

E R  
345,8306  
00346m  
2003  
C.2  
net

Rodrigo Coloma Correa  
Gonzalo Medina Schulz  
Miguel Ángel Méndez Longoria  
Raúl Núñez Ojeda  
L. Iván Díaz García  
Michele Taruffo  
Gerhard Dannecker

# LA PRUEBA EN EL NUEVO PROCESO PENAL ORAL

Editor: Rodrigo Coloma Correa



tiene que concordar con el orden legal, tal como está estipulado en la Constitución Política y en la Convención Europea de los Derechos Humanos. Ante todo, se debe considerar el derecho consagrado en la Constitución Política a un procedimiento legal estatal y justo, a la presunción de inocencia y al fundamento de proporcionalidad, así como al derecho garantizado en el artículo 6, inciso 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos a un procedimiento justo<sup>3</sup>. Además, los órganos de persecución penal deben tener presente los límites impuestos por los derechos fundamentales. Incluso, al principio de legalidad se le atribuye gran importancia, según el cual la afectación de los derechos fundamentales debe tratarse sólo sobre la base de un poder legal. Las bases legales que prevén tales poderes de afectación tienen que concordar con los principios de transparencia de las normas y de proporcionalidad.<sup>4</sup>

El deber de persecución penal y el deber de garantizar protección efectiva de los derechos fundamentales generan contradicciones, lo que exige del legislador resolver con el mayor cuidado posible los intereses que están en juego en este conflicto entre fines constitucionales. Por un lado, la Ordenanza Procesal Penal prevé una amplia red de normas para la producción de la prueba que considera los derechos del afectado, pero también la corrección del procedimiento. Por otro lado, el principio de Estado de Derecho constitucional exige el mantenimiento de una administración de justicia funcional apta, que cumpla con las necesidades de un procesamiento penal eficaz.

Según esto, la investigación y el esclarecimiento del delito, y el enjuiciamiento del autor, representan una misión esencial en el Estado constitucional. El legislador no puede regular por sí solo todas las constelaciones imaginables en el ámbito de la prohibición de prueba. En consecuencia, es tarea de la jurisprudencia concretar las garantías constitucionales y determinar los límites de la constatación y utilización de la prueba. Según *Roxin*, en su retrospectiva de los 40 años de jurisprudencia del Tribunal Federal Supremo en el año 1991: "Al Tribunal Federal Supremo se le atribuye el gran mérito junto con el Tribunal Constitucional Federal de haber transformado la protección de la personalidad del inculcado en un bafuarte imponente frente a transgresiones desmesuradas en el procesamiento penal"<sup>5</sup>. Cinco años más tarde, después de una evaluación de los fallos de 1982 hasta 1994, *Fezer* llega a la conclusión de que en la conciliación entre "protección cívica y atribuciones estatales" existiría prácticamente casi un "equivoco"<sup>6</sup>. Finalmente *Wolter*<sup>7</sup> resume de la siguiente manera la máxima jurisprudencia judicial para las prohibiciones de prueba, con base en su análisis realizado con motivo de los 50 años de vigencia del Tribunal Federal Supremo, concerniente a la investigación y evasión de la interdicción: "El procesamiento penal eficaz mediante la utilización de la prueba no contrarresta la sospecha inicial, ni por la evasión encubierta de los derechos de testificación o recusación de testimonio en la obtención de la prueba, ni por la falta de un poder especial, ni, finalmente, por la ausencia de condiciones básicas de tal proceso penal"<sup>8</sup>.

3 Sin embargo, el Consejo de Estrasburgo tuvo una actitud muy reservada en el tratamiento de las cuestiones sobre prohibición de prueba, porque existirían problemas en la aplicación e interpretación de los derechos nacionales. EGMR, EuGRZ 1988, 390 (394 f.); Schenk, EGMR, StV 1990, 481, 482 - Kostovski.

4 Sobre la validez de la reserva legal en el derecho procesal penal vid. Rogall, Informationsengriff und Gesetzsvorbehalt im Strafprozessrecht, 1992, pp. 11 ss., 27 ss., 53 ss., 70 ss.

5 *Roxin*, en: Jauernig/Roxin, 40 Jahre Bundesgerichtshof, 1991, pp. 67, 68 y ss.

iliación entre "protección cívica y atribuciones estatales" existiría prácticamente casi un "equivoco"<sup>6</sup>. Finalmente *Wolter*<sup>7</sup> resume de la siguiente manera la máxima jurisprudencia judicial para las prohibiciones de prueba, con base en su análisis realizado con motivo de los 50 años de vigencia del Tribunal Federal Supremo, concerniente a la investigación y evasión de la interdicción: "El procesamiento penal eficaz mediante la utilización de la prueba no contrarresta la sospecha inicial, ni por la evasión encubierta de los derechos de testificación o recusación de testimonio en la obtención de la prueba, ni por la falta de un poder especial, ni, finalmente, por la ausencia de condiciones básicas de tal proceso penal"<sup>8</sup>.

