



La protección de la persona en el Derecho Procesal Penal alemán¹

Claus Roxin

Dr. Dr. h. c. mult.

Catedrático Emérito de Derecho Penal
de la Universidad de Munich

I. La búsqueda de la verdad y la protección del individuo como central antinomia en el proceso penal. La protección frente a la coacción estatal a la auto-incriminación y la protección de la esfera privada como problemas que se interfieren entre sí

Todo Derecho Procesal Penal legalmente instituido se enfrenta a la necesidad de armonizar, por un lado, el interés en la búsqueda de la verdad y, por otro, el interés del procesado en la salvaguardia de sus derechos individuales. A este respecto, el Derecho Procesal Penal alemán muestra una constante lucha entre estas pretensiones contrapuestas. Así, mientras la jurisprudencia, mayoritariamente, se esfuerza en fortalecer la protección del procesado,² la legislación reciente se inclina siempre a favor de autorizar una continua injerencia en el ámbito privado.³ Voy a intentar exponer esta evolución en sus aspectos más importantes.

Para ello, quiero diferenciar entre la prohibición de la auto-incriminación obtenida por el Estado de una manera involuntaria y el derecho a un ámbito privado. En realidad, ambos círculos se interfieren entre sí porque, precisamente, la coacción a auto-incriminarse, a menudo trae como consecuencia una injerencia en el ámbito privado del individuo, y viceversa, la injerencia estatal en la esfera personal, con frecuencia, lleva a una auto-incriminación involuntaria. A pesar de esta intersección, voy a separar ambos planos y aceptar sin

más esta interferencia. No obstante, no toda injerencia en la esfera personal conlleva una auto-incriminación y no toda auto-incriminación involuntaria está unida a una injerencia en el ámbito privado. La jurisprudencia alemana también se ha ocupado de ambos aspectos de este problema, según reglas en parte diferentes, de ahí que requieran un análisis especial.

II. *Nemo tenetur se ipsum accusare* (Nadie tiene que acusarse a sí mismo)

1. El derecho del inculcado a guardar silencio

El principio de que nadie está obligado a auto-incriminarse en un proceso penal se encuentra recogido en el parágrafo 136 del Código Procesal Penal (StPO), que dice que todo sujeto «es libre de declarar o no sobre el objeto de la causa». Por tanto, existe un derecho a guardar silencio. Una protección frente a la auto-incriminación garantiza este derecho a guardar silencio pero sólo cuando del silencio del inculcado no pueda derivarse para él ninguna consecuencia desfavorable. Porque de lo contrario, sería un silencio auto-inculpatorio.

En un principio, la jurisprudencia alemana admitía considerar el silencio del inculcado como un indicio de su culpabilidad (BGHSt 1, 366). Pero, con razón, hoy es de la opinión de que el principio del *fair trial* exige negar cualquier valor probatorio al silencio del procesado.⁴ Esto vale, no sólo cuando el procesado guarda total silencio⁵

1. Traducción de María del Carmen García Cantizano.

2. Sobre la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal, más detalladamente ROXIN, en JAUERNIG/ROXIN, *40 Jahre Bundesgerichtshof*, 1991, p. 66 y ss.

3. Sobre la evolución de la legislación, más detalladamente, ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 25.ª edición, 1998, §71, 72. En breve está por aparecer una traducción al español de la 25.ª edición de mi manual realizada por el Profesor Julio Maier y sus colaboradores.

4. A este respecto, más detalladamente, ROXIN, como en la nota 2, §15, Rn. 24 y siguientes, con más información.

5. BGHSt 32, 140 (144); 34, 324 (326); OLG Düsseldorf MDR 1988, 796; OLG Hamm NJW 1974, 1880 con numerosa información.

o niega su autoría,⁶ sino también cuando se niega a declarar ante la Policía⁷ o en cualquier otro momento concreto.⁸ El silencio tampoco podría ser valorado negativamente en el caso, poco probable, de que fuera una persona completamente inocente quien callara en esa concreta situación.⁹

La jurisprudencia alemana admite sólo una limitación: pueden derivarse consecuencias desfavorables cuando alguien, en un principio, declara y guarda silencio sólo respecto a puntos particulares, o no contesta ciertas preguntas (BGHSt 20, 298).¹⁰ Estoy de acuerdo con esta solución y no veo en ella ninguna forma de obligar a una autoincriminación. Ya que, quien declara voluntariamente, se somete, también de manera voluntaria, a una valoración de su declaración. No obstante, a la hora de realizarse esta valoración, debe apreciarse en su conjunto la conducta del procesado, es decir, se debe tener en cuenta qué ha dicho y qué no ha dicho, y sobre esto, se han de deducir las respectivas conclusiones.¹¹ Algunos autores, sin embargo, opinan que el silencio parcial tampoco puede ser usado en contra del procesado;¹² no puedo adherirme a ellos por las razones que ya he expuesto.

2. La instrucción sobre el derecho a no declarar

También en el párrafo 136 del Código Procesal Penal se señala que todo funcionario público encargado de un interrogatorio debe de instruir al procesado sobre su derecho a no declarar. Sin embargo, durante largo tiempo se ha discutido bastante sobre las consecuencias que causa el omitir esta instrucción prescrita legalmente.

El Tribunal Supremo Federal alemán, en un principio, consideró este deber de instruir al procesado como una simple disposición reglamentaria (BGHSt 22, 170). Esto implicaba que la declaración que se realizara sin la previa instrucción podía ser valorada en el momento de dictar sentencia en perjuicio del procesado. Con lo que fácilmente la prescripción legal resultaba ineficaz. De este modo se alentaba al funcionario encargado del interrogatorio, que quería obtener una confesión, a dejar de cumplir estrictamente con su obligación de instruir al procesado, ya que su incumplimiento carecía de consecuencias.

Ante la presión de la crítica,¹³ el Tribunal Supremo Federal, posteriormente (BGHSt 25, 325; 31, 395), admite que no puede valorarse la declaración del procesado cuando tenga lugar en un juicio oral donde el Magistrado haya omitido su deber de instruirle; si a pesar de todo llegaba a valorarse la declaración, procedía la revocación de la sentencia en su casación. Esto supuso un avance,¹⁴ aunque insuficiente, ya que es extraño que un Magistrado incurra en semejante ilegalidad ante la mirada del público. Además, normalmente, el procesado conoce su derecho a no declarar en el juicio oral, (ya a través de su abogado, ya a través de una anterior instrucción), así que en ese momento no puede resultar perjudicado en el ejercicio de su derecho por la omisión de la instrucción respectiva. El gran peligro para el principio *nemo tenetur...* gira en torno a la primera declaración policial. En ese momento, el procesado puede ser sorprendido fácilmente y aprovecharse de su desconocimiento legal, conseguirse su confesión, al no haber sido instruido de su derecho a no declarar. De esta manera, el principio

6. BGHSt 34, 326.

7. BGHSt 20, 281.

8. BGHStV 1983, 321; en otro sentido OLG Oldenburg NJW 1969, 806 con opinión en contrario GÜLDENPFENNIG, NJW 1969, 1867.

9. BGHStV 1988, 239; 1989, 383; OLG Düsseldorf MDR 1988, 796; ENGELHARDT, en *Karlsruher Kommentar*, 4.ª ed., 1999, §261, Rn. 39; GOLLWITZER, en LÖWE/ROSENBERG, 24.ª ed., 1987, §261, Rn. 75; KLEINKNECHT/MEYER-GOSSNER, 44.ª ed., 1999, §261, Rn. 16; WESSELS, JuS 1966, 169 y ss.

