la jurisprudencia aligera esta interpretación literal y restringida de la ley. Por una parte, puede ser admisible una utilización de los conocimientos relacionados con hechos no catalogados cuando éstos se encuentran en relación (procesal) directa o estrecha con un hecho taxativamente establecido en el catálogo⁸⁷. Por otro lado, una prohibición de utilización no debería excluir que se continúe la investigación con base en los 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 utilización⁸⁸. Esto es preocupante, pues si se permite la utilización de conocimientos obtenidos ilegalmente para investigaciones posteriores, se provoca el desprecio de los presupuestos (materiales) requeridos precisamente para la vigilancia de las telecomunicaciones⁸⁹.

Con respecto a los informes sobre *los datos vinculados a las telecomunicaciones* (§ 100g), el § 100h V limita la utilización de conocimientos en otros procesos penales que sirven a la *averiguación de delitos* catalogados (§ 100g I 1).

Con referencia a las denominadas *escuchas intensivas (Lauschangriff)* se debe distinguir entre la escucha en domicilios particulares (el así llamado *gran Lauschangriff*, §§ 100c, d)⁹⁰, y en instalaciones que no son privadas (el así llamado *pequeño Lauschangriff*, § 100 f II). 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 catalogados en el § 100 a (§ 100f V). En lo que concierne a las auscultaciones de mayor intensidad (el *gran Lauschangriff*), el Tribunal Constitucional Federal declaró la regulación legal anterior parcialmente

⁸⁶ En general también BGH NSTZ 2003, 499.

⁸⁷ 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.

⁸⁸ BGHSt 27, 355, 358; 32, 68, 70; asimismo BVerfG, NJW 2005, 2766; más restrictivo OLG Karlsruhe NJW 2004, 2687. De la misma opinión *Allgayer*, NSTZ 2006, 604 ff. (608) con más referencias, «quien únicamente pretende prohibir una utilización como base inicial para una investigación, cuando esta establecida una prohibición de utilización no sólo una prohibición en consideración al medio probatorio.

⁸⁹ Crítico también Volk (*supra* nota 24), § 10 nm. 47; Beulke (*supra* nota 12), nm. 476.

⁹⁰ Desde el punto de vista empírico v. 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).

inconstitucional por violación del Art. 13 en relación con el Art. 1 1 de la *L 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 utilización⁹¹. A efectos del cumplimiento de dicha sentencia, el legislador⁹² excluye explícitamente este campo esencial de la vigilancia (§ 100c IV 1). Hay que interrumpir las respectivas medidas de vigilancia inmediatamente (§ 100c V1), anular las respectivas grabaciones (§ 100c V 2), *no debiéndose usar* los respectivos conocimientos (§ 100c V3).

3. 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 111);
- 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 a través de medios mecánicos, tienen restricción para su utilización «en otros procesos penales» (Art. 98b III frase 3);
- No se permite la utilización de objetos vinculados a una interrupción de embarazo, encontrados en un consultorio médico «con ocasión de un registro» (§ 108 1), 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 en referencia a delitos contenidos en el § 110 a I (§ 110e).

Es digno de mención el § 252, según el cual un testigo informado sobre su derecho a negarse a declarar (§§ 52-53a, véase el N 2.b), puede hacer uso de ese derecho dentro de la vista oral, en cualquier caso cuando las declaraciones

⁹¹ BVerfG 109, 279 = NJW 2004, 999; a favor Volk (*supra* nota 24), § 10 nm. 51.

⁹² «Gesetz zur Umsetzung des Urteils des BVerfG», BGBl. 2005 I p. 1841, modificando los §§ 100c-f StPO.

incriminan al acusado⁹³- con la consecuencia de que sus declaraciones anteriores no deben ser «leídas»⁹⁴. 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)⁹⁵. Evidentemente, la opinión dominante no sólo observa como impedimento la lectura de declaraciones anteriores, sino también aquella utilización en un sentido amplio, específicamente a través del interrogatorio de la persona que lo realizó⁹⁶, 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 Policía⁹⁷. 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 lectura⁹⁸, 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 ni legalmente⁹⁹ ni en la práctica¹⁰⁰. Si la jurisprudencia, por lo demás, permite¹⁰¹ que a la persona que ha sido interrogada judicialmente se le pueda

⁹³ Si se entiende prohibiciones de utilización como prohibiciones de cargo (*supra* nota I0 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),

⁹⁴ Con mayor profundidad Volk (*supra* nota 24), § 27 nm. 8 ss.

⁹⁵ Ignorado por Finger JA 2006, 529 (533 s.), quien lo clasifica como prohibición no escrita dependiente. Jäger (*supra* nota), p. 268 habla de una «prohibición secundaria de práctica de pruebas» («Zweiterhebungsverbot»).

⁹⁶ Beulke (*supra* nota I2), nm. 419.

⁹⁷ BGHSt 2, 99, 106 ss.; 2I, 2I8, 219; 49, 72, 77; cfr. Beulke (*supra* nota I2), nm. 465.

⁹⁸ Consecuente Jäger (*supra* nota I4), p. 270.

⁹⁹ Anteriormente existía obligación de instrucción únicamente para el interrogatorio judicial en la etapa de investigación penal, pero hoy dicha prescripción vale igualmente para el interrogatorio policial y el realizado por el Fiscal (§§ 16Ia 12, 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.

¹⁰⁰ Crítico también Beulke (*supra* nota I2), nm. 420, pero para una prohibición absoluta; Jäger (*supra* nota I4), p. 270 s.

¹⁰¹ BGH NJW 2000, 1580; StV 2001, 386.

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 Fiscalía¹⁰²- se introduce así en cualquier caso un acto procesal anterior en el juicio oral¹⁰³. De esta forma se socava la diferenciación entre el interrogatorio judicial y el interrogatorio no judicial, lo que presenta una elusión evidente del § 252¹⁰⁴ 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 testigo¹⁰⁵, 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)¹⁰⁶, y más aún si se trata del principal testigo de cargo.