Por consiguiente, no debe causar sorpresa, que la prohibición de prueba continúa siendo uno de los problemas más reñidos del derecho procesal.

II. FUNCIONES DE LA PROHIBICIÓN DE PRUEBA

1. ASEGURAMIENTO DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES

El hecho de que se requiera una ponderación entre los distintos intereses y derechos tiene como consecuencia que el principio de instrucción de la causa y el principio de valoración amplia de la prueba puedan ser quebrantados en favor de los bienes jurídicos e intereses de mayor orden, mediante prohibiciones de prueba. Las prohibiciones de prueba sirven preferentemente para asegurar los derechos individuales, los cuales necesariamente tienen que afectarse en el procedimiento penal<sup>9</sup>. Por lo tanto, la labor del Estado consiste en asegurar, mediante las prohibiciones de prueba, la prevalencia de las normas de garantía de libertad.

2. PREVENCIÓN DE RIESGOS EN LA AVERIGUACIÓN DE LA VERDAD

Las prohibiciones de prueba sirven ocasionalmente también para la prevención de riesgos en la constatación de la verdad. Por este motivo, en Inglaterra, por ejemplo, sólo en forma restrictiva se admite como prueba al testigo de oídas, mientras que en el proceso penal de Europa continental debe conside-

6 *Fezer*, JZ 1986, 68.

7 *Wolter*, en: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, 2001, Bd. IV, pp. 963, 967 ss.

8 La crítica de *Wolter* apunta a "El esclarecimiento de la verdad mediante el escudriñamiento de la verdad, eficacia del proceso penal mediante procedimiento indebido".

9 Cfr. sólo *Beulke*, Strafprozessrecht, 6. Aufl. 2002, Rdn. 454; *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 2. Aufl. 2002, Rdn. 368; *Rogall*, ZStW 91 (1979), 1, 21; *Herrmann*, Festschrift für Veschek, Bd. II (1985), 1291, 1292.

los hechos que están sujetos a una obligación legal de mantener secreto. Una prohibición del tema de la prueba se expone, por ejemplo, en el art. 51, inciso 1 de la Ley de Registro Central Federal, que inhibe el esclarecimiento de antecedentes penales anulados previamente. Según los artículos 43 y 45 de la Ley de Tribunales alemana, el contenido a deliberar por el Tribunal debe mantenerse en secreto y, en consecuencia, no debe ser esclarecido. Además, los secretos de Estado y funcionarios están sujetos por obligación a ocultación legal, a los cuales no se les concede autorización para declarar.

## 2. PROHIBICIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

La prohibición de los medios de prueba no prohíbe un tema de la prueba, más bien inhibe la utilización de determinados medios, de modo que se permite el esclarecimiento de las circunstancias con otros medios. Por lo tanto, las personas que por ley tienen el derecho de inhibición de la declaración o del testimonio, no pueden ser interrogadas si hacen uso de este derecho.

## 3. PROHIBICIÓN DE MÉTODOS DE PRUEBA

Una prohibición del método de prueba se presenta cuando cierta forma de obtención de la prueba es impropia, como, por ejemplo, la aplicación de tortura, engaño, etc., que están terminantemente prohibidos según el art. 136a de la Ordenanza Procesal Penal. Al mismo tiempo tiene obligatoriamente como consecuencia una prohibición de la valoración de la prueba, independientemente si la declaración corresponde a la verdad o el inculpaado accede a la utilización<sup>22</sup>. La prohibición del método de prueba no impide el esclarecimiento del tema mediante otros medios probatorios.

## 4. CARÁCTER CUESTIONABLE DE LA SISTEMATIZACIÓN

La categorización realizada no permite declaraciones substanciales, sino que sirve únicamente para una mayor claridad de la prohibición de prueba y, en gran parte, sólo posee una función de orden. En particular, no proporciona ninguna aclaración sobre las consecuencias procesales de una infracción perteneciente a uno de los grupos.