10. En el mismo sentido, OLG Braunschweig NJW 1966, 214; OLG Hamm NJW 1974, 1880.

11. Véase ROHM, como en la nota 2, §15, Rn. 26. En el mismo sentido, BGHSt 20, 298 (300). Con comentarios MEYER, JR 1966, 352; OLG Oldenburg NJW 1969, 806; BEUKE, *Strafprozessrecht*, 4.ª ed., 2000, Rn. 495; ENGELHARDT, en *Karlsruher Kommentar*, 4.ª ed., 1999, §261, Rn. 41; GOLLWITZER, en LÖWE/ROSENBERG, 24.ª ed., 1987, §261, Rn. 78; KLEINKNECHT/MEYER-GOSSNER, 44.ª ed., 1999, §261, Rn. 17; EB. SCHMIDT, JZ 1970, 341; VOLK, *Strafprozessrecht*, 1999, §29, Rn. 11.

12. Así, KÜHL, JuS 1986, p.p.120 y ss.; ROGALL, *Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst*, 1977, p.p. 250 y ss.; RÜPING, *Das Strafverfahren*, 3.ª ed., 1977, Rn. 102; SCHNEIDER, Jura 1990, 578 y ss.

13. Véase, críticamente, sólo GRÜNWAID, JZ 1968, 752; HANACK, JZ 1971, 168 y siguientes; EB. SCHMIDT, NJW 1968, 1209; SCHÜNE-MANN, MDR 1969, 101.

14. Un avance que indujo a HANACK (JZ 1971, 169) a afirmar que la idea de considerar el deber de instruir al procesado como una disposición reglamentaria irreversible estaría «metódicamente anticuada». Sin embargo, el BGH mantuvo esta posición en relación al párrafo 136 StPO algo más de 20 años.

nemo tenetur... quedaba pues, todavía, insuficientemente protegido.

Sólo la sentencia del Tribunal Supremo Federal de febrero de 1992 (BGHSt 38, 214)¹⁵ ha determinado una nueva orientación fundamental para la jurisprudencia. A partir de ella, el Tribunal ha establecido la prohibición de valorar todas aquellas manifestaciones que hubieran sido realizadas ante la Policía sin la debida instrucción sobre sus derechos. El derecho a no declarar, —es decir, el principio de que nadie está obligado a declarar en su contra—, de ahora en adelante se cuenta entre los principios fundamentales del Derecho Procesal Penal y se apoya en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 14.º, pfo. 3g), en la dignidad humana, en los derechos individuales del procesado y en el principio de un proceso limpio. La relevancia que se atribuye a la mencionada resolución se deriva del hecho de que, por primera vez, el Tribunal Supremo Federal ha incorporado a su jurisprudencia penal gran parte del Derecho comparado,¹⁶ permitiendo así que la República Federal garantice ahora, de manera íntegra, el principio *nemo tenetur...* según las normas internacionales. También resulta evidente que el Derecho holandés ha influido especialmente en dicha sentencia. Todo ello muestra el camino a seguir en el futuro de cara a una internacionalización de la jurisprudencia.

Esta resolución, aparentemente, no contiene ninguna excepción a la prohibición de valorar la declaración del procesado en los casos en los que se ha omitido la instrucción de sus derechos. Pero muchas veces, y a pesar de esta omisión, se permite valorar la declaración del procesado, cuando éste ha podido ejercer su derecho a no declarar o ha aceptado que su declaración se tenga en cuenta, ya sea de manera expresa o tácita.¹⁷ Pero con ello no se relativiza la prohibición de valorar la declaración realizada en tales circunstancias, pues, en estos casos, el uso de la declaración se fundamenta en la libre decisión del procesado.

Por el contrario, resulta delicado que pueda afectarse la prohibición de valorar la declaración cuando hay dudas respecto al hecho de si se ha llegado a instruir al procesado.¹⁸ Aquí, no es directamente aplicable el principio *in dubio pro reo*, porque la duda no se refiere a la culpabilidad del procesado, sino a la existencia de una grave infracción procesal. Pero cuando lo dudoso es si los principios de la dignidad humana y del *fair trial* se han cumplido, no resulta menos grave que la duda sobre la culpabilidad del procesado. A este respecto, abogo en estos casos por la aplicación analógica del principio *in dubio pro reo*. De esta forma, se evita la posibilidad al procesado de anular una confesión voluntariamente realizada, afirmando éste, posteriormente, que no habría sido instruido abiertamente de sus derechos, pues, si el funcionario público levanta un acta sobre la instrucción de los derechos del procesado y su interrogatorio, y ésta se firma, resulta clara la situación probatoria.

Igualmente resulta problemática la limitación que realiza el Tribunal Supremo Federal según la cual la defensa del procesado ya no puede alegar en el recurso de revisión (= recurso de nulidad en Perú) la imposibilidad de valorar la declaración del procesado realizada sin haber sido adecuadamente instruido de sus derechos, cuando esta circunstancia no fue alegada en su momento en el juicio oral.¹⁹ En virtud de esta solución contradictoria, la obligación de esclarecimiento y de asistencia que pesa sobre el Tribunal quedan reducidas en una extensión cuestionable.²⁰

3. El derecho a consultar con un abogado

En una sentencia posterior de octubre de 1992 (BGHSt 38, 372),²¹ el Tribunal Supremo Federal amplía la protección frente a la auto-incriminación realizada por falta de experiencia, mediante el fortalecimiento del derecho a la defensa.²² A él se refiere también la disposición legal prevista en

15. Con anotaciones de BOHLANDER, NSiZ 1992, 504; FEZER, JR 1992, 385; ROXIN, JZ 1992, 923; véase también KIEHL, NJW 1993, 501, en el mismo sentido RAMSIEK, SiV 1994, 343.

16. BGHSt 38, 228 y ss.

17. BGHSt 38, 224 y ss.

18. BGHSt 38, 224.

19. Véase, al respecto, BGHSt 38, 214 (225 y ss.). También BGHSt 42, 15 (22 y siguientes) sobre el incumplimiento del parágrafo 137, igualmente BGH NSiZ 1996, 290; con anotaciones adicionales FEZER, SiV 1997, 57 respecto al incumplimiento del parágrafo 136 a.

20. Más detalladamente, ROXIN, Hanack-FS, 1999, p.p. 20 y ss. En contra de la solución, también DORNACH, *Der Strafverteidiger als Mitgarant eines justizförmigen Strafverfahrens*, 1994, p.p. 190 y ss.; el mismo, NSiZ 1995, 57; DUDEL, *Das Widerspruchserfordernis bei Beweisverwertungsverboten*, 1998, pp. 67 y ss.; FEZER, JR 1992, 386; KIEHL, NJW 1993, 501. A favor, no obstante, WIDMAIER, NSiZ 1992, 519; R. HAMM, NJW 1993, 295; 1996, 2185.

