

# *Tiene Derecho a Permanecer Callado, todo lo que diga en una Conversación Privada puede ser grabado Subrepticamente y Utilizado en su Contra en una Investigación Penal*

**José Leandro Reaño Peschiera**

*Profesor de la Facultad de Derecho y de la Maestría en Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctorado en Derecho Penal de la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona).*

*«No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury [...]; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, [...]»\*\**

**SUMARIO**\*\*\*. I. Sinopsis. II. La garantía de «no autoinculpación». A. Referencia histórica y panorama legislativo. B. La concreción de la garantía de «no autoinculpación» en la fase de realización procesal del Derecho sustantivo. III. La admisibilidad probatoria de grabaciones o escuchas subrepticias: criterios y propuestas de solución. IV. La valoración de los medios de prueba referidos a la declaración autoinculpatória que fuera provocada preponderantemente por un particular. V. *Excursus*: La necesidad de orientar el Derecho penal a los fines de un sistema integral de Derecho penal.

## **I. Sinopsis**

La problemática que aborda el presente trabajo puede ser expresada en los siguientes términos: ¿pueden valorarse en contra del imputado aquellas manifestaciones autoincriminatorias realizadas en el contexto de una conversación privada que es grabada subrepticamente por uno de los interlocutores – o escuchada clandestinamente por un tercero – con conocimiento de las autoridades encargadas de la persecución penal?. En las páginas que siguen se evalúan críticamente los criterios más significativos que sobre este tema ha elaborado la doctrina procesal penal con ocasión del conocido caso de las «trampas de escucha» –*Hörfallen*–, enjuiciado entre 1995 y 1996 en la República Federal Alemana, y que mereciera, entre otros, un comentario de *Claus Roxin*<sup>1</sup>.

Según el relato fáctico que expone *Roxin*, en el marco de una investigación preliminar la Policía solicitó

a un particular, quien había atestiguado en contra del principal sospechoso, que entable una conversación telefónica con el investigado con la esperanza de que en el curso del diálogo informal éste acepte su participación en los hechos materia de imputación. Dicha conversación, desarrollada en lengua árabe, fue a su vez escuchada por un traductor al servicio de la Policía. Todo ello con el consentimiento del interlocutor persuadido de contactar al sospechoso.

El *LG* condenó al acusado sobre la base de la declaración del intérprete que escuchó la mencionada conversación telefónica, quien fue interrogado en el juicio oral como testigo. Por su parte, la Sala Quinta de lo Penal del BHG declaró inutilizable la prueba referida a la *conversación* telefónica mantenida entre el testigo y el imputado, por considerar infringido el deber de instruir al interrogado respecto del derecho al silencio y al asesoramiento técnico legal; es decir, se negó valor probatorio al testimonio del intérprete por estimarse que

\*\* Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América.

\*\*\* Abreviaturas empleadas: §: parágrafo; ADP: Anuario de Derecho Penal Peruano; ADPCP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales; Art.: artículo; BGH *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo Federal Alemán); CADH: Convención Americana de Derechos Humanos; C93: Constitución Política del Perú; CP91: Código Penal peruano; CPP1940: Código de Procedimientos Penales de 1940, aún vigente. CPP2004: Código Procesal Penal peruano, promulgado por Decreto Legislativo N° 957, y que entrará progresivamente en vigencia a partir del 1 de febrero de 2006; comps.: compiladores; dir.: director; eds.: editores; LG: *Landgericht* (Tribunal del Land); LPT: Ley Penal Tributaria peruana (Decreto Legislativo N° 813); PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; PJ: Revista del Poder Judicial; RP: Revista Penal; RPDJP: Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales; StPO: *Strafprozeßordnung* (Ordenanza Procesal Penal alemana); STC: Sentencia del Tribunal Constitucional; STCP: Sentencia del Tribunal Constitucional peruano; STS: Sentencia del Tribunal Supremo español; trad.: traducción; TC: Tribunal Constitucional; TS: Tribunal Supremo español.

<sup>1</sup> ROXIN, «Comentario a la resolución del Tribunal Supremo Federal Alemán sobre las trampas de la escucha». *PJ* N° 47, pp. 179-205.



la garantía *nemo tenetur se ipsum accusare* (nadie está obligado a declarar contra sí mismo, en adelante: *nemo tenetur*) debe respetarse aun cuando no se trate de un interrogatorio formal, pero siempre que haya sido instado por el órgano encargado de la persecución penal. Finalmente, tratándose de una decisión discrepante respecto de la interpretación que en esta materia había mantenido la Sala Segunda de lo Penal del BHG, el caso fue sometido al *Gober Senat* (Gran Sala), que se pronunció por la validez probatoria del testimonio del traductor que escuchó clandestinamente la conversación entre el particular y el imputado.