## II. LA PROHIBICIÓN DE UTILIZACIÓN DE LA PRUEBA

La prohibición de utilización de la prueba impide utilizar un determinado resultado probatorio (art. 33, inciso 3 de la Ordenanza Procesal Penal) y excluye una

consideración de este resultado en el fallo. La prohibición de utilización de la prueba no sólo es relevante en el juicio oral, sino durante todo el procedimiento penal. Cuando una prohibición de utilización de prueba tiene lugar, esta prohibición es general. Esto significa que no está permitido eludir el medio de prueba mediante otras relaciones. Por lo tanto, en un caso en el que el inculpaado no ha sido instruido por la policía acerca de su derecho a renunciar el testimonio –siendo, por lo tanto, inutilizable la declaración, del agente de policía– tampoco puede ser interrogado sobre lo que el inculpaado declaró.

## 1. PROHIBICIÓN DE UTILIZACIÓN DE LA PRUEBA REGLAMENTADA POR LEY

La Ordenanza Procesal Penal sólo conoce pocas prohibiciones de utilización de la prueba reglamentada por la ley. La reglamentación más significativa es la del art. 136a, inciso 3, 2ª frase de la Ordenanza Procesal Penal, que inhibe expresamente la utilización de la prueba obtenida en el caso de métodos de interrogación prohibidos. Cuando en el año 1950<sup>23</sup> se estableció esta reglamentación, hubo discusiones acaloradas acerca de las prohibiciones de prueba, a pesar de que la temática ya había adquirido importancia como tema procesal penal en la conferencia inaugural de *Beijing*<sup>24</sup> en el año 1902 en Tübingen.

El art. 136a de la Ordenanza Procesal Penal prohíbe obtener declaraciones por medio de maltrato, agotamiento, apremio físico, administración de medicamentos o mediante engaño. Esta disposición garantiza el derecho de prestar declaraciones sin coerción. Si se aplica un método de interrogación prohibido, se considera una extensa prohibición de utilización de la prueba, la que permanece, aun cuando el inculpaado acceda a la utilización (art. 136a, inciso 3, 3ª frase de la Ordenanza Procesal Penal). A los engaños ilícitos corresponde también la denominada *trampa auditiva*, en donde el inculpaado es engañado concluyentemente respecto a que está siendo interrogado. Un caso así ocurre, por ejemplo, cuando el policía abandona en forma demostrativa la sala, dando margen al inculpaado para una conversación inobservada con un tercero. En realidad, el policía escucha la declaración a través de la puerta entreabierta. Este engaño sobre el carácter de la interrogación conduce a una prohibición de la utilización de la prueba. También se prohíbe la trampa de la voz, en donde al inculpaado se le hace hablar a través del engaño, para probar su culpabilidad mediante su voz.<sup>25</sup>

El ámbito de aplicación del art. 136a de la Ordenanza Procesal Penal sigue siendo, por cierto, discutible. Es así como el Gran Senado del Tribunal Federal

<sup>23</sup> Acerca del origen del § 136 a StPO vid. SK/StPO-Rogall, a. Julio 1995 § 136 a Rdn. 1 ss.

<sup>24</sup> *Beijing*, Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsfindung im Strafprozeß, 1903.

<sup>25</sup> *Beutke*, StV 1990, 183 s.; *Wolfsast*, NSiZ 1987, 108.

<sup>22</sup> Más detalladamente *Infra* II, 1.

se remite al hecho de que el efecto de la inhibición no se presenta por sí sola, sino que resulta de la infracción de una disposición de la producción de prueba. Al mismo tiempo se está de acuerdo que no toda contravención a una prohibición de producción de la prueba conduce obligatoriamente a una prohibición de utilización<sup>34</sup>. Es decir, se debe determinar en materia de toda violación de un derecho, si interviene una prohibición de utilización. Al respecto, se contraponen principalmente la doctrina del efecto de protección y la doctrina de ponderación, así como la doctrina acerca del derecho de descartar las consecuencias y de omitir información<sup>35</sup>, las que han originado pautas de solución. Sin embargo, no ha sido posible establecer una norma general para saber en qué casos la violación de una prohibición de producción de prueba conduce a una prohibición de utilización de la prueba<sup>36</sup>. La pregunta acerca de cuándo una prohibición de producción de prueba constituirá una prohibición de utilización de prueba, se debe determinar caso a caso, según la norma infringida y la situación concreta de posición de los intereses.

b) Prohibición de utilización de la prueba independiente.