21. Con anotaciones, ROXIN, JZ 1993, 426.

22. En general, sobre el presente y futuro de la defensa en el Proceso Penal legalmente instituido, ROXIN, Hanack-FS, 1999, p. 1 y ss.

el párrafo 136 del Código Procesal Penal, donde se obliga a una segunda información: es decir, el imputado tiene derecho «en todo momento, incluso antes de su declaración, a consultar con un abogado de su elección». En el caso concreto de la sentencia, esta información se le dio, pero, cuando el imputado pidió hablar con un abogado, el policía que lo interrogaba le indicó que «él debía saber por sí mismo si quería declarar o no, esta decisión no podía tomarla por él su abogado». De esta forma, se le prohibió consultar con un abogado. El imputado declaró sin haber consultado con un abogado y confesó.

El Tribunal Supremo Federal vio en este caso una violación del derecho a la defensa (párrafo 137 apartado 1 primera frase 1 del Código Procesal Penal) y rechazó la valoración de la confesión como prueba.²³ Luego, el Tribunal —como ya hizo antes con el derecho a no declarar— ubica también el derecho a la defensa entre los principios que fundamentan la posición del inculcado en el proceso; éste se deduce de la Convención de los Derechos Humanos (art. 6.º, ap. 3 c), de forma que el procesado, no sólo es objeto del proceso, sino que puede influir en él por sí solo, independientemente de su desarrollo y resultado. Aunque la sentencia sólo se ocupa de manera explícita del impedimento a consultar con un abogado, puede deducirse de ella que también omitir la instrucción al imputado sobre este derecho lleva a impedir valorar procesalmente la declaración que éste realice como consecuencia de esta omisión. Por tanto, también se impide este derecho a consultar con un abogado cuando no se instruye al inculcado respecto a esta posibilidad.

También esta sentencia está en estrecha relación con el principio del *nemo tenetur...*, pues el derecho a la defensa, del que trata, sirve para diferentes intereses del imputado. Pero en cualquier caso, también tiene la finalidad de protegerlo de una auto-incriminación sobre la cual no haya reflexionado lo suficiente. Sólo quien tiene la posibilidad de ser aconsejado por su abogado en el momento de declarar puede responder de la mejor manera posible a la pregunta de si en el caso en concreto pudo declarar de la forma más pertinente.

4. La protección frente a una auto-incriminación involuntaria

Además, en el Derecho penal alemán, se garantiza la protección frente a una auto-incriminación involuntaria y subrepticia, de tal forma que el párrafo 136a del Código Procesal Penal prohíbe todos los métodos de interrogatorio que restrinjan la libre actuación voluntaria del procesado y sanciona la violación de esta prohibición con la imposibilidad de usar en el proceso la declaración así conseguida. La Ley expresamente menciona entre los métodos prohibidos los malos tratos, el agotamiento, los ataques corporales, el suministro de drogas, la tortura, el engaño, la hipnosis, las coacciones ilegales, la promesa de sentencias ilegales y la alteración de la memoria o de la capacidad de comprensión.

Es importante destacar que la jurisprudencia ha hecho extensiva la idea original del párrafo 136a del Código Procesal Penal más allá de su tenor literal. De esta forma, el conocido detector de mentiras está prohibido en el Derecho Procesal Penal alemán (BGHSt 5, 332).²⁴ Por medio de este aparato se muestra el funcionamiento inconsciente del cuerpo, como la respiración o la presión arterial, de donde se deducen ciertas conclusiones con relevancia probatoria; con ello el imputado resulta forzado, contra su voluntad, a suministrar pruebas contra sí mismo. Pero si el imputado solicita libremente ser sometido al detector de mentiras, no existe un ataque al principio *nemo tenetur...*;²⁵ no obstante, el Tribunal Supremo Federal alemán considera al detector de mentiras como un medio de prueba totalmente inadecuado por los muchos errores que se derivan de su uso (resolución de diciembre de 1998, BGHSt 44, 308).²⁶

Aunque según su tenor literal, el párrafo 136a sólo es válido para los interrogatorios, la jurisprudencia lo aplica a todos los casos de auto-incriminación no consentida, realizada frente a cualquier autoridad encargada de la investigación criminal. El caso más importante en la práctica es aquél en el que un agente de la Policía, de incógnito, es introducido clandestinamente en la celda de un detenido, obtiene la confianza del sujeto y le sonsa-

23. En la misma dirección se muestra BGHSt 42, 15, donde el BGH admitió una infracción del párrafo 137 y prohibió la valoración de la prueba también en el caso en el que la Policía no había ayudado lo suficiente al imputado, regularmente instruido de sus derechos, en la búsqueda de un abogado defensor. Véase, a este respecto, también BEULKE, NSiZ 1996, 257; MÜLLER, SiV 1996, 358; ROXIN, JZ 1997, 343. No obstante, más restringida, BGHSt 42, 170, con comentarios ROXIN, JZ 1997, 343, también, VENTZKE, SiV 1996, 524.

24. Críticamente al respecto, UNDEUTSCH, ZSiW 87 (1975), 650 con antirítica de PETERS, en el mismo, 663.

25. Sin embargo, se deja abierto este aspecto por BVerfG StraFo 1998, 16.

26. Véase, respecto al valor diagnóstico del resultado del detector de mentiras también RILL/VOSSEL, NSiZ 1998, 481, del mismo modo DELVO, *Der Lügendetektor im Strafprozess der USA*, 1981, pp., 54 y ss., 93 y ss.

ca información sobre el delito, la cual, posteriormente, transmite a la Policía. El Tribunal Supremo Federal ha considerado esto ilícito y ha declarado la información obtenida así como no valorable procesalmente (BGHSt 34, 362).²⁷ Sin embargo, sí puede ser lícito emplear contra el procesado la prueba indirecta que se ha conseguido mediante su declaración, que no puede ser directamente valorada en el proceso. Así, en el supuesto descrito, el detenido habría denunciado al espía que tenía un cómplice. En consecuencia, el cómplice fue considerado como testigo y el detenido juzgado en base a su declaración. El Tribunal Supremo Federal declaró esto lícito,²⁸ rechazando la doctrina americana *fruit of poisons tree* («fruta del árbol envenenado»). Esto se fundamenta en que la Policía, probablemente no podía haber encontrado al testigo de otro modo y en que la utilización de la prueba obtenida indirectamente «es necesaria... para luchar eficazmente contra la delincuencia».²⁹

Considero esto falso, pues admitir una prueba indirecta, permite pasar por alto el principio *nemo tenetur...* Cuando alguien confiesa, como consecuencia del engaño que ha sido provocado por el Estado, y su confesión no se usa en el proceso, sino que se usa al cómplice descubierto a través de ella para declarar su culpabilidad, la sentencia que se pronuncie sobre esta base es producto de una auto-incriminación obtenida a través de un medio prohibido. La tesis de que su uso sería necesario para una lucha eficaz contra la delincuencia es insostenible, ya que, de este modo, podría llegar a desaparecer el mencionado principio del *nemo tenetur...* Y tampoco la posibilidad teórica de obtener una prueba de otra manera puede impedir que no pueda ser utilizada en el proceso; porque ésta casi siempre existe, haría obsoleta la protección de la prohibición de valorarla procesalmente. En todo caso, sólo la alta probabilidad de que se habría encontrado esta prueba en la etapa de instrucción, sin la confesión del procesado, podría fundamentar la posibilidad de usarla en el proceso.³⁰ Espero que ello sirva para que nuestra jurisprudencia se incline por admitir la ampliación del efecto de la prueba prohibida a los «efectos lejanos», en el sentido por mí propuesto.

