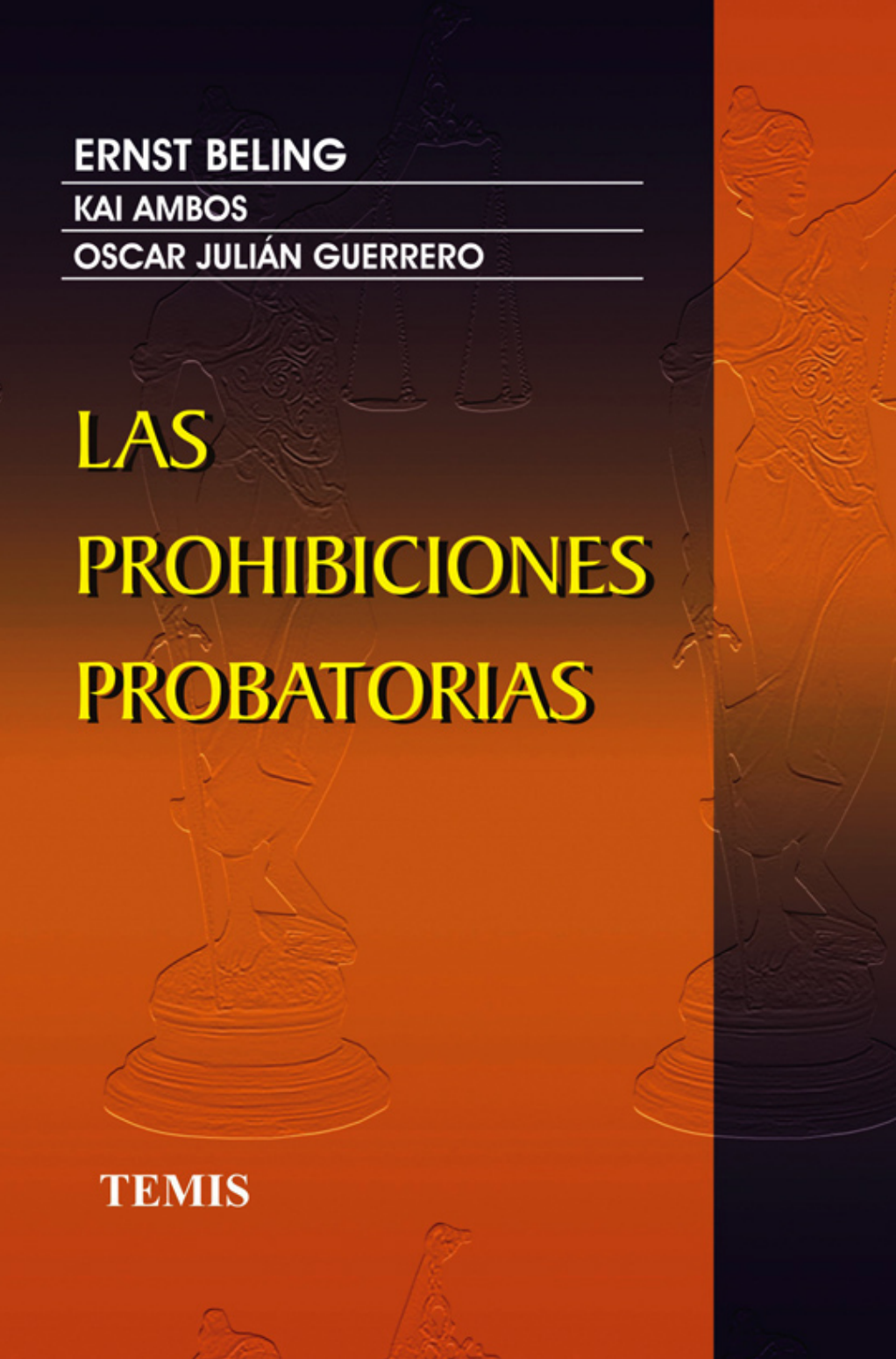




ERNST BELING

KAI AMBOS

OSCAR JULIÁN GUERRERO

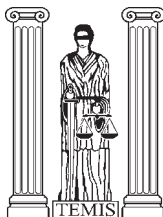
LAS PROHIBICIONES PROBATORIAS

TEMIS

LAS PROHIBICIONES PROBATORIAS

ERNST BELING - KAI AMBOS
ÓSCAR JULIÁN GUERRERO

LAS PROHIBICIONES PROBATORIAS



EDITORIAL TEMIS S. A.
Bogotá - Colombia
2021



ANTES QUE EL LIBRO CIENTÍFICO MUERA

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

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

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

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

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

© Ernst Beling, Kai Ambos y Óscar Julián Guerrero, 2021.

© Editorial Temis S. A., 2021.

Calle 17, núm. 68D-46, Bogotá.

www.editorialtemis.com

correo elec.: editorial@editorialtemis.com

Hecho el depósito que exige la ley.

ISBN 978-958-35-0730-4

2398 200900037100

ISBN e-book 978-958-35-1304-6

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

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

PRESENTACIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ÍNDICE GENERAL

	PÁG.
Presentación	VII

ERNST VON BELING

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

KAI AMBOS

LAS PROHIBICIONES DE UTILIZACIÓN DE PRUEBAS EN EL PROCESO PENAL ALEMÁN

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

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

ÓSCAR JULIÁN GUERRERO P.

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

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

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

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

ERNST VON BELING

¡Distinguida audiencia!

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

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

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

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

bota que delata al culpable, el cadáver e incluso el interior del cuerpo de una persona viva, etc. Todos los progresos de la técnica pueden y deben estar al servicio del proceso penal, el cual efectivamente también debe estar a la altura de los tiempos. La justicia moderna trabaja allí donde se da la oportunidad para ello, con fotografías y teléfono, fonógrafos y rayos x, con medidas antropométricas y análisis químicos¹.

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

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

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

También hay que distinguir rigurosamente las prohibiciones de prueba de las *reglas de prueba negativas*. El antiguo derecho procesal común conocía numerosas disposiciones sutiles que ataban al juez a imposiciones en la determinación de los hechos: estas le decían bajo qué presupuestos tenía que considerar un hecho verdadero —reglas de pruebas positivas— o no verdadero —reglas de prueba negativas—. Por el contrario, el derecho actual proclama el principio de la libre valoración de la prueba: es cuestión de la propia convicción del juez considerar un hecho como verdadero o no. Por tanto, las reglas negativas de prueba (como las positivas) pertenecen básicamente al pasado. Pero su desaparición no ha afectado las prohibiciones de prueba. Hasta ahora sus rasgos específicos no han sido bastante reconocidos y con demasiada frecuencia se les ha confundido con las reglas de prueba negativas². No obstante, existe

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

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

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

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