En las prohibiciones de utilización independientes, la obtención del resultado de la prueba no está sujeta a defectos<sup>37</sup>. Es decir, una prohibición de utilización de la prueba no implica obligatoriamente una producción ilícita de prueba. Por lo tanto, la utilización de resultados también puede ser ilícita, cuando el resultado en cuestión ha sido obtenido en forma legítima<sup>38</sup>. Se plantea, entonces, la interrogante sobre los motivos que impiden la utilización de pruebas obtenidas en forma legítima. No obstante, hay que aclarar si la nueva incorporación de la prueba como, por ejemplo, la proyección de una cinta magnetofónica como medio de prueba en el juicio oral, o la utilización del resultado de la prueba constituye afectación de un derecho. Por un lado existe la tarea de comprobar el alcance de los derechos constitucionales en cuestión<sup>39</sup>. Por otro lado, se requiere comprobar si el acto de utilización legítimo en discusión atentaría ilegalmente contra los derechos consi-

34 BVerGE NJW 2000, 3557; BGHSt 19, 325, 331; 24, 125, 128; 25, 325, 331; 27, 355, 357; 31, 304, 306; 33, 83; 34, 39, 52; 37, 30, 32; 38, 214, 219; 44, 243.

35 Vld. sobre ello C.IV.

36 Gossel, GA 1991, 483 ss.; Schrott, JUS 1998, 969.

37 Detallado sobre la diferenciación entre prohibiciones de utilización dependientes e independientes Dencker, Verwertungsverbote, S. 10 ff.; Rogall, ZSNW 91 (1979), 1, 3 ff.

38 Köpper, JZ 1990, 416.

39 Cfr. sobre ello Störmer, Dogmatische Grundlagen der Verwertungsverbote, p. 16 y ss., ídem, Jura 1994, 393 ss.; Schröder, Beweisverwertungsverbote und die Hypothese rechtswirksamer Beweisverlangung im Strafprozeß, 1992, pp. 55 ss.; Grönmwld, Das Beweisrecht der Strafprozeßordnung, 1993, p. 157.

lucionales del inculpaado. Esto es posible al utilizar diarios de vida y grabaciones de la voz en el caso de la protección a la personalidad. Cuando la utilización de una prueba atenta contra el derecho general a la protección de la personalidad, la utilización representa una violación de derecho fundamental, siendo, por lo tanto, improcedente. Pero también las disposiciones del derecho simple pueden fundamentar la interdicción de utilización de la prueba en el caso de pruebas obtenidas legalmente, según lo estipula, por ejemplo, el art. 100b, inciso 5 de la Ordenanza Procesal Penal Alemana, que prohíbe la utilización de hallazgos imprevistos, obtenidos en una intervención telefónica legal.

C. CRITERIOS PARA DETERMINAR LAS PROHIBICIONES DE UTILIZACIÓN DE LA PRUEBA

En la búsqueda de un sistema de prohibiciones de utilización con base en un solo concepto básico que permita la derivación de todas las prohibiciones de prueba, no se ha obtenido un resultado general aceptable. En consecuencia, se debe comprobar dentro del margen del análisis aislado, en cada violación de una disposición procesal que regula la producción de prueba, si la prueba obtenida es utilizable en la resolución del fallo. Se discute cuáles son los criterios preponderantes para ello. Al respecto existen variadas argumentaciones en la jurisprudencia y en la literatura.<sup>40</sup>

I. TEORÍA DEL ÁMBITO DE DERECHOS

En primer lugar, el Tribunal Federal Supremo excluye la prohibición de utilización de la prueba cuando la disposición no estaría protegiendo el ámbito de derechos del inculpaado. Éste señalaría que, si "la infracción afecta el ámbito de derechos del recurrente en forma significativa o si para él es sólo secundaria o de poca importancia"<sup>41</sup>. El acusado no debería, por ejemplo, verse afectado en sus derechos individuales cuando ha declarado un testigo que no ha sido ins- truido sobre el derecho de rehusar prestar testimonio, según el art. 55 de la Ordenanza Procesal Penal. Este derecho a rehusar la declaración se presenta siempre cuando existe el riesgo de que el testigo se vea gravado por su propia declaración.

40 Más detalladamente Rogall, JZ 1996, 947 ff.

41 BGHSt (Großer Senat) 11, 213, 215, 38, 214, 220; Jahnke, Verwertungsverbote bei Zeugnis- und Auskunftsverweigerungsrechten, en: AG Strafrecht des DAV (Hrsg.), Wahrheitfindung und ihre Schranken, 1989, p. 71; Herdöck, Bemerkungen zur Lehre von den Beweisverboten, ebenda, pp. 115 ss., 118; crítico sobre esto Eb. Schmitt, JZ 1968, 596; Grönmwld, JZ 1966, 489, 490; Rudolph, MDR 1970, 93, 95 ss.

consideración, que la verdad no puede ser indagada a cualquier precio. Por otro lado, también debe considerarse que las prohibiciones de utilización afectan las posibilidades de esclarecimiento de la verdad y que, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, el Estado debe en virtud de la Constitución garantizar una administración funcional de la justicia penal, sin la cual no se puede realizar la justicia. Si la disposición procesal infringida no contribuye a la protección del inculpa-do o en primera instancia no sirve, entonces la prohibición de utilización es remota; ejemplo de ello es la infracción del art. 55 de la Ordenanza Procesal Penal. Por otro lado, una prohibición de utilización está presente cuando la disposición procesal infringida está determinada para asegurar las bases de la posición jurídico-procesal del inculpa-do o acusado en el proceso penal".