5. La auto-incriminación ante entidades estatales fuera de un proceso penal pendiente

Según el Derecho alemán, un testigo puede negarse a contestar a una pregunta si la respuesta lo pone en peligro de ser perseguido por la Justicia debido a un determinado hecho delictivo (parágrafo 55 del Código Procesal Penal). Aquí también se amplía al testigo, probablemente culpable, la protección general frente a la obligación de auto-incriminación, antes de que se inicie contra él un proceso penal. Sin embargo, de aquí se deriva el siguiente problema: cuando se inicie un proceso contra el testigo, ¿puede emplearse la negativa a proporcionar información en el primer proceso en su contra una vez que se ha convertido en inculgado? Las autoridades encargadas del proceso podrían, por ejemplo, argumentar que de la negativa a ofrecer información se deduce que el testigo tendría miedo de las consecuencias penales que una contestación verídica a la pregunta podría tener para él; esto constituiría un importante indicio de la existencia de una efectiva conducta delictiva. El Tribunal Supremo Federal trató por primera vez el problema en mayo de 1992 (BGHSt 38, 302) y decidió que, de la anterior negativa a dar información, no puede deducirse ninguna consecuencia perjudicial para el procesado. Esta es la solución correcta. Ya que la protección frente a la auto-incriminación, a cuyo servicio está el derecho a negarse a contestar, se invertiría si, precisamente, la negativa a dar información pudiera ser utilizada como una carga, con lo que nunca llegaría a ejercerse un derecho tan peligroso y el precepto legal carecería de significado.

Algo diferente es el problema que surge cuando una norma obliga al particular a revelar un hecho criminal por razones de naturaleza no jurídico-penales.³¹ Así, por ejemplo, el deudor insolvente debe informar a sus acreedores y al liquidador sobre su conducta en relación con el procedimiento concursal, cuando ha incurrido en un delito (parágrafo 97, apartado 7, frases 2, 3 de la Ley de Insolvencia). Si luego las autoridades encargadas de la persecución criminal convierten esta información en fundamento para un proceso penal, tendríamos un caso en el que se habría obligado al autor de un delito a incriminarse a sí mismo fue-

27. Con anotaciones de FENZER, JZ 1987, 937; GRÜNWARD, StV 1987, 470; SEEBODE, JR 1988, 427; WAGNER, NSiZ 1989, 34.

28. Desde otro punto de vista, LG HANNOVER, StV 1986, 521; FEZER, JZ 1987, 938 y ss.; GRÜNWARD, StV 1987, 472 y ss.; SEEBODE, JR 1988, 430 y ss. WAGNER, NSiZ 1989, 34 y ss.; REICHERT-HAMMER, JuS 1989, 446 y ss.; NEUHAUS, NJW 1990, 1221 y ss.; ROXIN, con en la nota 1, pp. 1 y ss.

29. BGHSt 34, 364.

30. Más detalladamente sobre esto, ROXIN, como en la nota 2, §24, Rn. 47, con mayor información.

31. Más extensamente, al respecto, ROXIN, como en la nota 2, §25, Rn. 12.

ra de un proceso penal. La Ley, en relación a una resolución de nuestro Tribunal Constitucional (BverfGE 56, 37), prescribe que esta información no puede ser usada en un proceso penal contra el deudor insolvente.³²

De otro modo resolvió la jurisprudencia respecto a los solicitantes de asilo (BGHSt 36, 328).³³ Un solicitante de asilo, según el Derecho alemán, debe realizar una declaración respecto a la forma y manera en que ha tenido lugar su entrada en Alemania. Según el parágrafo 47, apartado 1, número 1 de la Ley de Extranjería, puede ser castigado penalmente el solicitante de asilo si ha entrado sin pasaporte o sin permiso de residencia. Si en el proceso de asilo, declara verídicamente que ha entrado en la República alemana de manera ilegal, esta declaración podría ser utilizada en su contra en un proceso penal.³⁴ Esto no resulta convincente. Pues ciertamente no es punible que el solicitante de asilo se niegue a dar información sobre la forma de su entrada. Pero con ello, por un lado, pone en peligro de manera inadmisiblemente su solicitud de asilo, y por otro lado, no resulta convincente que se sancione penalmente al solicitante de asilo si hace públicas, de forma adecuada, las circunstancias de su auto-incriminación (en lugar de callarlas indebidamente).

6. Los límites de la protección frente a la auto-incriminación

Mi explicación dada hasta el momento ha mostrado que, según el Derecho alemán, nadie está obligado a contribuir, con la confesión de su culpabilidad, a probar su responsabilidad. Al respecto, se debe informar al sujeto que puede consultar con un abogado y puede callar sin que esto pueda valorarse en perjuicio suyo. Una infracción de este precepto o el empleo de medios ilegales para conseguir una confesión hace que la declaración no pueda ser valorada en el proceso. Pero esta protección no está exenta de lagunas, como muestra el rechazo a la ampliación del efecto de la prueba

prohibida a los «efectos lejanos» en el sentido por mí propuesto, contrario al criterio jurisprudencial mantenido en numerosas sentencias dictadas en los últimos años.

Pero también hay en Derecho alemán límites a la protección frente a la auto-incriminación. Quisiera informarles brevemente de cuatro importantes aspectos prácticos:

a) El procesado como objeto de investigación

El procesado no tiene que colaborar con las autoridades encargadas de la investigación mediante un comportamiento activo; sin embargo –además de la investigación descrita sobre su ámbito privado–, sí debe soportar injerencias corporales, que pueden contribuir definitivamente al reconocimiento de su culpabilidad. Así, según el parágrafo 81a del Código Procesal Penal,³⁵ debe dejarse extraer sangre para aclarar su eventual responsabilidad lo que, para el delito de conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas (parágrafo 136 del Código penal) se convierte en el medio de prueba más decisivo. Desde 1997 están permitidos también los exámenes genéticos para determinar la responsabilidad de sospechosos (parágrafos 81e-g del Código Procesal Penal).³⁶ No obstante, se necesita una orden judicial escrita. Por tanto, en la medida en que se impone al procesado una obligación a tolerar, claramente se antepone el interés en averiguar la verdad, al interés del procesado a mantener en secreto su «información corporal» y a excluirla como medio de prueba.³⁷

b) La obligación de permanecer en el lugar del accidente que recae sobre el causante del mismo

También quiero mencionar un precepto que tiene plena vigencia en Alemania, aunque en algunos casos equivale a una obligación de auto-incriminación: según el parágrafo 142 del Código Penal, el partícipe en un accidente de tránsito debe esperar en el lugar de los hechos y permitir la verificación

32. Del mismo modo, BGH NJW 1991, 2844 en referencia al deber de declarar según el parágrafo 807 del Código Procesal Civil.