En esta última resolución, el *Gober Senat* sentó como criterio general la legitimidad probatoria de la información que el Estado obtenga del inculcado a través de conversaciones aparentemente privadas siempre que «se trate de esclarecer un hecho punible muy relevante y la investigación de los hechos a través de la utilización de otros métodos de investigación hubiera obtenido considerablemente menos resultados o hubiera sido sensiblemente más complicada»<sup>2</sup>. Se trata, en suma, de un razonamiento ponderativo que privilegia excepcionalmente la eficacia en la persecución delictiva frente a la violación de garantías procesales pues, según esta lógica, la prueba testimonial hubiese sido rechazada para fundamentar la condena del acusado sólo en el supuesto de que los intereses lesionados por el hecho investigado no hubiesen sido de gran relevancia o en el caso de que los órganos de persecución penal hubiesen contado con cursos hipotéticos alternativos y plausibles para acreditar la responsabilidad del imputado.

Fundamentalmente, el punto controvertido de esta problemática gira en torno al alcance de la garantía

de *no autoincriminación*, cuyas fronteras se tornan difusas en ámbitos ajenos a las actuaciones procesales formales, aunque –como veremos– también dentro de las actuaciones propias del proceso penal la fuerza garantista del principio *nemo tenetur* sufre una importante relativización. Como no puede ser de otro modo, antes de intentar fijar criterios que delimiten el ámbito de operatividad práctica del derecho a guardar silencio, nos aproximaremos –aunque sólo a través de un tenue esbozo– a la discusión sobre los fundamentos históricos y dogmáticos de la garantía *nemo tenetur*, comúnmente considerada como uno de los logros más significativos del proceso penal reformado<sup>3</sup>.

## II. La garantía de «no autoinculpación»

### A. Referencia histórica y panorama legislativo

A diferencia de lo que ocurre en el ámbito jurídico de los Estados Unidos de América, el principio *nemo tenetur* no se encuentra expresamente positivizado en los ordenamientos internos alemán y peruano, sino que suele deducirse, en el primer caso, de los Arts. 1º y 2º de la Ley Fundamental de Bonn y del Art. 14º.3.g) PIDCP<sup>4</sup>; y, en el segundo, del Art. 139º.3) C93<sup>5</sup> y del Art. 8º.2.g) CADH<sup>6</sup>. Por su parte, la obligación de instruir al interrogado sobre el derecho a no declarar respecto a los hechos objeto de imputación encuentra previsión explícita en el § 136 I 2 StPO<sup>7</sup> y en el Art. 71º.2. d) CPP, la cual rige desde el inicio de las primeras diligencias de investigación<sup>8</sup>.

La infracción por parte de los órganos encargados de la persecución penal del deber de informarle al imputado sobre su derecho a no declarar acarrea la inutilidad probatoria de las manifestaciones