Roggall desarrolló la doctrina de la ponderación que se combina también en forma parcial con el principio de los fines de protección<sup>52</sup>, en una "doctrina normativa del efecto del error", para lograr un completo análisis y evaluación de las consecuencias de los errores procesales en el proceso penal e insertar en este gran contexto la problemática de las prohibiciones de la prueba y de su utilización. De este modo, se logra reducir y precisar el factor de ponderación. El sostiene que se trata de una interrogante normativa, si se debe reaccionar con una inutilización frente a un error jurídico procesal. Esta interrogante debe resolverse considerando la importancia del error y el merecimiento y necesidad de protección.<sup>53</sup>

Las desventajas de esta pauta de solución radican sobre todo en que los criterios de ponderación son poco rigurosos y por eso dan lugar a resoluciones de equidad de los tribunales<sup>54</sup>, que no garantizan ningún resultado homogéneo previsto<sup>55</sup>. Cuando se infringen las disposiciones de derecho procesal penal, como sucede regularmente en las prohibiciones de utilización de prueba dependientes, la doctrina de la ponderación se reduce a los fines de protección de la norma; ya que en estos casos el legislador ha decidido obligatoriamente, en virtud de una ponderación individual, que el procedimiento es ilegal y, por lo tanto, no se le da ninguna prioridad al interés procesal penal. En consecuencia, una prohibición de utilización de la prueba sólo puede depender del hecho de si la norma infringida pretende proteger (también) los intereses del inculpa-do. Si, por el contrario, existe una violación en la restricción de la prueba derivada de la Cons-

<sup>52</sup> BGHSt 46, 189, 195 f.; SK-Wolter, Strafprozessordnung, Stand: Oktober 2001, Vor § 151 Rn. 197.  
<sup>53</sup> Rogall, JZ 1996, 944 ss., 954 s.; *idem*, en: Festschrift für Hanack, pp. 293, 294; *idem*, en: Festschrift für Grünwald, pp. 523 ss.  
<sup>54</sup> Amelung, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess, 1990, p. 91; Peres, Strafprozessuale Beweisverbote und Beweisverwertungsverbote, 1991, pp. 31 s.; Gröner, Revisibilität und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, 1997, p. 39.  
<sup>55</sup> Müssig, GA 1999, 135.

titución, como ocurre con regularidad en el caso de las prohibiciones independientes de utilización de la prueba, entonces debe –por falta de clasificación del legislador– someterse a una ponderación.<sup>56</sup>

IV. LA DOCTRINA DEL DERECHO DE DOMINIO DE INFORMACIÓN

A principios de los años noventa, la deliberación sobre el carácter informacional del procedimiento penal y la consideración de las declaraciones del Tribunal Constitucional Federal en la sentencia del censo poblacional, en la que se reconoció el derecho a la autodeterminación informativa<sup>57</sup>, dio lugar a una renovada discusión sobre las prohibiciones de la prueba. Sobre todo Amelung<sup>58</sup> y Störmer<sup>59</sup> complementan el diálogo científico con reflexiones que se basan en el derecho de autodeterminación informativa. Las prohibiciones de utilización se señalan en adelante como derechos públicos-subjetivos de eliminación de las consecuencias y de abstención, ya que en todas las prohibiciones de utilización se trataría de determinar si se pueden emplear informaciones que han obtenido las autoridades instructoras. Si esto ocurriese en forma ilegal, siempre se trataría de una violación de derecho a la autodeterminación informativa. Cuando se violase este derecho debido la constatación de la prueba, el inculpa-do tendría derecho a que se omitiese la utilización de la prueba.<sup>60</sup>

Por otra parte, existen dudas al respecto cuando el traspaso de un concepto jurídico-público se toma en el derecho procesal penal. La determinación del efecto de los errores procesales es, en principio, materia del derecho procesal penal. Sobre todo, los límites de requerimiento de protección y de eliminación de las consecuencias de información<sup>61</sup> como, por ejemplo, la restricción de la acción<sup>62</sup>, no pueden deducirse del principio de eliminación de las consecuencias penales. Más que nada se requiere en este caso del recurso de criterios procesales penales. Además deben aplicarse los principios de conservación de la legítima-