33. Con más amplia información, VENTZKE, StV 1990, 279.

34. Del mismo modo, según KG NSiZ 1995, 146 y BverfG NSiZ 1995, 599, podría ser valorada procesalmente la declaración auto-inculpatória de un asegurado, quien la realiza debidamente frente a su compañía de seguros, porque faltaría una obligación estatal de revelar.

35. Véase al respecto, ROXIN, como en la nota 2, §33, Rn. 6.

36. Más ampliamente, ROXIN, como en la nota 2, §33, Rn. 7.

37. Según BGH NSiZ 1991, 399, la no realización, en el caso dado, del análisis DNA indicado para la declaración de la culpabilidad del autor, lleva a la anulación de la sentencia como consecuencia de la infracción de la obligación legal de declarar del parágrafo 244 II StPO. Por otro lado, el interés en la averiguación de la verdad no disfruta de ninguna superioridad ilimitada y especialmente está delimitado por el principio de la proporcionalidad. En comparación, sobre la toma de manera obligatoria de vomitivos, véase OLG Frankfurt/a.M., NJW 1997, 1647 con observaciones ROGALL, NSiZ 1998, 66 y GRÜNER, JuS 1999, 122.

ción de su identidad, de su vehículo y de la forma en la que ha tenido lugar su participación; si no lo hace, se hace merecedor de una pena por fuga del lugar del accidente.

Seguramente, aquí no llega a existir directamente una auto-incriminación, pero se exige una autodisposición para la aclaración del caso, lo que acaba siendo, en gran parte, una auto-acusación. Sería algo así como si el Código Penal amenazara a un ladrón con una segunda pena si no se queda con su botín en el lugar de los hechos o no esperase la llegada del propietario o de la Policía.

El legislador penal intenta superar el reproche de que aquí existiría una obligación de auto-incriminación aclarando que no es el interés en la investigación, sino la exigencia particular de indemnización del perjudicado el bien jurídico protegido en este precepto.³⁸ Por ello, si el causante del accidente llega a un acuerdo con el perjudicado, podrá marcharse impunemente antes de que llegue la Policía. Pero esto no cambia en nada el hecho de que la obligación de esperar lleva, en la mayoría de los casos, al castigo del sujeto involucrado en un delito de tránsito, quien debe voluntariamente entregarse a la Policía. No niego que esto es lo deseable. Pero precisa más aclaración el si y el cómo de su compatibilidad con la prohibición de auto-incriminarse.³⁹

c) La auto-incriminación en el ámbito privado y por agentes encubiertos

En el proceso penal alemán también se valoran, sin ningún tipo de límites, las auto-incriminaciones realizadas en el ámbito de relaciones privadas. Es decir, lo que el autor del delito cuenta a sus conocidos o a otros sujetos particulares sobre su crimen, puede usarse para probar su responsabilidad, si llega a oídos de las autoridades encargadas de la investigación. Esto también resulta válido para lo que conversa un detenido con otro en la prisión sobre su delito (BGH NStZ 1989, 32). Asimismo, el resultado de un interrogatorio realizado en privado y sin una previa instrucción de los derechos, puede ser utilizado procesalmente sin más (OLG Karlsruhe NStZ 1989, 287).⁴⁰ Cuando el gerente de una empresa, tras un robo, «interroga» al empleado, su declaración auto-incriminatoria puede emplearse en el proceso por parte de las autoridades encargadas de la investigación.

Actualmente, el legislador alemán ha dado un paso más allá y, en el ámbito de la criminalidad organizada, en virtud de la Ley de 15 de julio de 1992, permite el uso de agentes encubiertos para los casos más graves y para el caso en que la investigación fuera especialmente difícil (parágrafos 110 a - e del Código Procesal Penal);⁴¹ éstos son policías que, con identidad falsa y aparentando ser personas particulares, realizan investigaciones. Aquí tiene lugar algo así como si el Estado, a través de las conversaciones privadas simuladas, buscara obtener información de manera voluntaria y emplearla después como prueba de cargo. Lo que se prohíbe en la celda de los detenidos preventivos (véase *supra* II, 4), puede permitirse en la subcultura criminal.

No puede ignorarse que esta regla contradice los principios fundamentales del Derecho Procesal Penal. Cuando un policía se presenta en su condición oficial, no puede engañar a nadie y debe instruir a todo sospechoso de su derecho a negarse a declarar, pero esto ya no resulta válido cuando se presenta con una identidad falsa, en tanto persona particular. La jurisprudencia que ha dado nuestro Tribunal respecto a la regulación legal de esta práctica se fundamenta en la simple apreciación de que no hay otra posibilidad para luchar contra la criminalidad organizada. Esto es, la autorización del uso de estos medios se basa en la necesidad de aclarar hechos criminales —una conclusión jurídicamente cuestionable. Los límites con los que ha provisto la nueva Ley a esta disposición muestran que tampoco el legislador tiene, al respecto, buena conciencia. En todo caso, debe decirse que la prohibición de obtener declaraciones auto-incriminatorias mediante el empleo de engaño por parte del Estado, en los casos de criminalidad organizada, ha dejado, en parte, de estar en vigor.

Del mismo modo, considero peligroso que la jurisprudencia alemana, después de muchas vacilaciones, haya permitido en el año 1996, con carácter general, el conocido caso de los escuchas (BGHSt 42, 139). Así se nombra el caso en el que la Policía pone a su servicio a personas particulares (la mayoría conocidos del sospechoso) y los usa para descubrir al culpable. Si esto se hace en la creencia de que tendrá lugar una conversación privada con la persona contactada por la Policía, en la que el sospechoso confesará, dicha conver-

38. Véase, JANISZEWSKI, DAR 1975, 171; MÜLLER-EMMERT/ MAIER, DRiZ 1975, 176, GEPPERT, BA 1991, 32.

39. Sobre la constitucionalidad del parágrafo 142 StGB, véase BverfGE 16, 191; SEIB, JR 1986, 397; ARLOTH, GA 1985, 492 y ss.; GEPPERT, BA 1991, 31 y ss. Críticamente, HAHN, NJW 1976, 509.

40. Con anotaciones ROGALL, NSIZ 1989, 288.

41. Más ampliamente al respecto, ROXIN, como en la nota 2, §10, Rn. 25 y ss.

sación podrá ser utilizada para probar su responsabilidad. En mi opinión, ello es absolutamente rechazable,⁴² porque se elude la obligación de la Policía de instruir al procesado de su derecho a negarse a declarar y de su derecho a consultar con un abogado.

d) Declaraciones espontáneas y preguntas informales

Finalmente, no existe tampoco ninguna protección frente a la auto-incriminación en los casos de manifestaciones espontáneas. Es decir, cuando alguien, fuera de un interrogatorio, se acusa frente a la Policía de un delito, puede emplearse esta declaración en su contra, aunque no haya sido instruido de sus derechos.⁴³ Como las preguntas que se realizan sobre los detalles del hecho y que realiza el policía a quien se ha llamado al lugar del suceso, sin que exista aún ningún imputado, no constituyen tampoco ningún interrogatorio, no se requiere tampoco ninguna instrucción previa de derechos.⁴⁴ Si alguien, frente a estas preguntas de orientación, realiza declaraciones inculpatorias, podrán éstas ser utilizadas en un proceso. La obligación de instruir respecto a los derechos del imputado, con el consiguiente efecto de no poder ser usada procesalmente la declaración realizada sin una previa instrucción, nace cuando alguien pasa de ser considerado testigo a imputado. Esto sucedería ya en el caso en que se preguntara a alguien sobre el que recae ya una concreta sospecha. No es preciso, por tanto, una incriminación formal o una designación concreta como «imputado».