También existen otras prohibiciones de utilización probatoria en *leyes especiales*, por ejemplo, el §§ 51 Ley del Registro Central Federal (Bu

↓
(*Insolvenzordnung*), y 4 Ley sobre los documentos del Servicio de Seguridad de la antigua RDA (*Stasi-Unterlagen-Gesetz*). Según el Art. 13 V frase 2 de la *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. También N, 2, c) *cid*).

¹⁰² Por ejemplo de la siguiente forma: el inculcado hace su declaración ante la Policía o la Fiscalía referente al contenido del interrogatorio del día del juicio oral. Cfr. también Finger JA 2006, 529 (534 nota al pío 4I).

¹⁰³ KK-Diemer (*supra* nota I), § 252 nm. 25.
Acertadamente Finger, JA 2006, 529 (534).

¹⁰⁵ Cfr. también BGHSt 45, 342.

¹⁰⁶ Cfr. Rössner, *30 Probleme aus dem Strafprozessrecht*, 2003, p. 84; antes ya Otto, GA 1970, 289 (295) quién por ello exige la admisibilidad de la lectura del interrogatorio anterior en causas de tutela de menores (296).

IV. PROHIBICIONES NO ESCRITAS DE UTILIZACIÓN DE PRUEBAS

1. Intentos de explicación

Las prohibiciones no escritas de utilización probatoria requieren de una fundamentación material, ya que o se basan 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 regulación de los principios¹⁰⁷. No obstante, esta regulación no ha sido encontrada hasta ahora, más bien, existe un consenso general —al lado de la ya mencionada diferenciación entre producción de prueba y utilización de prueba— solamente en la constatación de que no se ha logrado hasta hoy reconducir las prohibiciones probatorias a una sola idea fundamental. Por lo demás, distintas teorías disputan la solución correcta de los supuestos que subyacen en los conflictos de ponderación, sin que, evidentemente, se haya podido alcanzar una respuesta satisfactoria a los diferentes niveles del problema.

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 sustancialmente el ámbito de derechos del recurrente, o si la violación sólo es de segundo orden y en consecuencia carece de importancia para él»¹¹⁰. 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

¹⁰⁷ Beling (*supra* nota 1), prólogo: «[Si]l 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».

¹⁰⁸ Cfr. *supra* ap. II. y notas 32 y ss.

¹⁰⁹ Análisis profundo de la literatura en Jäger (*supra* nota 14), p. 69 ss., concluyendo que hasta ahora no se logró «una fundamentación convincente de las prohibiciones de utilización»; concuerda con esas conclusiones también Volk (*supra* nota 24), § 28 nm. 8, 13; Beulke (*supra* nota 12), nm. 457; Hellmann (*supra* nota 17), nm. 782; Arloth, GA 2006, 258, 261.

¹¹⁰ BGHSt I1, 213, 215; crít. mientras tanto BGHSt I9, 325, 332; 38, 214, 219 f.; 42, 73, 77; crítico también Hauf, NStZ 1993, 457; Dencker, StV 1995, S. 232; Volk (*supra* nota 24), § 28 nm. 9; Beulke (*supra* nota 12), nm. 459.

a un proceso debido legal y justo en su totalidad¹¹¹. La «afectación del ámbito de derechos» (*Rechtskreisberührung*) tampoco expresa automáticamente algo en relación con una eventual consecuencia de una prohibición de utilización probatoria¹¹¹.

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 utilización¹¹³. Esto supone, en primer lugar, que incondicionalmente existe una norma (una prohibición de la producción probatoria), de la cual se puede inferir un fin de protección¹¹³. La existencia de tal norma, además de la trasgresión, plantea la pregunta de si su propósito justamente estriba en excluir del acervo 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 derecho¹¹⁵. 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 probatoria¹¹⁶. 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)¹¹⁷, o si también la norma tiene como objeto la protección del imputado ante eventuales afirmaciones falsas del testigo y con ello se fundamenta una prohibición de utilización¹¹⁸.

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

¹¹¹ Fezer, JuS 1978, 325 (327); Geppert, Jura 1988, 305 (313); Roxin (*supra* nota 33), § 24 nm. 20; Volk (*supra* nota 24), § 28 nm. 9.

¹¹² Para el reproche de circularidad de la teoría del ámbito de derechos *vide* Jäger (*supra* nota 14), p. 140.

¹¹³ Cfr. Beulke, ZStW (103) 1991, 657 ss.; de acuerdo también Arloth, GA 2006, 259 (260).

¹¹⁴ Cfr. Volk (*supra* nota 24), § 28 nm. 10; también Kindhäuser (*supra* nota 33), § 23 nm. 15.

¹¹⁵ Cfr. Fezer (*supra* nota 76), S. 219 con más referencias; también Kindhäuser (*supra* nota 33), § 23 nm. 14. En favor de una teoría autónoma de la intensificación del daño («*Schadensvertiefungslehre*») Grünwald JZ 1966, 490.

¹¹⁶ Cfr. Fezer (*supra* nota 76), p. 219 con más referencias.

¹¹⁷ Así la opinión dominante (con base en la teoría del círculo de derechos), cfr. Volk (*supra* nota 24), § 21 nm. 15. f., § 28 nm. 19; Beulke (*supra* nota 12), nm. 464 ambos con más referencias.

¹¹⁸ Así Roxin (*supra* nota 33), § 24 nm. 36.

de la verdad por un 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 ponderas; tomando en cuenta —al referirse ala doctrina del propósito de protección— la gravedad del hecho imputado y el peso de la infracción procesal¹¹⁹:

«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 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».