<sup>56</sup> Beulke, ZStW 103 (1991), 657, 663 s.; Stemberg-Lieben, JZ 1995, 848; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 370; crítico acerca de la doctrina de la ponderación también Wolter, BGH-Festschrift, pp. 963, 986 ss.  
<sup>57</sup> BVerfGE 65, 1 ss. La sentencia sobre el censo no se ocupa contra eso con preguntas procesales penales de forma directa. Mediante el reconocimiento de un derecho a la autodeterminación informativa obtiene entretanto influencia indirecta sobre el proceso penal.  
<sup>58</sup> Amelung, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess, 1990; *idem*, en: Festschrift für Bemann, 1997, pp. 505 ss.  
<sup>59</sup> Störmer, Dogmatische Grundlagen der Verwertungsverbote, 1992; *idem*, Jura 1994, 393 ss.  
<sup>60</sup> Amelung, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess, 1990; *idem*, Festschrift für Roxin, 2001, p. 1259; Müssig, GA 1999, 119; Störmer, Dogmatische Grundlagen der Verwertungsverbote, 1992.  
<sup>61</sup> Cfr. sobre ello Amelung, en: Festschrift für Bemann, pp. 505, 509.  
<sup>62</sup> Más detalladamente *infra* C. III., E.1.

procesal penal no cumple de forma culpable con la obligación de posibilitar la consulta de un defensor. En esta prohibición de utilización, la jurisprudencia también aplica la solución de contradicción, según la cual la no utilización queda sujeta al hecho de que ésta sea contradicha en el juicio oral.<sup>72</sup>

III. INTERDICCIÓN DE UTILIZACIÓN DE LA PRUEBA EN RELACIÓN CON EL DERECHO A REHUSAR DAR TESTIMONIO E INFORMACIÓN

1. DERECHO DE REHUSAR DAR TESTIMONIO DEL PARIENTE

Cuando un individuo debe declarar como testigo, tiene que ser instruido antes de cada interrogatorio sobre el derecho de rehusarse a declarar (art. 52, inciso 3, 1ª frase de la Ordenanza Procesal Penal). La obligación de instruir le atañe tanto al juez como también a la fiscalía y a la policía. Si no se ejecuta la instrucción, la declaración no puede ser utilizada; no puede leerse ni ser reconstruida a través de la declaración del testigo. El Tribunal Federal Supremo derivó este derecho del efecto protector del art. 52, inciso 3, 1ª frase de la Ordenanza Procesal Penal sobre la consideración a la unión familiar.<sup>73</sup>

Esto rige aun en sí cuando en el momento de la declaración del testigo, el tribunal no ha tenido conocimiento de que el testigo es pariente del inculpa-do.<sup>74</sup> La prohibición de valoración de la prueba de la instrucción no realizada al testigo, experimenta sin embargo una limitante esencial: cuando el testigo ha tomado conocimiento del derecho de recusación, la jurisprudencia niega la prohibición de utilización, ya que también en el caso de la instrucción el desarrollo del proceso no habría sido diferente.<sup>75</sup> Por otra parte no se trata de que el acusado contradiga la utilización en el juicio oral.<sup>76</sup>

2. DERECHO A REHUSAR DAR TESTIMONIO DE LOS PARTICIPES

Según el art. 55, inciso 1 de la Ordenanza Procesal Penal, el testigo puede recusar la información, cuando él mismo o un pariente corriese el riesgo de verse inculpa-do. Al respecto debe ser instruido conforme al art. 55, inciso 2 de la Ordenanza Procesal Penal. Esta obligación de instruir rige del mismo modo para la fiscalía y la policía. Para la situación de la declaración del testigo sin instrucción según el art. 55, inciso 2 de la Ordenanza Procesal Penal, el Tribunal

72 BGHSt 42, 15, 22.

73 BGHSt (Großer Senat) 11, 213, 216.

74 BGH, StV 2002, 3.

75 BGHSt 38, 214, 225; 40, 336, 339.

76 BGHSt 45, 203, 205.

Federal Supremo desarrolló la teoría del ámbito de derechos y denegó una prohibición de utilización argumentando que la disposición sólo protegería al testigo de perjuicios.<sup>77</sup> Es indiscutible que también el inculpa-do tiene que ser protegido ante declaraciones de dudosa veracidad. Sin embargo, esto debe considerarse en los mismos términos que en una declaración de un coimputa-do utilizada según el sistema de la Ordenanza Procesal Penal en la valoración de la prueba.<sup>78</sup>