III. La protección del ámbito privado

1. Derechos legales de injerencia

Según el Derecho Procesal Penal alemán, en general, el ámbito privado se protege frente a toda

injerencia estatal; sin embargo, esta protección que ofrece el legislador debe ponderarse con el interés del Estado en la averiguación de la verdad. Esto significa que la injerencia en el ámbito privado sólo está permitida en tanto está autorizada expresamente por el legislador. La ley prevé algunas formas de injerencia, como la confiscación (parágrafos 94 y siguientes del Código Procesal Penal), el registro (parágrafos 102 y siguientes Código Procesal Penal) y la intervención telefónica (parágrafos 100a-b Código Procesal Penal).⁴⁵ No obstante, no están permitidas estas injerencias de forma absoluta, sino que están vinculadas al cumplimiento de condiciones exactamente determinadas, en las cuales se pone de manifiesto el equilibrio que existe entre el interés en la investigación criminal y la protección de la persona. Así, por ejemplo, una intervención telefónica sólo puede ser dispuesta para delitos muy graves, enumerados específicamente por la Ley. El permiso sólo puede ser dado a través del juez, en casos particulares, y con la presencia del Ministerio Público; esta autorización judicial debe ejecutarse en el plazo de tres días.

Estas reglas de delimitación precisa traen como consecuencia el que no puedan usarse procesalmente los medios de pruebas obtenidos si no se han cumplido los preceptos legales. Si, por ejemplo, la Policía ha dispuesto una intervención telefónica, la prueba conseguida no podrá usarse en el proceso.⁴⁶ Tampoco pueden emplearse procesalmente las pruebas obtenidas a través de una intervención telefónica cuando se trate de delitos respecto a los cuales no está permitida la intervención y sobre aquéllos que no están en conexión con los delitos respecto a los cuales se ha autorizado la intervención (parágrafo 100 b V Código Procesal Penal).⁴⁷ Si, por ejemplo, se ha intervenido el teléfono de un sospechoso en un delito de tráfico ilícito de drogas agravado, pero la intervención sólo prueba un robo o una estafa cometidos por el sospechoso, no puede ser utilizado este material en su contra.

42. Más detalladamente, ROXIN, NSiZ 1995, 465, y NSiZ 1997, 18. También en el mismo sentido de rechazo, BERNSMANN, SiV 1997, 116; RENZIOWSKI, JZ 1997, 710. Por el contrario, al igual que el BGH, a favor, VERREL, NSiZ 1997, 363, 415.

43. BGH NSiZ 1990, 43, con observaciones en contra FEZER, SiV 1990, 195; OLG Stuttgart MDR 1977, 70.

44. BGHSt 38, 227 y ss.

45. Más extensamente sobre estas medidas coactivas, ROXIN, como en la nota 2, §34, 35.

46. BGHSt 31, 304 con anotaciones a favor, J. MEYER, NSiZ 1983, 466.

47. 100 b V StPO sólo fue incluido en el texto de la OrgKG de 15 jul. 1992 para aclarar la norma, sin que por ello hubiera la intención de cambio frente a la actual jurisprudencia (BT-Drucks. 12/989, 38). Ésta es objeto de comentarios, véase al respecto, BverfG NSiZ 1988, 32; BGHSt 26, 298; 27, 355; 28, 122; 31, 296; 32, 10, 68; WOLTER, NSiZ 1984, 276; GÖSSEL, NJW 1981, 649, 654 y ss.; el mismo, JZ 1984, 361 y ss.; SCHLÜCHTER, NSiZ 1984, 373; ROGALL, NSiZ 1988, 385. Más ampliamente sobre la valoración probatoria de los hallazgos casuales en el marco de la intervención telefónica, ROXIN, como en la nota 2, §34, Rn. 32 y ss., también NACK, en *Karlsruher Kommentar*, 4.ª ed., 1999, §100 a, Rn. 41 y ss.

Sucedió una vez que el delincuente, cuya comunicación telefónica estaba intervenida de forma lícita, se olvidó de colgar el teléfono. De esta manera, las autoridades encargadas de la investigación escucharon la conversación del matrimonio intervenido mientras comían, lo que les llevó a averiguar su negocio de tráfico ilícito de drogas. El Tribunal Supremo Federal también prohibió el uso de este material (BGHSt 31, 296)⁴⁸ porque no se había otorgado una autorización especial para escuchar en una vivienda particular una conversación distinta a la telefónica. De esta forma, la jurisprudencia alemana ha desarrollado una rica casuística, la cual permite equilibrar de forma razonable el interés en la búsqueda de la verdad, —o como expresa una frase usada a menudo: «la necesidad de una eficaz función protectora del Derecho penal»—, y la protección del individuo.⁴⁹

2. Injerencia en el ámbito personal no prevista por las normas legales

a) La teoría de los dos niveles del Tribunal Constitucional

Las dificultades más grandes para el derecho de la prueba se suscitan allí donde las autoridades encargadas de la investigación criminal obtienen medios de pruebas especialmente privados o íntimos, sin que el modo de su obtención infrinja prescripción legal alguna.⁵⁰ Así, por ejemplo, se entrega a las autoridades una cinta realizada por un particular en la que el procesado se manifiesta de forma delictiva o informa de hechos delictivos cometidos por él anteriormente. O la Policía consigue, mediante el envío de un tercero, el diario del procesado, en el que narra sus crímenes o suministra otras pruebas contra sí mismo; o encuentra el diario bajo los papeles incautados legalmente.

Tales casos, para los que no hay en el Código Procesal Penal alemán ninguna disposición expresa, se tratan en Alemania según reglas que el Tribunal Constitucional ha deducido directamente de los derechos fundamentales, reconocidos constitucionalmente, de la dignidad humana (artículo 1 de la Ley Fundamental) y del libre desarrollo de

la personalidad (artículo 2, apartado 1 de la Ley Fundamental). A este respecto, es decisiva la teoría de los dos niveles desarrollada por el Tribunal Constitucional (BverfGE 34, 238).⁵¹ Según ella, debe diferenciarse entre un ámbito nuclear dentro de la vida de una persona y el simple ámbito privado. Los medios de prueba referidos al ámbito más interno de la personalidad no pueden ser utilizados procesalmente, mientras que, en relación al resto del ámbito privado, el criterio judicial, respecto al uso de dicho medio de prueba, deberá decidir entre el interés estatal en la investigación o la protección de la persona.