2 ROXIN, «Comentario a la resolución del Tribunal Supremo Federal Alemán sobre las trampas de la escucha», p. 195.  
 3 PAWLIK, «Investigaciones secretas y derecho del imputado a no prestar declaración. En torno a los límites de aplicación de los parágrafos 136 I 2 y 136 a del Ordenamiento Procesal Penal alemán», trad. Teresa Manso Porto, *RPDIP* N° 4 (2003), p. 317.  
 4 KIRSCH, «¿Derecho a no autoinculpación?», *La insostenible situación del Derecho penal*, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed. alemana) y Área de Derecho Penal de la Universitat Pompeu Fabra (ed. española), Comares, Granada, 2000, pp. 247-264.  
 5 Artículo 138º.- «Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. [...]».  
 6 Artículo 8º CADH.- «Garantías judiciales. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable». Según la redacción actual del Art. 127º CPP1940: «Si el inculcado se niega a contestar alguna de las preguntas, el juez penal las repetirá aclarándolas en lo posible, y si aquél se mantiene en silencio, continuará con la diligencia dejando constancia de tal hecho». Antes de la modificatoria operada por Ley N° 27834, de 21 de septiembre de 2002, el citado precepto establecía que: «... modificado por Ley N° 27834, de 21 de septiembre de 2002: «El juez le manifestará (al inculcado) que su silencio puede ser tomado como indicio de culpabilidad». Por su parte, en el Art. 245º CPP1940, modificado por el Art. 1º de la Ley N° 28117, de 10 de octubre de 2003, se establece que: «Si el acusado se niega a declarar, el Presidente podrá, en la fase procesal correspondiente, disponer la lectura de las declaraciones prestadas por aquél en la instrucción, si las hubiera, las que de esa forma se incorporan al debate y en su oportunidad serán valoradas conforme al artículo 283º. En el curso de la audiencia el acusado podrá solicitar ser examinado, momento en que puede ser interrogado de acuerdo a los artículos 244º y 247º. Cuando el acusado que está declarando guarda silencio frente a una pregunta, se dejará constancia de tal situación y se continuará con el interrogatorio».  
 7 § 136 I 2 StPO: «Se le advertirá —al inculcado al comienzo del interrogatorio— que es libre según la Ley de declarar sobre la inculpación o no, de manifestarse sobre la causa y de consultar en cualquier momento, incluso antes del interrogatorio, a un defensor elegido por él».  
 8 Artículo 71º CPP2004.- Derechos del imputado.- 1. El imputado puede hacer valer por sí mismo, o a través de su Abogado Defensor, los derechos que la Constitución y las Leyes le conceden, desde el inicio de las primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso. 2. Los Jueces, los Fiscales o la Policía Nacional deben hacer saber al imputado de manera inmediata y comprensible, que tiene derecho a: d) Abstenerse de declarar; y, si acepta hacerlo, a que su Abogado Defensor esté presente en su declaración y en todas las diligencias en que se requiere su presencia.

contenidas en la declaración<sup>9</sup>. Finalmente, respecto a las garantías previstas para el imputado, tanto el ordenamiento procesal alemán como el peruano prohíben la utilización de medios o técnicas que induzcan o alteren su libre voluntad<sup>10</sup>.

A diferencia de lo ocurrido en el ámbito europeo continental, el principio *nemo tenetur* ha experimentado un importante desarrollo en el sistema legal norteamericano, al punto de haber sido expresamente consagrado a nivel constitucional. Específicamente, la referencia a esta garantía se halla en la Quinta Enmienda de la Constitución estadounidense, y se expresa en los siguientes términos:

*“No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation”.*

En el ámbito norteamericano la garantía de no autoinculpación rige expresamente a partir del comienzo de las investigaciones en sede policial, y se expresa en la conocida regla Miranda, según la cual «*Antes de cualquier interrogatorio, la persona debe ser advertida que tiene el derecho a permanecer callada, que cualquier declaración que haga puede ser usada como evidencia en su contra, y que tiene el derecho a la presencia de un abogado, ya sea contratado o designado gratuitamente*», que precisamente debe su nombre al caso *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436

(1966)<sup>11</sup>, y cuya *ratio* es procurar que toda confesión extrajudicial de quien opta por declarar en perjuicio propio sea fruto de una decisión voluntaria e informada.

Sintetizando al máximo, los hechos enjuiciados en *Miranda vs. Arizona* 384 U.S. 436 se remontan al 3 de marzo de 1963, en que una joven empleada de un cine fue acosada por un extraño cuando se dirigía a casa, de regreso del trabajo. Fue arrastrada hasta el automóvil del agresor, quien condujo hacia el desierto, donde la ultrajó sexualmente y luego la dejó escapar. La historia vaga y contradictoria, que la víctima contó a la policía, describió a su atacante como un mejicano que usaba anteojos, mayor de veinte años, que conducía un automóvil de los primeros años cincuenta, quizá un Ford o un Chevrolet. Una semana después, la víctima y su cuñado reconocieron el auto: un Packard de 1953, que resultó registrado a nombre de Twila N. Hoffman, su novio. Ernesto Miranda, de 23 años, llenaba la descripción del atacante del modo más exacto posible. Miranda tenía una larga historia de inestabilidades emocionales y conductas delictivas, incluyendo un año de prisión por tentativa de violación.