Jäger¹²⁰ ha constatado, en una investigación fundamental sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal, que éste «vacila entre la teoría del fin de protección y la doctrina de la ponderación sin sistema reconocible», con lo cual el Tribunal tiende a la teoría del fin de protección en los casos de errores procesales en los interrogatorios o en las medidas coercitivas relacionadas con la protección judicial del interrogado, mientras que en las demás injerencias recurre a la teoría de la ponderación. 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 Erhebungsnorma*). Un quebrantamiento del principio de abstracción¹²¹, 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»¹²². 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*)¹²⁴. Es necesaria una «identidad del error en el sentido de una doble deficiencia con miras al objeto probatorio» (*Fehleridentität im Sinne eines gegenständlichen Doppelmangels*), es decir, el alcance de la prohibición de utilización secundaria debe consecuentemente corresponder a la prohibición de producción primaria. No es decisivo el ámbito de protección personal de la norma de producción, sino su ámbito de protección referido objetivamente¹²⁶. La ponderación entre la justicia material y procesal debe producirse a través de una concordancia práctica, concretamente a través de un sobreesimiento por sentencia procesal, para evitar una sentencia condenatoria de contenido materialmente erróneo como consecuencia de simples errores (formales) de procedimiento¹²⁵.

La doctrina de la pretensión de dominio informativo personal (*Informationsbeherrschungsanspruch*)¹²⁸ 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»¹²⁹. Si se tratara en caso de la pretensión de restitución de una supresión de los resultados informativos injustificados, a través de 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 acarrear 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)¹³⁰. A pesar de la crítica exteriorizada respecto a

¹¹⁹ Cfr. más recientemente BGHSt 38, 214, 219 s.; resumiendo también Volk (*supra* nota 24), § 28 nm. 11; crítico Fezér (*supra* nota 76, p. 219 s.

¹²⁰ Jäger (*supra* nota 14), p. 4 ss. (67).

¹²¹ *Ibid.*, p. 139 ss. y *passim*.

¹²² Cfr. ya *supra* nota 34 y texto.

¹²³ *Ibid.*, p. 139. Cuando el sentido de la *norma de producción* probatoria estriba en privar la práctica probatoria de un determinado objeto de prueba.

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ *Ibid.*, p. 139, 167.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 140: no «a quien la norma de producción probatoria discierne un derecho», sino «cual ámbito de protección material» ella «define».

¹²⁷ Cfr. más detallado Jäger (*supra* nota 14), p. 255 ss., 281.

¹²⁸ Fundamental Arnelung, *Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess*, 1990; modificando el mismo, FS Roxin, 2001, p. 1259 ss.

¹²⁹ Amelung, FS Roxin, 1258 (1265).

¹³⁰ Resumiendo Amelung, FS Roxin 2001, 1258 (1260 ss).

esta teoría", ésta puede a menudo ser invocada complementariamente en aquellos casos en los cuales se está en presencia de una violación procesal a la autodeterminación informativa del acusado¹³², por lo que debería ser atribuida a éste 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 en referencia a anotaciones de diarios personales, no lleva a ningún resultado adecuado, puesto que no tiene en cuenta la voluntad posiblemente opuesta del acusado¹³³. Finalmente, es fruto de esta doctrina haber puesto en el centro de la atención la importancia de las informaciones como objeto de prueba¹³⁴.

En *conclusión*, resulta que al final todas las decisiones se basan en una ponderación entre los intereses de la persecución penal y los intereses del imputado¹³⁵, con lo cual la doctrina de la ponderación debería ser concretada a efecto de evitar una impresión de arbitrariedad con el apoyo de otras doctrinas, sobre, todo la doctrina del fin de protección. Dichas teorías, por lo general, no conducen a otros resultados¹³⁷. La decisión «correcta», de todos modos, tiene que darse caso por caso, por lo que una cierta casuística a penas parece evitable¹³⁸. 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 utilización¹³⁴. 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

¹³¹ Fundamental Jäger (*supra* nota 14), págs 100 ss., 140 s., así como las referencias de Amelung, FS Roxin 2001, 1258 (1259 con *supra* nota 3).

¹³² Sin embargo, la teoría de Amelung ya fue descubierta antes de identificar un derecho a la autodeterminación informativa y, por lo tanto, se desarrolló independientemente de ello (cfr. Amelung, FS Roxin, 1258 (1265 con *supra* nota 25).

¹³³ Cfr. Volk (*supra* nota 24), § 28 nm. 12.

¹³⁴ En este sentido también Jäger (*supra* nota 14), p. 104.

¹³⁵ Cfr. también Roxin (*supra* nota 33), § 24 nm. 23; de modo similar Hellmann (*supra* nota 17), nm. 784; Arloth, GA 2006, 258 (260).

¹³⁶ Crítico en general Arloth, GA 2006, 258 (260); Kindhäuser (*supra* nota 33), § 23 nm. 17.

¹³⁷ Sintomática la aplicación concreta de la teoría de Jäger (*supra* nota 14), p. 143 ss.; ver también referencias individuales *supra* y en las notas siguientes.

¹³⁸ Así también, en lo sustancial, las opiniones resumidas por Jäger (*supra* nota 14), p. 106 ss. como teorías de ponderación y combinación («*Abwägungs- und* Antwörter »).

¹³⁹ Cfr. Fezer (*supra* nota 76), p. 217.

de la utilización probatoria¹⁴⁰, 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 tácticamente 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 estándares de los derechos humanos" 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*) y asimismo el indispensable control disciplinario de las instancias de persecución penal imponen en este caso la no-utilización¹⁴². La objeción según la cual el medio de prueba también hubiese podido ser obtenido legalmente (el así llamado curso causal hipotético de investigación") no varía en nada la no-utilización probatoria, puesto que la infracción procesal resulta irreversible, añadiendo a ello que el curso causal hipotético de investigación difícilmente puede predecirse de manera fiable. 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»¹⁴⁴.

¹⁴⁰ Cfr. Fezer (*supra* nota 76), p. 220; en este sentido también Beulke (*supra* nota 12), nm. 458; Arloth, GA 2006, 258 (260); con la misma tendencia Rösner (*supra* nota 105), p. 81 s.