Cuando el testigo pasa posteriormente a ser inculpa-do, la violación del deber de instrucción conduce en un proceso penal posterior en su contra a la inutilización de la declaración, ya que el art. 55 de la Ordenanza Procesal Penal debe proteger al testigo de su propio proceso penal. En todo caso, el Tribunal Federal Supremo hace que esta prohibición de utilización esté sujeta al cuestionamiento de la utilización por parte del inculpa-do en el juicio oral.<sup>79</sup> Por el contrario, según la opinión general, no surge una prohibición de utilización, cuando el médico, abogado, etc. no hace uso del derecho de recusación de testimonio y declara, aun cuando incurra en una sanción y pierda seriamente la confianza del paciente o cliente.<sup>80</sup> Esto se fundamenta en el hecho de que la penalidad en sí afectaría la esfera de riesgo del testigo y por ende no restringiría el deber de instrucción del tribunal. Sin embargo, en este caso no se consideran suficientemente los intereses de protección del afectado, quien puede contar con la relación de confianza que el art. 53 de la Ordenanza Procesal Penal quiere proteger en interés de todos los implicados. Por consiguiente, se deduce del fin de protección de la norma que la ilegalidad material de la declaración también tiene como consecuencia la inutilización procesal.<sup>81</sup>

3. DERECHO DE RECUSACIÓN DE TESTIMONIO DE DETERMINADOS GRUPOS PROFESIONALES

Los integrantes de grupos profesionales como médicos, abogados, asesores fiscales, interventores, etc., que en el ámbito de su actividad profesional, según sea su naturaleza, obtienen informaciones confidenciales, tienen derecho a rehusar dar testimonio según los arts. 53, 53a de la Ordenanza Procesal Penal. Sin embargo, estas personas no tienen que ser instruidas sobre el derecho de recusación de testimonio, de modo que la omisión de la instrucción no afecta la utilización. No obstante, el tribunal puede actuar equivocadamente cuando no

77 BGHSt (Großer Senat) 11, 213, 218.

78 Volk, Strafprozessrecht, § 28 Rn. 19.

79 BGH, NZV 2001, 527; BayObGS 2001, 64.

80 BGHSt 9, 59, 15, 200, 202; 18, 146 s.; HELLMANN, Strafprozessrecht, 2. Aufl. 2002, IV Rdn. 3 Rdn. 29; Volk, Strafprozessrecht, § 28 Rdn. 17.

81 BEUKKE, Strafprozessrecht, Rdn. 462; FREUND, GA 1993, 49 ss.; RAUERT, Strafprozessrecht, 2. Aufl. 1995, Rdn. 536.

mentando que las prohibiciones de utilización no estarían dirigidas a personas privadas<sup>92</sup>. Sin embargo, el juez de causa estaría obligado a valorar estas pruebas con especial cuidado y discreción. Tales pruebas quedan inutilizadas sólo cuando han sido obtenidas en forma extremadamente indigna para los derechos humanos<sup>93</sup>, por ejemplo, cuando el esposo de la víctima asesinada le arranca una confesión al autor del crimen aplicando tortura. Además, entran en consideración las prohibiciones independientes de utilización de la prueba, es decir, aquellas establecidas independientemente de la violación precedente del derecho. Esto ocurriría cuando la utilización de la prueba obtenida ilegalmente violase el derecho de protección a la personalidad o el derecho a la autodeterminación informativa del inculcado, como en el caso de las transgresiones a la esfera íntima a través de grabaciones o al anular un diario. En todo caso, el interés preponderante del público en el proceso penal puede justificar la utilización de la prueba ilegal obtenida en forma privada<sup>94</sup>. Aquí es aplicable la teoría de esferas del Tribunal Constitucional Federal.<sup>95</sup>

Cuando las autoridades de persecución penal le han encargado a un particular que obtenga una prueba ilegalmente y el particular procede expresamente por encargo de las autoridades, la existencia de una prohibición de utilización de la prueba depende de la situación que hubiese existido en el caso de que la fiscalía o la policía hubiesen actuado directamente. Según la opinión general, las autoridades de procesamiento penal no deben eludir las disposiciones de la Ordenanza Procesal Penal que protegen a los ciudadanos, induciendo a terceras personas a utilizar métodos prohibidos. Al pasar por alto los límites en las atribuciones de los órganos procesales penales, se establece una prohibición de utilización de la prueba.<sup>96</sup>

E. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES PARA LA PROHIBICIÓN DE UTILIZACIÓN

Si se quieren conocer los principales motivos de la prohibición de utilización de la prueba, se deben distinguir, por lo tanto, las prohibiciones de producción ilícitas de las ilícitas.

<sup>92</sup> Cfr. sólo BGHSt 27, 357, 36, 172.  
<sup>93</sup> Roxin, Strafverfahrensrecht, § 24 Rn. 48.  
<sup>94</sup> Volk, Strafprozessrecht, § 28 Rn. 35.  
<sup>95</sup> EISENBERG, Beweisrecht der StPO, Rn. 386 ss.  
<sup>96</sup> BGHSt 34, 362, 364; 44, 129.