En la dependencia policial, el sospechoso fue colocado en fila junto con otros tres mejicanos de similar contextura física, frente a vidrios polarizados, con el fin de que la mujer sexualmente agredida realice un reconocimiento en rueda. La víctima no lo identificó, pero afirmó que Miranda era quien se aproximaba más al recuerdo que tenía de su atacante. Miranda fue

conducido a un ambiente acondicionado para interrogatorios y luego de comunicarle que había sido identificado como el agresor de la denunciante se le preguntó si deseaba hacer una declaración. Dos horas después firmó una confesión por escrito sin que medie evidente coerción; por lo demás, en la confesión se incluyó una sección que hacía constar que el interrogado había entendido sus derechos.

---

---

***“(…)procurar que toda confesión extrajudicial de quien opta por declarar en perjuicio propio sea fruto de una decisión voluntaria e informada.”***

---

---

Al respecto, KIRSCH, «¿Derecho a no autoinculpación?», pp. 248 (nota 5), precisa que la situación de imputación se inicia en el momento en el que los órganos encargados de la persecución penal adoptan medidas que se dirigen de modo reconocible a proceder penalmente contra un sujeto.

<sup>9</sup> Cfr. KIRSCH, «¿Derecho a no autoinculpación?», p. 249. Por su parte, el Art. 71<sup>o</sup>.4 CPP dispone que en caso de inobservancia de cualesquiera garantías del imputado durante las diligencias preliminares o durante la investigación preparatoria, éste puede acudir en vía de tutela al Juez de la Investigación Preparatoria para que subsane la omisión o dicte las medidas de corrección o de protección que corresponden. En tanto, la infracción del deber de declarar sobre el derecho a no declarar no es subsanable, el Juez de la Investigación Preparatoria tendría que ordenar se practique una nueva declaración, declarando la nulidad de la diligencia viciada.

<sup>10</sup> (136.a) STPO: «1. No podrá ser menoscabada la libertad de decisión y de actuación voluntaria del inculpado a través de malos tratos, agotamiento, injerencias en la integridad corporal, administración de fármacos, por tortura, engaño o hipnosis. Sólo podrá utilizarse la coerción si el Derecho procesal penal lo admite». III. [...] Las declaraciones producidas con desconocimiento de estas prohibiciones tampoco podrán ser aprovechadas incluso aunque el inculpado consienta su utilización». Artículo 71<sup>o</sup> CPP2004: «2. Los Jueces, los Fiscales o la Policía Nacional deben hacer saber al imputado de manera inmediata y comprensible, que tiene derecho a: e) Que no se emplee en su contra medios coactivos, intimidatorios o contrarios a su dignidad, ni a ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad o a sufrir una restricción no autorizada ni permitida por Ley».

<sup>11</sup> Referencias del caso en: <http://laws.findlaw.com/us/384/436.html>.



En el juicio comparecieron como testigos la víctima, su hermana y los dos detectives que estuvieron a cargo de la investigación policial. El defensor público asignado a Miranda intentó enervar la acusación fiscal subrayando las inconsistencias en las declaraciones de la agredida. Inicialmente había dicho que era virgen antes del ataque, lo cual fue negado por exámenes médicos, y luego afirmó no recordar la exacta cronología de los eventos de esa noche. Tampoco demostró la existencia de lesiones posteriores al ataque. Pero el acto procesal determinante para la solución final del caso fue la declaración de uno de los detectives encargados de la investigación que intervino en la confesión de Miranda, quien admitió que en el estado de Arizona no era práctica policial informar a las personas arrestadas sobre su derecho a recibir el asesoramiento de un abogado antes de rendir la primera declaración. Sobre la base de este testimonio, la defensa de Miranda objetó la confesión como evidencia, sin embargo, dicho pedido fue inicialmente desestimado por el Juez a cargo de la causa, y Miranda fue declarado culpable de secuestro y violación. La condena a Miranda fue recurrida ante la Corte Suprema y el 13 de junio de 1966 el Juez *Earl Warren*, en el voto de mayoría estableció por primera vez guías inequívocas sobre qué es y qué no es permisible en una sala de interrogatorios, destacando el siguiente párrafo en su ponencia:

*«Prior to any questioning, the person must be warned that he has a right to remain silent, that any statement he does make may be used as evidence against him, and that he has a right to the presence of an attorney, either retained or appointed»<sup>12</sup>.*