¹⁴¹ Véase *supra* notas 60 y s.

¹⁴² Igualmente Hellmann (nm. 17), nm. 78; Kindhäuser (*supra* nota 33), § 23 nm. 10; también Finger, JA 2006, 529 (535).

¹⁴³ Sobre la fundamentación Grünwald, JZ 1966, 489 (495); sobre el estado de la discusión resumiendo Jäger (*supra* nota 14), p. 117 ss. Crítica fundamental de Dencker (*supra* nota 15), p. 80 ss.; Jäger (*supra* nota 14), p. 230 s., 234; Jahn/Dallmeyer, NStZ 2005, 297 ss.; crítico también Roxin (*supra* nota 33), § 24 nm. 21; Volk (*supra* nota 24), § 28 nm. 14; a favor Kühne (*supra* nota 4), nm. 909.2; Arloth, GA 2006, 259 (260 s).

¹⁴⁴ Kühne (*supra* nota 4), nm. 908 (p. 462).

2. Ejemplos de prohibiciones de utilización de pruebas dependientes

A) Falta de instrucción del imputado

El principio según el cual el inculpaado no debe ser obligado a cooperar en la comprobación de su culpabilidad —«*nemo tenetur se ipsum accusare*»— se encuentra cimentado constitucionalmente (Art. 1 I, 20 111 *Grundgesetz*)¹⁴⁵, así como en la normativa del derecho internacional de los derechos humanos (Art. 6 CEDH)¹⁴⁶. El inculpaado ha de ser informado sobre su derecho a no declarar (§ 136 I 2), incluso cuando se infiera que el inculpaado conoce su derecho a permanecer en silencio o ha comparecido ante el tribunal con un defensor¹⁴⁷. Evidentemente, la obligación de advertencia al inculpaado supone un interrogatorio en el sentido que establece el § 136¹⁴⁸, de tal manera que las expresiones espontáneas y declaraciones en el marco de preguntas informativas o cuestionarios informales no están comprendidos bajo esta noción¹⁴⁹. La omisión de la instrucción conduce a una *prohibición de utilización*¹⁵⁰. 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 inculpaado —informado sobre su derecho de consultar a un defensor— que su falta de recursos no excluye la consulta de un abogado¹⁵¹. Finalmente, surge también una prohibición de utilización en caso de falta de instrucción en el juicio oral (§ 243 IV 1)¹⁵².

Sin embargo, las declaraciones pueden ser utilizadas de manera excepcional, si el inculpaado ha reconocido (con seguridad) su derecho a no prestar declaración, si el defensor consiente la utilización, si no se opone a ella hasta el interrogatorio del acusado en el juicio oral (§ 257) (solución de oposición previa)¹⁵³, o si se subsana el error repitiendo la instrucción e iniciándola desde el principio¹⁵⁴. La excepción a la no utilización por el consentimiento del

¹⁴⁵ Beulke (*supra* nota 12), nm. 467.

¹⁴⁶ TEDH StV 2006, 617, 620 ss.

¹⁴⁷ BGHSt 38, 214, 220.

¹⁴⁸ Sobre este concepto ver *supra* nota 51.

¹⁴⁹ Cfr. Volk (*supra* nota 24), § 9 nm. II; Finger, JA 2006, 529 (534) con más referencias.

¹⁵⁰ BGHSt 38, 214; Fezer (*supra* nota 76), p. 221; Roxin (*supra* nota 33), § 24 nm. 24, 29; Kühne (*supra* nota 4), nm. 909.1; Meyer Mews, JuS 2004, 39 (40).

¹⁵¹ BGH StV 2006, 566 y 567. Ver también Finger, JA 2006, 529 (535) con más referencias.

¹⁵² Cfr. Finger, JA 2006, 529 (534 s.).

¹⁵³ En general con más referencias. Finger, JA 2006, 529 (538).

¹⁵⁴ Cfr. Volk (*supra* nota 24) § 9 nm. 11.

defensor y la solución de no alegación previa hasta el primer interrogatorio del acusado resultan cuestionables, pues si bien el derecho a abstenerse de prestar declaración y la advertencia acerca de éste son expresiones del derecho a la autodeterminación informativa, sólo quien es advertido del derecho, es decir, el acusado o inculpaado, 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 procesal¹⁵⁵. El desprecio o la elusión por el derecho al silencio del inculpaado (advertido), por ejemplo cuando se le interroga nuevamente a éste 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 inculpaado no ha sido engañado en el sentido del § 136a y ha hablado espontáneamente con los agentes de investigación penal¹⁵⁶.

La prohibición de utilización *no* tiene validez en beneficio de *terceros*. Cuando, por ejemplo, se archiva un proceso contra un inculpaado (B) que fue interrogado sin instrucción previa y se requiere dar lectura a su interrogatorio dentro de otro proceso de conformidad con el § 251 1 No. 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 oral¹.

La prohibición de valoración explícitamente prevista en el § 136 a III (véase arriba 111.1) se deduce de la extensión del principio *nervio tenetur*. Ello porque si ya resulta una prohibición de utilización en caso de falta de instrucción acerca del derecho de guardar silencio, con mayor razón debe tener validez

¹⁵⁵ Crítico también Roxin (*supra* nota 33), § 24 nm. 25; Volk (*supra* nota 24), § 28 nm. 22. Si se considera el abogado defensor como órgano de la justicia tiene obligación de evitar y eventualmente subsanar errores procesales si se lo considera como mero representante de los intereses de su diente no tiene esta obligación (cfr. sobre esta diferenciación Beulke *supra* nota 12, nm. 150 ss. con más referencias).

¹⁵⁶ 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 contra la conducta comprobada de los funcionarios de investigación penal. (LG Göttingen, Auto de 19 de abril de 2009, 6 Ks 7103).