Para decirlo con las mismas palabras que el Tribunal Constitucional: la Ley Fundamental, esto es, la Constitución alemana, garantiza «al ciudadano particular un ámbito intangible dentro de su vida privada,..., el cual está sustraído de la intervención del poder público... El interés predominante de la generalidad no puede justificar una injerencia en ese núcleo totalmente protegido de la vida privada; no puede realizarse ninguna comparación entre ambos según la medida que impone el principio de proporcionalidad» (BverfGE 34, 245). Sin embargo, en tanto no se afecte «el ámbito intangible de la vida privada», hay que ponderar entre el interés en la averiguación de la verdad y el interés del procesado en la protección de su ámbito privado.

b) La jurisprudencia sobre el núcleo intangible de la vida privada

¿Qué significa esto en la práctica? Debe afirmarse que la información respecto a la esfera íntima, en principio, no puede ser usada en un proceso. A este respecto, se debe incluir la información sobre enfermedades, experiencias sexuales, pero también sobre ideas y conflictos internos que sólo son confiados a registros privados. Así, cuando un drogodependiente habla sobre su adicción en una carta que no ha enviado a su médico, permitiendo así concluir la comisión de un delito relacionado con la droga, no puede usarse esta información en un proceso (BayObLG NStZ 1992, 556). Si una joven describe en un diario una relación íntima, este dato no puede utilizarse para una condena por

48. Con observaciones, en su conjunto, a favor, AMELUNG, JR 1984, 256; GEERDS, NSiZ 1983, 518; GÖSSEL, JZ 1984, 361.

49. En tanto el Derecho Procesal Penal es también, en su aplicación práctica, el sísmógrafo de la Constitución, véase ROXIN, como en la nota 2, §2, Rn. 1.

50. A este respecto, más ampliamente, BAUMANN/BRENNER, *Die strafprozessualen Verwertungsverbote*, 1991, p.p. 156 y ss.; KÜPPER, JZ 1990, 416; ROXIN, como en la nota 1, pp. 78 y ss.; el mismo, como en la nota 2, §24, Rn. 41 y sis. U. SCHROTH, JuS 1998, 979 y ss., además con más amplia información.

51. Sobre las dificultades de la aplicación práctica de esta teoría, véase HOFMANN, JuS 1992, 591, como también, en general, WOLTER, NSiZ 1993, 1 y ss.

perjurio aunque haya negado bajo juramento esta relación en un proceso anterior (BGHSt 19, 325). Cuando la esposa describe en notas personales la actividad delictiva de su esposo, éstas no pueden usarse para probar su responsabilidad (LG Saarbrücken, STV 1988, 480).

Sin embargo, la teoría del núcleo plantea dudas cuando se trata de delitos en su forma más grave. En el año 1985 tuvo lugar un caso en el que una mujer, mientras descansaba en el césped, fue asesinada por la espalda con un hacha. El acusado, bajo sospecha de ser el autor, fue finalmente condenado por ello porque, en unas notas personales, sin referencia al hecho concreto, había puesto de manifiesto su dificultad con las mujeres y su inclinación a realizar actos sexuales violentos, a lo que nunca se había resistido.

Para mí no resulta cuestionable que lo escrito por el procesado respecto a sus problemas sexuales y a sus inclinaciones criminales afecta al ámbito más interno de su persona, así que, según los principios desarrollados por el Tribunal Constitucional, la narración no debiera haber sido usada en el proceso. El precio de esta solución, sin embargo, hubiera sido muy alto: se tendría que haber absuelto a un acusado cuyo asesinato había sido demostrado ante el Tribunal. Este precio no ha querido ser pagado por nuestros Tribunales. En el caso descrito, el Tribunal Supremo Federal, en una sentencia de julio de 1987 (BGHSt 34, 397),⁵² ignoró completamente la teoría del núcleo del Tribunal Constitucional y se centró en valorar aquello que el Tribunal Constitucional permitía respecto a la injerencia en el simple ámbito privado, con el argumento de que tras la «ponderación entre los derechos del individuo, por un lado, y la exigencia de protección del Derecho penal», por otro, debía permitirse el uso de lo escrito en el diario, porque el asesinato es «uno de los delitos más graves» (BGHSt 34, 401).

El caso llegó después, en el año 1989, ante el Tribunal Constitucional (BverfGE 80, 367). De los ocho Magistrados del pleno, cuatro votaron a favor y cuatro en contra de valorar lo escrito en el diario. Al haber un empate, no pudo declararse la inconstitucionalidad de la resolución, por lo que el resultado fue la validación de la sentencia recurrida. Los cuatro Magistrados partidarios de valorar el diario en el proceso, afirmaban que lo escri-

to «no pertenecía al ámbito de protección absoluta de la vida personal», porque el acusado había redactado sus ideas y «de esta forma habían salido del ámbito interno de su exclusivo dominio», y dado que el contenido «sobre la esfera jurídica de su autor salió, su trascendencia afecta a la colectividad de manera permanente» (BverfGE 80, 376).⁵³

Considero insuficiente esta argumentación ya que prácticamente anula el reconocimiento de un ámbito humano interno, el cual también es intangible para el Estado; pues las ideas que no salen del ámbito interno de la persona, sino que se conservan en su propio interior, y que además no trascienden de manera duradera a la colectividad, no precisan protección frente a la intervención estatal porque, desde un principio, no están al alcance del Estado y tampoco le interesan.

Sin embargo, otros cuatro Magistrados asumieron la opinión contraria y consideraron la valoración procesal de las notas un ataque contra la dignidad humana. Estas contienen «un monólogo íntimo», que está sustraído de toda injerencia estatal. Se decía en el voto particular de estos cuatro Magistrados: «igual que un acusado tiene un derecho constitucional a no declarar frente a una acusación penal, en los mismos términos y de forma ilimitada también está protegido, constitucionalmente, de ser confrontado contra su voluntad, en un proceso penal, con aspectos de su vida que conciernen a su ámbito personal interno; lo que prohíbe una disposición sobre su propio YO que incumbe a la persona y que elimina su dignidad...» (BverfGE 80, 382 y siguientes). También, la mayoría de la literatura científica rechaza la decisión adoptada por el Tribunal Supremo Federal y por el Tribunal Constitucional de permitir el uso procesal de las notas.⁵⁴ La discusión latente muestra que la sentencia trata sobre la protección del ámbito más íntimo de la persona, un problema sobre cuya solución nuestra jurisprudencia aún no ha dicho su última palabra.

c) La jurisprudencia referida al ámbito privado en general, no al núcleo más íntimo de la persona

El uso procesal de medios de prueba relacionados al mero ámbito privado, allí donde el legislador no se ha pronunciado, está sujeto a una valo-

52. Al respecto, PLAGEMANN, NSiZ 1987, 570 y GEPPERT, JR 1988, 471.

53. Así también, BEULKE, como en la nota 10, Rn. 473. Sobre la valoración de la prueba en general, también, GEPPERT, JR 1988, 471 y ss., ROGALL, ZStW 103 (1991), 931, nota 147.