Una vez anulada la condena, Miranda fue liberado y el proceso no fue reimpulsado por la Fiscalía pues sin una confesión las oportunidades de ganar el nuevo juicio eran realmente escasas. Pero irónicamente, fue el mismo Miranda quien terminó autoinculpándose, reconociendo la autoría de la agresión sexual durante una discusión que mantuvo con su esposa, quien puso este hecho en conocimiento de las autoridades motivada por el temor de que agrediera a su hija menor, cuya custodia se hallaba en debate judicial. En este segundo juicio, el Juez declaró admisible como evidencia la declaración contra un cónyuge y Ernesto Miranda fue

sentenciado a pena de prisión de 20 a 30 años. El 31 de enero de 1976, cuatro años después de haber sido liberado bajo palabra, Miranda fue apuñalado durante una pelea en un bar de Phoenix. El asesino huyó pero su cómplice fue capturado. Antes de llevarlo a la dependencia policial, los oficiales que lo arrestaron le leyeron al sospechoso la cláusula Miranda.

### B. La concreción de la garantía de «no autoinculpación» en la fase de realización procesal del Derecho sustantivo

Según la formulación habitual del principio *nemo tenetur se ipsum accusare*, el imputado sólo está obligado a tolerar medidas coercitivas e intromisiones en sus derechos, mas no está obligado a contribuir positivamente a la prueba de su culpabilidad. Sin embargo, durante la fase aplicativa o de realización procesal del Derecho sustantivo, la eficacia garantista del principio de no autoinculpación sufre una importante restricción, fundamentalmente en lo referente a la prueba de la vertiente externa del hecho punible<sup>13</sup>.

Ello se explica por la forma en que se configuran las relaciones entre ciudadanos y Administración Pública en el actual modelo del «Estado Regulador», siendo aquéllos esencialmente concebidos como colaboradores en el ejercicio de las funciones públicas, incluso en perjuicio de sí mismos<sup>14</sup>. En efecto, en tal modelo no es infrecuente que la legislación sustantiva imponga, junto a los tradicionales deberes de tolerancia (colaboración pasiva que se limita a soportar la injerencia en la propia esfera organizativa), obligaciones de colaboración activa, tales como el suministro de información o entrega de documentación necesaria para los procesos de inspección que lleva a cabo la Administración<sup>15</sup>, al extremo que el quebrantamiento de tales deberes positivos de colaboración activa fundamentan a menudo la imposición de sanciones penales<sup>16</sup>. Ello ha sido recientemente puesto de manifiesto por el profesor *Silva Sánchez* en los siguientes términos:

*«La figura clave de este modelo [de vigilancia e inspección] es la de un ciudadano al que se le transfieren funciones públicas, integrándolo en una institución sin*

12 «Antes de cualquier interrogatorio, la persona debe ser advertida que tiene el derecho a permanecer callada, que cualquier declaración que haga puede ser usada como evidencia en su contra, y que tiene el derecho a la presencia de un abogado, ya sea contratado o designado gratuitamente». Sobre el papel creador del juez en la tradición anglosajona, *vid. MERRYMAN, La tradición jurídica romano-canónica*, trad. Eduardo L. Suárez, 5ª reimpresión, México D.F., 2000, pp. 72-79.

13 *Cfr. VOLK, «Concepto y prueba de los elementos subjetivos»*, trad. R. Ragués i Vallès, *RPDIP* N° 2 (2001), pp. 411-414.

14 «Un derecho a no colaborar sólo puede resultar constructivamente como la excepción a un deber general de colaborar». *PAWLIK, «Investigaciones secretas y derecho del imputado a no prestar declaración»*, p. 322, cursivas en el original.

15 Ello es destacado por *SILVA SÁNCHEZ, «Hacia el Derecho penal del Estado de la prevención. La protección penal de las agencias administrativas de control en la evolución de la política criminal»*, *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2003, pp. 307-330.

16 Piénsese en el delito contable tributario o en el de omisión de suministro de información a entidades supervisoras.

que él haya realizado ni siquiera el acto limitado de organización consistente en la incorporación a la misma, siendo así que el incumplimiento de tales funciones le acarrea sanciones penales [...]. Así, se le obliga a *colaborar contra sí mismo*, por un lado, mediante el cumplimiento de deberes de tolerancia: soportar la actuación supervisora; y, por otro lado, mediante el cumplimiento de deberes de acción: contribuir positivamente a tal actuación»<sup>17</sup>.