¹⁵⁷ Cfr. Volk (*supra* nota 24), § 28 nm. 23; Beulke (*supra* nota 12), nm. 468; crítico Roxin (*supra* nota 33), § 24 nm. 26.

cuando al inculpaado se le obliga a declarar con los métodos prohibidos del § 136a I.

La frustración del *derecho a estar presente* en el interrogatorio judicial durante la fase de investigación (§§ 168e II, 168 d 1) lleva en opinión de la jurisprudencia sólo a una atenuación del valor probatorio¹⁵⁸, admitiéndose la introducción del protocolo judicial (defectuoso) del interrogatorio en el juicio oral de acuerdo con el § 251 II'Sy. Por otra parte, sin embargo, la infracción contra la obligación de notificación del § 168c V debería acarrear una prohibición de utilización¹⁶⁰ Esto resulta contradictorio, ya que el imputado pierde en ambos casos su derecho a ser escuchado (Art. 103 I *Grundgesetz*, Art. 6 Convención Europea de Derechos Humanos) y no puede incidir en el resultado de la prueba. Esto favorece también en ambos casos una prohibición de utilización¹⁶¹.

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* (§ 52 111) *no pueden ser utilizadas*, es decir que a éstas ni se les debe dar lectura, ni deben ser reconstruidas a través 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 familiares¹⁶². 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 interrogado¹⁶³; eventualmente el testigo tiene que ser instruido adicionalmente sobre su relación de parentesco (todavía) con el acusado¹⁶⁴. No obstante, es

¹⁵⁸ BGHSt 46, 93.

¹⁵⁹ BGH StV 1997, 512: si se informa al acusado sobre la valoración diferente del protocolo; en contra AK-Achenbach, § 168c nm. 18; crítico también Volk (*supra* nota 24), § 28 nm. 26.

¹⁶⁰ Meyer-Goßner (*supra* nota 49), § 168c nm. 6.

¹⁶¹ Igualmente en el resultado Fezer (*supra* nota 76), S. 221; Roxin (*supra* nota 33), § 24 nm. 31; Kühné (*supra* nota 4), nm. 909.I; Meyer-Mews, JuS 2004, 39 (41); Finger, JA 2006, 529 (535); también Jäger (*supra* nota 14) p. 194 ss.

¹⁵² Roxin (*supra* nota 33), § 24 nm. 32; Volk (*supra* nota 24), § 28 nm. 15. Puedé, sin embargo, ser suficiente para la instrucción según el § 52 H I que se informe el testigo de su (posible) derecho de negar la declaración (BGH NStZ 2006, 647 s.).

¹⁶³ BGHSt 14, 159, 160.

¹⁶⁴ BGH NStZ 2006, 647 s.

posible una utilización por dos motivos: por una parte, después del fallecimiento del testigo¹⁶⁵; 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 derecho¹⁶⁶.

En los casos de *personas de confianza*, en los cuales por regla general se puede asumir el conocimiento del derecho a abstenerse del testimonio (§ 53); entra en consideración una infracción procesal solamente cuando el tribunal (que tiene la obligación de asistencia) no hace las advertencias de rigor a una persona de confianza, la cual cree que está obligada a declarar o si erróneamente se le informa que está dispensada del deber de guardar silencio y que por esa razón debe declarar obligatoriamente (§ 53 II). Solamente en estos casos son incuestionables las prohibiciones de utilización.¹⁶⁷ Si la persona de confianza declara pese al conocimiento de su derecho a abstenerse de prestar declaración, no se produce según la opinión dominante una prohibición de utilización, puesto que únicamente cuenta con el *derecho* a abstenerse de prestar declaración, pero no con la obligación de abstenerse a declarar.¹⁶⁸ Sin embargo, esta argumentación despierta dudas con respecto a la relación entre la persona de confianza y el imputado (cliente, paciente, etc.) que puede ser lesionada través de una declaración de tal índole, tomando en cuenta además que esta relación está protegida penalmente (§ 203 Código Penal: vulneración de secretos personales). Si se loma en consideración el fin de protección del § 53, esta relación de confianza también incluye la protección procesal -paralelamente a la situación de protección materia- de tal manera que se puede argumentar que la antijuridicidad material de la declaración provoca su no-utilización procesal¹⁶⁹. Contrariamente, se acude al fin de protección en caso de la *declaración testimonial sin autorización* conforme al § 54, con el objeto de rechazar una prohibición de utilización, ya que el propósito de la disposición -la salvaguardia del deber de reserva de funcionarios públicos- se encuentra irrevocablemente frustrado con la declaración'

¹⁶⁵ BGHSt 22, 35; de otra opinión Roxin (*supra* nota 33), § 24 nm. 32; Volk (*supra* nota 24), § 28 nm. 15; Beulke (*supra* nota 12), nm. 46 L; en el resultado igualmente Jäger (*supra* nota 14), p. 146.

¹⁶⁶ Cfr. BGHSt 38, 214, 225; 40, 336, 339; BGH NStZ 1990, 549 s.; NStZ-RR 2004, 212.

¹⁶⁷ Volk (*supra* nota 24), § 28 nm. 16.

¹⁶⁸ BGHSt 9, 59, 62; 15, 200, 202; 18, 146, 147; a favor Volk (*supra* nota 24), § 28 nm. 17; Hellmann (*supra* nota 17), § 3 nm. 29; Kindhäuser (*supra* nota 33), § 23 nm. 20; Finger, JA 2006, 529 (533).

¹⁶⁹ Así Beulke (*supra* nota 12), nm. 462 con más referencias.

¹⁷⁰ Cfr. Volk (*supra* nota 24), § 28 nm. 18; Kindhäuser (*supra* nota 33), §2311111. 21; Finger, JA 2006, 529 (533); de otra opinión Fezer (*supra* nota 76), p. 223.