I. MOTIVOS DE LA INTERDICCIÓN DE UTILIZACIÓN SEGUN LA CONSTATA-  
CIÓN DE LA PRUEBA

Wolter, quien analizó<sup>97</sup> detalladamente las prohibiciones de utilización de la prueba, con motivo de los 50 años de permanencia del Tribunal Federal Supremo, propone una diferenciación en las producciones de prueba que transgreden el derecho, en esencia, en violaciones graves y no graves.

En aquellos casos en que se menosprecia la dignidad del hombre, él exige una prohibición absoluta de utilización de la prueba<sup>98</sup> como, por ejemplo, en la trampa auditiva, en la prueba oculta de la voz y de la conversación, al transgredir el principio nemo-tenetur, en el maltrato, en la falta de instrucción del inculcado sobre el derecho a guardar silencio, en la transgresión del ámbito esencial de la conducción de la vida privada y en las violaciones calificadas del proceso legal, así como al obviar las condiciones legales establecidas para las transgresiones graves de los derechos fundamentales. Esta prohibición absoluta de utilización de prueba surge de la inviolabilidad de los derechos fundamentales y naturales del hombre, que son prioritarios como derechos de protección del ciudadano frente a los intereses del proceso penal. Habría que añadir, además, que la utilización de los conocimientos obtenidos ilegalmente conduce, por lo general, a la repetición o continuación de la infracción del derecho fundamental. En estos casos también se reconocería un efecto remoto.<sup>99</sup>

Cuando se obtienen datos de una forma que viole seriamente la ley como, por ejemplo, cuando se menosprecian derechos prioritarios en un debido proceso penal (art. 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos) como el derecho a rehusar dar testimonio, se desprende de ello una prohibición relativa de utilización<sup>100</sup>. Debido al riesgo en la continuación y profundización del gran menoscabo del derecho fundamental, así como en la recopilación y divulgación de las informaciones, que representarían graves violaciones individuales del derecho fundamental, Wolter exige ante el Tribunal Federal Supremo una prohibición, que sólo puede quebrantarse cuando el legislador ordena expresamente la utilización. Sólo bajo esta condición existiría una base legal de plenos poderes, que cubriría el menoscabo del derecho fundamental existente en la utilización. También se evidenciaría un poder para la utilización, cuando la prueba hubiese podido obtenerse legalmente (reconocimiento del desarrollo causal hipotético-legal).

<sup>97</sup> Wolter, BGH-Festgabe, pp. 963 ss.  
<sup>98</sup> Wolter, BGH-Festgabe, pp. 963, 993 ss.  
<sup>99</sup> Más detalladamente *Infra F.*  
<sup>100</sup> Wolter, BGH-Festgabe, pp. 963, 995 s.

de posiciones protegidas por derechos fundamentales. La solución de casos concretos está marcada determinativamente por la interpretación básica correspondiente, es decir, si la jurisprudencia considera la obligación de los tribunales de esclarecer la verdad, como punto inicial, y las prohibiciones de utilización de la prueba, como excepción<sup>111</sup> o si parte de la base que, por lo general, la producción de la prueba atenta contra los derechos básicos del inculpaado y, en consecuencia, es necesario que la utilización de pruebas obtenidas ilegalmente sea de por sí argumentada<sup>112</sup>. En la actualidad ya casi no existen medios que no estén a disposición de la autoridad procesal penal, en vista del hecho de que la intensidad y gravedad de la violación ha ido incrementándose cada vez más. Por regla general, debe aprobarse la prohibición de utilización de prueba, cuando aún se recogen pruebas ilegalmente para cumplir con el derecho consagrado en la Constitución de un procedimiento estatal constitucional y justo y con las barreras estatales que resultan de los derechos fundamentales del afectado. La predisposición de la jurisprudencia alemana para tales fines es, por cierto, baja. Ésta le atribuye demasiada importancia a las conveniencias de indagación de la verdad en la ponderación de intereses que oponen resistencia y desiste de la sanción de la prohibición de utilización de la prueba, aun en la vulneración muy grave de un derecho. Por lo tanto, es de esperar que se termine con la posición restrictiva concerniente al reconocimiento de las prohibiciones de utilización de la prueba y que se procuren garantías constitucionales y legales del ser humano en virtud de sus derechos.



<sup>111</sup> BGHSt 27, 357; 28, 128; 35, 34.

<sup>112</sup> Con mucho acierto Schroeder, Strafprozeßrecht, 3. Aufl. 2001, Rdn. 128.