En términos jurídico-procesales estos deberes de colaboración imponen la obligación de acumular pruebas contra uno mismo y de entregarlas cuando fueran requeridas por los órganos de inspección legitimados para instar, posteriormente, una eventual acción penal a partir de la información a ellos proporcionada. Por su parte, la negativa de suministrar la información autoinculpatoria es sancionada penalmente y además puede ser obtenida legalmente por los órganos de inspección administrativa y de persecución penal vía sustitutivos, como por ejemplo a través de una diligencia de entrada, registro e incautación. En este escenario, los derechos al silencio y a no colaborar contra uno mismo –frecuentemente invocados en los procesos judiciales– pierden su teórica operatividad garantista en sede procesal, pues el Derecho sustantivo se encarga de coaccionar indirectamente al ciudadano, constituyéndolo en una especie de proveedor de material autoincurridorio<sup>18</sup>.

Ejemplo de la ineficacia garantista que en materia de prueba de hechos externos adolece el principio de no autoinculpación lo encontramos en el ámbito penal tributario. Efectivamente, si ante el requerimiento del órgano administrador del tributo un contribuyente se negara a proporcionar sus registros contables y estados financieros por cuanto con ellos se acreditaría la comisión de una defraudación impositiva, sería sancionado penalmente por el delito de ocultamiento total o parcial de documentación relacionada a la tributación, previsto en el Art. 5º d) de la LPT peruana, y adicionalmente la Administración estaría facultada para recabar una orden judicial de entrada, registro e incautación de dicho material probatorio. Y ello no sólo ocurre en el sistema legal peruano, sino también, aunque matizadamente, en el ordenamiento alemán, cuyo § 393.II.1 de la Ordenanza Tributaria (*Abgabenordnung*)

sólo prohíbe la utilización de las pruebas entregadas por contribuyente –en cumplimiento de sus deberes fiscales– respecto a la persecución de otro hecho que no constituya delito tributario. Inclusive, esta prohibición de valoración no rige si éste nuevo hecho se trata de un delito en cuya persecución concorra un *interés público inexcusable*<sup>19</sup>.

Asimismo, los efectos garantistas del *nemo tenetur* son neutralizados en caso de que el imputado haya eliminado las pruebas que lo incriminan, y por tanto no exista posibilidad de coaccionarlo vía amenaza de incautación. Estos supuestos de destrucción de material probatorio autoinculpatorio son entendidos como maniobras obstaculizadoras, de modo que las dudas que surgen a consecuencia del quebrantamiento de deberes de colaboración por parte del imputado no son interpretadas a su favor. Rige al respecto la idea de que nadie puede alegar a su favor las dudas que surgen de sus propias maniobras obstaculizadoras, es decir, del incumplimiento de sus obligaciones<sup>20</sup>. Ello afianza la conclusión expuesta: la garantía fundamental a no contribuir en la demostración de la propia culpabilidad no opera respecto al proceso de valoración de la prueba de hechos externos, debido básicamente a tres motivos: a) el Derecho sustantivo se encarga de gravar a los particulares con deberes positivos de colaboración, inclusive previendo la imposición de sanciones penales por su simple incumplimiento; b) el Derecho procesal autoriza el recurso a medios sustitutivos (vía coerción) en caso de negativa de entrega; y, c) a nivel judicial, el ocultamiento o destrucción del material autoinculpatorio es valorado como maniobra obstaculizadora, y por tanto, no resulta aplicable el principio *in dubio pro reo*.

El verdadero ámbito de operatividad del principio *nemo tenetur* se circunscribe a la prueba de hechos internos, puesto que las confesiones no pueden ser obtenidas de modo coercitivo, ni existen sustitutivos para los supuestos de negativa a declarar, ya que nadie sabe lo que el sujeto realmente hubiese manifestado y su declaración no puede ser inventada. Sin embargo, de la declaración del imputado tampoco es posible inferir inequívocamente si lo manifestado guarda relación fidedigna con lo acaecido. Por ello, el contenido de tal declaración, sea abundante o nulo (en caso de negativa) no es susceptible de valoración *per se*, sino

17 SILVA SANCHEZ, «Hacia el Derecho penal del Estado de la prevención», p. 323. cursivas en el original. texto entre corchetes añadido. La evolución del paradigma del delito como lesión de derechos subjetivos ajenos al delito como infracción de un deber positivo fundamentado en la vinculación a una institución, consustancial a este modelo del Estado vigilante o regulador, es explicado por GÜNTHER, «De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un «cambio de paradigma» en el Derecho penal?», trad. Jesús-María Silva Sánchez, *La insostenible situación del Derecho penal*. Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed. alemana) y Area de Derecho penal de la Universitat Pompeu Fabra (ed. española). Comares. Granada, 2000. pp. 489-505.