Last but not least, ya se indicó anteriormente¹⁷¹ 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 infracción¹⁷². Sin embargo, si se considera igualmente protegido con el § 55 el interés del acusado de «declarar testimonialmente, libre de conflictos y de modo verídico»¹⁷³, 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 inculcado y se opone a la utilización en un juicio oral posterior¹⁷⁴.

C) Ejecución ilícita de medidas coercitivas

a) Infracción contra la prohibición de comiso (§ 971)

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 prueba¹⁷⁵ 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 utilización¹⁷⁶.

b) 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 al que se sigue contra el inculcado, el tema de exámenes corporales se considera una prohibición de utilización no escrita y dependiente en aquellos casos en los que el examen corporal (especialmente la prueba de sangre) no es realizada

¹⁷¹ Ap. III. 2 a), y *supra* nota II6.

¹⁷² BGHSt GrS II, S. 213, 215; Meyer-Göbner (*supra* nota 49), § 55 nm. 17.

¹⁷³ Roxin (*supra* nota 33), § 24 nm. 36.

¹⁷⁴ BGH NZV 2001, 527; OLG Célle NSTZ 2002, 386; Meyer-Göbner (*supra* nota 49), § 55 nm. 17; SK-Rogall, Vor § 133 nm. 188; Finger, JA 2006, 529 (533).

¹⁷⁵ KK-Nack (*supra* nota 1), § 97 nm. 9; Fezer (*supra* nota 76), p. 221; Roxin (*supra* nota 33), § 24 nm. 34; Volk (*supra* nota 24), § 28 nm. 20; Beulke (*supra* nota 12), nm. 463; Kühne (*supra* nota 4), nm. 909.1.

¹⁷⁶ BGHSt 25, 168, 170 s.; Pfeiffer, *Strafprozessordnung*, 5. ed 2005, § 97 nm. 1; concuerda con esas conclusiones también Jäger (*supra* nota 14), p. 203.

por un médico' forense, o cuando ha sido ordenada por una persona no competente (en este sentido se trata de una prohibición relativa de producción probatoria). La opinión dominante, sin embargo, la rechaza, ya que por un lado el § 81a sólo pretende proteger ante daños a la salud y la punibilidad de la conducta (§§ 223, 239 StGB) 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 predicado por razón de la persona que la practica¹⁷⁷. Existe empero una prohibición de utilización, cuando la infracción contra tal disposición se ha realizado de manera consciente o intencional, o cuando fueron empleados medios ilegales en su práctica, ya que de ello puede resultar -dependiendo de la gravedad de la injerencia- una violación del principio del proceso justo (*fair trial*)¹⁷⁸.

c) Vigilancia ilícita de telecomunicaciones (§§ 100 a, b, g, h)

Exceptuando la prohibición explícita de la utilización ilícita de pruebas (*u supra* ap.III.2), se ha de considerar la no utilización de los conocimientos obtenidos a través de la vigilancia de las telecomunicaciones, cuando se desatiendan 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 del § 100a, 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 establecido en el § 148¹⁷⁹. A pesar de la existencia de un margen de apreciación, la jurisprudencia sólo quiere reconocer una prohibición de utilización en caso de arbitrariedad objetiva o de una grave apreciación errónea¹⁸⁰. Además debería

¹⁷⁷ BGHSt 24, 125, 128; OLG Karlsruhe StV 2005, 376; a favor Fezer (*supra* nota 76), p. 222; Roxin (*supra* nota 33), § 24 nm. 37; Volk (*supra* nota 24), § 28 nm. 27; Beulke (*supra* nota 12), nm. 477 (sin embargo, con una fundamentación dudosa se dice que no se pueden esperar perjuicios a la salud); concuerda con esas conclusiones también Kühne (*supra* nota 4), nm. 909.2; Jäger (*supra* nota 14), p. 196 ss.

¹⁷⁸ BGHSt 24, 125, 131; a favor Roxin (*supra* nota 33), § 24 nm. 37; Volk (*supra* nota 24), § 28 nm. 27; Beulke (*supra* nota 12), nm. 477; cfr. también Finger JA 2006, 529 (536) refiriéndose (en notas 75 s.) a los casos especialmente problemáticos de toma de fluidos corporales, aplicación de vomitivos y de catéteres; sobre una prohibición de utilización en caso de vomitivos por una infracción del art. 3 CEDH y del principio del *fair trial* (art. 6 CEDH) v TEDH, StV 2006, 617 ss.; también Jäger (*supra* nota 14), p. 212 ss.

¹⁷⁹ Beulke (*supra* nota 12), nm. 475; Volk (*supra* nota 24), § 10 nm. 46.

¹⁸⁰ BGHSt 41, 30, 34; 47, 362, 366; a favor Roxin (*supra* nota 33), § 24 nm. 39; también Bernsmann, NSTZ 1995, 512; Köpper, JR 1996, 214; Schlothauer, StV 2003, p. 208; más estricto en favor de una prohibición de utilización Jäger (*supra* nota 14), p. 205 y s., identi-

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 catálogo¹⁹¹. 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)¹⁸², pues aquí existe una falta grave en el sentido del § 44 de la Ley de Procedimiento Administrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz*)¹⁸³. En este caso, la (eventual) prohibición de utilización de pruebas debe alegarse en el juicio oral (solución de oposición previa)¹⁸⁴.

d) Registro ilícito de domicilio (102 ss.)

Ante la significativa importancia del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria (Art. 13 Ley Fundamental, véase *supra* ap. I11.3) y las 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 domiciliario¹⁸⁵. A este respecto se plantea la cuestión de si el uso desahogado de la competencia en casos de urgencia acarrea una prohibición de utilización de los medios probatorios hallados en el marco del registro. Si faltara en este caso desde el principio una autorización de registro válida, existiría entonces una derogación posterior si la autorización original no hubiera sido ejecutoriada dentro de los seis meses siguientes a su expedición¹⁸⁶. A favor de una prohibición de utilización en estos casos habla la importancia del derecho fundamental al amparo domiciliario¹⁸⁷, en contra *de* la aplicación correspondiente de los principios de la vigilancia de telecomunicación (citados

ficando «limitaciones relacionadas con el objeto de prueba» (*beweisgegenstandsbezogene Beschränkungen*) en la prohibición de práctica probatoria.