54. Así BERKEMANN, JR 1990, 226; GEIS, JZ 1991, 112; KÜPPER, JZ 1990, 420; LORENZ, GA 1992, 254; ROLF SCHMIDT, Jura 1993, 591; STÖRMER, NSiZ 1990, 397; WOLTER, Meyer-GS, 1990, 493; el mismo, SiV 1990, 175.

ración judicial. En relación con esta valoración, la jurisprudencia ha tratado el tema, sobre todo, de las grabaciones realizadas en secreto por particulares, y con cuya ayuda se pueden probar determinados delitos. En general, los Tribunales, en relación a los delitos más graves, han dado primacía al interés en la averiguación de la verdad, y respecto a los menos graves, por el contrario, han dado prioridad a la protección del ámbito privado.⁵⁵

Una sentencia del Tribunal Supremo Federal del año 1989 contempló el caso en el que dos hombres de negocios hablaban sobre un gran incendio que planeaban (parágrafo 306 del Código Penal). Uno de los dos hombres de negocios grabó la conversación de forma secreta y más tarde la aportó al Tribunal como prueba. Aunque la realización de grabaciones secretas sobre conversaciones privadas está sancionada penalmente, según el Derecho alemán (parágrafo 201 del Código Penal), el Tribunal Supremo Federal aceptó la grabación como prueba (BGHSt 36, 167).⁵⁶ La conversación de dos hombres de negocios no se encontraría en el ámbito intangible por antonomasia de la vida personal y, respecto a la consiguiente lícita valoración, merecería primarse el interés en la averiguación de la verdad, frente a la protección de la vida privada, porque el incendio cualificado es un delito grave castigado con pena privativa de libertad de hasta quince años.

Respecto a los delitos menos graves, por el contrario, se dispone la primacía de la protección del ámbito privado. Así, el Tribunal Supremo Federal ha rechazado el uso procesal de una grabación oculta que podía emplearse como prueba de un delito de perjurio (BGHSt 14, 358). De manera análoga, el Tribunal Superior de Baviera rechazó como prueba una grabación que podía demostrar la comisión de un delito de difamación y calumnia (BayObLG NStZ 1990, 101).⁵⁷

3. Las «grandes escuchas»

Después de que en 1992, se permitieran las escuchas secretas de conversaciones con ayuda de medios técnicos fuera del domicilio («pequeñas

escuchas», parágrafo 100 c, apartado 1, número 2 Código Procesal Penal); en 1998, después de una larga y controvertida discusión, también se permitió la escucha en domicilios privados, bajo estrictas condiciones («grandes escuchas», parágrafo 100c, apartado 1, número 3 Código Procesal Penal).⁵⁸ Así, puede ser autorizada la vigilancia acústica de un domicilio particular, durante determinado plazo, en casos de sospecha de un determinado delito grave, por una Sala especial de lo Penal, (en Perú = Sala Superior Penal), (en casos de urgencia, también por su Presidencia), cuando la aclaración del hecho fuera extraordinariamente difícil o imposible. En relación a titulares de secretos profesionales (como por ejemplo, abogados y médicos) no está permitida la vigilancia domiciliaria.

A pesar de estas limitaciones, la norma citada es muy criticada porque no sólo perjudica puntualmente el ámbito privado doméstico (como sucede respecto a los registros domiciliarios, confiscaciones y escuchas telefónicas), sino que la anula por completo.⁵⁹ Cada manifestación acústica—incluso dentro del dormitorio— es controlada por el Estado. Considero esto como un ataque a la dignidad humana. Independientemente de ello, puede augurarse poco éxito a tales medidas, porque las personas interesadas sostienen sus conversaciones relevantes penalmente fuera del domicilio o encuentran medidas electrónicas u otras formas de protección frente a las escuchas.

IV. Resumen y perspectivas

Mi exposición ha puesto de manifiesto que la legislación y la jurisprudencia alemanas garantizan, hasta ahora, de una forma relativamente amplia, pero no completa, la protección del procesado frente a una auto-incriminación involuntaria conseguida por el Estado. Frente a esto, el ámbito privado, esto es, en su aspecto básicamente más interno, puede ser considerado intangible, pero, también, sin lógica alguna, puede ser objeto de valoración en caso de preponderancia del interés es-

55. En general, se debe valorar, por un lado, la importancia del reproche del hecho y la imposibilidad de renunciar a la prueba, así como el rango de los derechos fundamentales en cuestión, y, por otro, la importancia del concreto ataque. Véase BGH NStZ 1994, 350, con anotaciones LORENZ, JR 1994, 430.

56. Con anotaciones en contra, JOERDEN, Jura 1990, 633 (642 y ss.).

57. De la misma manera, BayObLG NStZ 1992, 556, sobre la valoración probatoria del contenido de una carta escrita por el procesado a su médico, que no le fue remitida.

58. Más ampliamente, sobre el uso de medios técnicos en la persecución penal, ROXIN, como en la nota 2, §10, Rn. 23 y ss., con numerosas anotaciones.

59. Fundamentalmente crítico también DITTRICH, NStZ 1998, 336. A favor de un planteamiento limitado, al menos, a la conformidad constitucional, DENNINGER, StV 1998, 401; MOMMSEN, ZRP 1998, 459; NACK, en *Karlsruher Kommentar*, 4.ª ed., 1999, §100 c, Rn. 44. En contra, no obstante, KLEINKNECHT/MEYER-GOSSNER, 44.ª ed., 1999, §100 c, Rn. 11.

tatal en la averiguación de la verdad. En casos particulares, estos principios no siempre se cumplen sin contradicciones. Por lo que respecta al legislador, esto tiene su origen en que, a menudo, se deja llevar por las tormentas políticas cambiantes diariamente, mientras que la jurisprudencia debe partir del caso particular, perdiendo de vista, a veces, la perspectiva de conjunto. También a veces, la legislación y la jurisprudencia siguen tendencias diferentes.

Sin embargo, respecto a todo lo que se ha tratado en cada apartado en particular, y en cuya crítica me he ocupado, la jurisprudencia alemana marcha por un camino sensato; respecto a la legislación alemana estoy menos seguro, tal y como pueden mostrar mis observaciones sobre los agentes encubiertos y sobre las escuchas. Así, la jurisprudencia llega allí donde la ley escrita calla y debe seguir desarrollándose en su producción jurídica en referencia a sus dos fuentes principales de conocimiento, cuya consulta considero muy fructífera. La primera consiste en los derechos fundamentales de nuestra Constitución, los cuales son idénticos a los derechos humanos y al derecho a la libertad reconocidos en la mayor parte del mundo. La segunda es el Derecho comparado, esto es, la orientación hacia estándares internacionales. Particularmente, el Derecho Procesal Penal anglo-

americano ha influido considerablemente en la jurisprudencia alemana tras la guerra; por ejemplo, la exigencia del *fair trial* reconocida como uno de los principios más importantes de nuestro proceso.⁶⁰ Ambas fuentes de conocimiento son guías para una cultura jurídica mundial, en cuya posibilidad creo incluido mi tema.

De cara a un esfuerzo más amplio, esto significa en este ámbito: que los procesalistas de todos los países deberían comparar las soluciones a los problemas que ofrecen los diferentes ordenamientos jurídicos sobre el tema aquí tratado, y sobre la base de un consenso general sobre el papel del Derecho penal y los derechos fundamentales del hombre irrenunciables, y deberían también elaborar las directrices válidas para la protección frente a la auto-incriminación involuntaria y garantizar el derecho a la esfera privada. Cuando estas directrices permitan cambiar la jurisprudencia de los Estados particulares en su práctica cotidiana y sus decisiones sean controladas por Tribunales internacionales, que, en parte ya existen (como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos), en parte aún están pendientes de creación, algo se lograría para la imposición de un Derecho Procesal Penal humanitario y no obstante efectivo, así como para la siempre importante unificación jurídica internacional. ●

60. Más detalladamente, ROXIN, como en la nota 2, §11, Rn. 9 y ss.