¹⁸¹ BGHSt 48, 240. Crítico Beulke (*supra* nota 12), nm. 475 con más referencias in *supra* nota 58 s.

¹⁸² Béulke (*supra* nota 12), nm. 475 con más referencias.

¹⁸³ Sobre esta situación paralela con el derecho administrativo v. Jäger (*supra* nota 14), p. 218.

¹⁸⁴ BGH NJW 2006, 1361; ya crítico *supra* nota 154 s. y el texto.

¹⁸⁵ BVerfG NStZ 2001, 382. Las autoridades de investigación penal tampoco deben esperar en el entretanto la solicitud de orden judicial hasta que se configure el riesgo en la demora (BVerfG StV 2003, 206).

¹⁸⁶ Según BVerfG NJW 1997, 2165, el mandato pierde su validez a partir de este momento.

¹⁸⁷ En favor el Juzgado Penal (AG) Braunschweig StV 2001, 394 f.; Finger JA 2006, 529 (536).

anteriormente), según los cuales sólo una infracción material justifica una prohibición de utilización¹⁸⁸.

e) Investigaciones secretas

La situación en este ámbito es poco clara, puesto que la *SIPO* 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 (§ 110e, véase *supra* ap. 11I.3); 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) sólo es aplicable el § 163 I frase 2 corno fundamento legal no específico¹⁸⁹. Por el carácter secreto de las investigaciones se asemejan éstas 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 fiscal¹⁹⁰. Sin embargo, deben utilizarse los medios probatorios que fueron conseguidos dentro de los primeros tres días de la medida, ya que el consentimiento fiscal (posterior) puede obtenerse «dentro de tres días» (§ 110 b I); incluso si el consentimiento judicial posterior, necesario según § 11013 11, no puede obtenerse en este término de tiempo, se permite igualmente la utilización de los medios probatorios obtenidos en los primeros tres días¹⁹¹. 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 § 11013 II no. 2192.

¹⁸⁸ En este sentido BGISt 41, 30, 34, alegando que una prohibición de utilización solamente existió en caso de arbitrariedad objetiva o una decisión manifiestamente falsa; del mismo modo BGH StV 2003, 3 s.; de la mismatendencia Jäger (*supra* nota 14), p. 203 s.

¹⁸⁹ Meyer Goßner (*supra* nota 49), § 110a nm. 4, § 163 nm. 34a.

¹⁹⁰ BGHSt 42, 103; Beulke (*supra* nota 12), nm. 48 1a; Volk (*supra* nota 24), § 21 nm. 30; Kühne (*supra* nota 4), nm. 909.I.

¹⁹¹ BGHSt 41, 64, 66; a favor Beulke/Rogat, JR 1996, 520; Rogall, JZ 1996, 260; en contra SK-Rudolphi/Wolter, § 100d nm. 13.

¹⁹² Dejando abierto BGH NStZ 1997, 449; en favor de una prohibición Roxin, StV 1998, 43 (45); Jäger (*supra* nota 14), p. 206 s.

Si agentes encubiertos y otros investigadores (particulares) secretos realizan efectivamente interrogatorios¹⁹³, surge la cuestión problemática, considerando la instrucción previa, de que la práctica de la advertencia evidentemente significaría el final de la investigación secreta. Una violación de eventuales obligaciones de instrucción (§ 136, §§ 52, 252) no 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» con la investigación de un sospechoso¹⁹⁴. 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 testimonialmente¹⁹⁵. En todo caso, los investigadores secretos de ninguna forma deben traspasar las prohibiciones del § 136a¹⁹⁶. En este caso es viable preguntarse si no es justamente ya un engaño que se utilice al agente encubierto para la obtención de la información en su contra.

3. 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 segundo 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*¹⁹⁷. 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)¹⁹⁸.

De conformidad con la *teoría de las esferas* del Tribunal Constitucional Federal¹⁹⁹, se ha de distinguir entre el ámbito social (primera esfera), la esfera meramente privada (segunda esfera) y la esfera íntima (tercera esfera). Mientras

¹⁹³ Sobre el concepto de interrogatorio ver *supra* nota 51.

¹⁹⁴ Beulke (*supra* nota 12), nm. 48Id, f; Volk (*supra* nota 24), § 28 nm. 33.

¹⁹⁵ BGHSt 40, 2II, 216; a favor Finger JA 2006, 529 (536).

¹⁹⁶ Cfr. *supra* ap. III 1 a), así como Beulke (*supra* nota 12), nm. 48Ie; Volk (*supra* nota 24), § 28 nm. 34; similar Jäger (*supra* nota 14), p. 178 ss. quién, en principio, defiende la existencia de un engaño en el sentido del § 136a.

¹⁹⁷ Fezer (*supra* nota 76), p. 215.

¹⁹⁸ Fezer (*supra* nota 76), p. 216.

¹⁹⁹ BVerfGE 34, 238, 245 ss.; 109, 279.

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 una 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 utilización²⁰⁰. Por lo demás, la construcción de la teoría no ha sido una pretensión original del Tribunal Supremo, sino que éste ha decidido casos de injerencias en la esfera íntima con su doctrina de ponderación y con miras al caso concreto²⁰¹. 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 relevantes²⁰².

La expresa discrecionalidad —por no decir arbitrariedad— en las decisiones 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 testimonio²⁰³, pero fue admitido a efecto de la condena de un homicida de mujeres reincidente que había confiado a su diario sus intenciones de matar²⁰⁴. 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 constatación de una anomalía psíquica grave, como por ejemplo el deseo de cometer un homicidio, 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 privada²⁰⁵. También es contradictorio que el Tribunal Supremo atribuya a la esfera de la intimidad (por primera vez) el *monólogo* dirigido de un

²⁰⁰ Crítico también Volk (*supra* nota 24), § 28 nm. 39.

²⁰¹ Cfr. Fezer (*supra* tinta 76), S. 216 s. con más referencias.

²⁰² Cfr. Jäger (*supra* nota 14), p. 216 s.

²⁰³ BGHSt 19, p. 325.

²⁰⁴ BGHSt 34, p. 397.

²⁰⁵ Igualmente Volk (*supra* nota 24), § 28 nm. 39; Finger, JA 2006, 529 (537).

inculcado en una habitación de hospital y declare inutilizables la grabación secreta de éste en virtud de la violación del Art. 13 I iVm Art. 1 I, 2 I de la Constitución²⁰⁶, 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 Art. 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)²⁰⁷.

La vulneración del principio del *fair trial* con fundamento en los derechos humanos (Art 6 CEDH) puede efectivamente acarrear una prohibición de utilización (dependiente²⁰⁸), pero ello depende en particular de las consideraciones doctrinales de conjunto provenientes de las normas del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que valora como un todo si el proceso contemplado en su conjunto debe ser considerado como injusto (*unfair*), o si la violación procesal en el transcurso de la acción procesal no ha sido al menos compensada²⁰⁹. En concreto, por ejemplo, en la utilización de testigos anónimos el Tribunal Europeo de Derechos Humanos exige una ponderación entre los intereses de la defensa y el testigo o la víctima, por lo que la necesidad inflexible de mantener la reserva del testigo depende definitivamente de si la correspondiente desventaja para la defensa (Art 6.3, d) CEDH) ha sido suficientemente compensada²¹⁰. Al final, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos busca la solución en el plano de la valoración probatoria²¹¹.

V. •EFECTO REFLEJO O EXTENSIVO?

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

²⁰⁶ BGH NJW 2005, 3295.

²⁰⁷ De otra opinión Finger JA 2006, 529 (537).

²⁰⁸ Ver *supra* notas 79, 141, 177 y texto principal.

²⁰⁹ Cf. Ambos *supra* nota 57, § 10 nm. 34 s. •

²¹⁰ TEDH NSTZ 2007, 103 (104 s.)

²¹¹ Esser, NSTZ 2007, 106.

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* del medio de prueba inadmitido²¹². A modo de ejemplo: ¿debe ser igualmente inutilizable el arma de la comisión de un hecho delictivo (medio de prueba indirecto) encontrada con base en una confesión (inedia de prueba directo inutilizable) forzada por la tortura (§ 136a)? ¿No debe ser obligatoriamente prohibida la utilización del documento (medio de prueba indirecto) encontrado con base 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 la respuesta parece clara, 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 utilización²¹³. Pero esta óptica conceptual es demasiado formal. Desde el punto de vista 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 caso²¹⁴. 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)²¹⁵. 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 jurisprudencia²¹⁶, argumentos contundentes en consideración al proceso penal en su conjunto demandan el rechazo, por principio, de la teoría del efecto extensivo²¹⁷. De conformidad

²¹² Sobre esta diferenciación ver Jäger (*supra* nota 14), p. II2.

²¹³ Así ya Henkel (*supra* nota 2), p. 271.

²¹⁴ KK-Senge (*supra* nota 1), antes de § 48 nm. 45 ss.; KK-Boujong (*supra* nota 1), § 136a nm. 42; LR-Hanack (*supra* nota 8), § 136a nm. 66; Maiwald, JuS 1978, 379 (384); Rogall, JZ 1997, 944, 948; Hellmann (*supra* nota 17), nm. 484..

²¹⁵ Jäger (*supra* nota 14), p. 226 ss.

²¹⁶ BGHSt 27, 355, 358; 32, 68, 71; 34, 362, 364; NJW 2006, 1361; BVerfG NSTZ 2006, 46; igualmente Peters (*supra* nota 19), 337 s.; Ranft, FS Spindel , 719 (735); Lesch, *Strafprozessrecht*, 2. ed 2001, § 3 nm. 170.

²¹⁷ Excepción BGHSt 29, 244, 247: reconocimiento de un efecto extensivo en cuanto a una violación del § 7 HI (ahora § 6 II 3 en relación con el § 7 VI) del Ley sobre el Art. 10 Cons-

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 extensivo²¹⁸, y como consecuencia de esto, de cuando en cuando los medios de prueba que hubiesen podido ser obtenidos (incluso legalmente) se sustraen a la prohibición de utilización (teoría del curso causal hipotético)²¹⁹; sí y hasta que punto aquéllo pueda ser comprobado, sin embargo, casi no se discute²²⁰. Las posiciones fundamentales tienen todavía mucho que 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 a través de la consecuente inutilización (directa e indirecta) de las pruebas obtenidas de esta forma.

titución (G 10) con miras a hechos no contenidos en el catálogo.

²¹⁸ Dencker (*supra* nota 15), p. 79 s.; Spindel NJW 1966, II02 (II05); Fezer (*supra* nota 76), p. 224; Roxin (*supra* nota 33), § 24 nm. 47 con más referencias; Kühne (*supra* nota 4), nm. 911; Volk (*supra* nota 24), § 28 nm. 43; en el resultado también Beulke (*supra* nota 12), nm. 482 quien enfatiza el ámbito de protección de la norma procesal violada, así como Amelung, FS Roxin 2001, I259 (I262), con base en su teoría de los derechos de dominio de información.

²¹⁹ Fezer (*supra* nota 76), p. 224; Roxin (*supra* nota 33), § 24 nm. 47; con la misma tendencia Beulke (*supra* nota 12), nm. 483.

²²⁰ Crítico en general Kühne (*supra* nota 4), nm. 911; ver también *supra* nota 143.