18 Vid. VOLK, «Concepto y prueba de los elementos subjetivos», p. 412.

19 Cfr. KIRSCH, «¿Derecho a no autoinculpación?», p. 250.

20 VOLK, «Concepto y prueba de los elementos subjetivos», p. 413 (nota 6).



## Tiene Derecho a Permanecer Callado, todo lo que...

únicamente en la medida que a través de ella se aporten indicios conducentes a inferir la culpabilidad o inocencia del imputado. Los indicios que aporte el imputado a través de su declaración deberán ser valorados conforme a las reglas de apreciación de la prueba, sin que pueda afirmarse la validez atemporal del derecho a guardar silencio, ni menos aún postularse la vigencia de un «derecho natural» a mentir<sup>21</sup>.

A menudo, el imputado se encontrará en situaciones en las que necesitará declarar para aportar contra-indicios que enerven la prueba de cargo existente en su contra; de suerte que si permanece callado dicho silencio puede acarrearle perjuicios, pero no porque su silencio *–per se–* sea valorado negativamente, sino porque el juzgador no contará con contra-indicios al momento de realizar el juicio de inferencia. Ello ha sido convincentemente destacado por Volk:

«Como es sabido, un tribunal sólo incumple su deber de investigación cuando no entra a analizar indicios concretos y tangibles, siendo así que, casi siempre, la única persona que puede aportar tales indicios es el acusado y, si éste no lo hace, no puede luego quejarse de que el tribunal no haya continuado indagando. *Aunque nadie está obligado a inculparse, hará bien en tratar de exculparse*»<sup>22</sup>.

Piénsese en el siguiente ejemplo. Un sujeto es acusado de apropiarse de un valioso abrigo que sustrajo del perchero del restaurante en que se encontraba desayunando solitariamente. Según la información contenida en el expediente judicial, el imputado fue detenido en flagrancia por el personal de seguridad del restaurante mientras corría a su automóvil con el abrigo doblado dentro de un maletín deportivo, oponiendo férrea resistencia a su captura, al extremo de agredir a uno de los miembros del equipo de seguridad que vigilaba el restaurante. Lo cierto es que se trataba de un sujeto despistado que por equivocación tomó el abrigo ajeno

en la creencia de que era propio, pues tiene uno parecido que había dejado ese día en casa, y corría velozmente hacia su coche porque tenía prisa de llegar al gimnasio. La resistencia al arresto y las lesiones a uno de sus captores fueron motivadas por la creencia de que estaba siendo víctima de un secuestro. Imaginemos que por cualquier razón, el sujeto se niega a declarar durante la investigación instaurada para esclarecer el presunto hurto. De acuerdo a la definición habitual del principio *nemo tenetur*, no debería extraerse ninguna consecuencia negativa del silencio de dicho imputado, pues la carga de la prueba pesa sobre la parte acusadora<sup>23</sup>. Pero, ¿cómo resolvería el juez a la luz de los indicios que tiene a la vista?, ¿cómo puede el juez llegar a saber que el imputado tiene en casa un abrigo similar al sustraído?, ¿cómo debe valorar el hecho de que haya salido corriendo del restaurante y de que se haya resistido al arresto?. En este caso, difícilmente puede decirse que el silencio del imputado no le producirá una situación perjudicial<sup>24</sup>.

Ahora bien, como se ha mencionado, las consecuencias peyorativas para el imputado no se derivan de una valoración *per se* negativa del silencio, sino de la ausencia de contra-indicios que enerven la prueba de cargo existente. Y es que la declaración del imputado no constituye un medio probatorio en sí misma, sino que esencialmente se trata de un acto de defensa<sup>25</sup> a través del cual se aportan indicios susceptibles de ser valorados en el juicio de inferencia, conforme a las reglas de

valoración de la prueba. Asimismo, cuando el imputado acepta declarar, sus manifestaciones —bien autoinculporias o bien exculporias—únicamente deben ser valoradas como indicios en relación a la prueba de cargo existente. De ello se derivan dos consecuencias prácticas relativamente importantes.

En primer lugar, la aceptación libre y voluntaria de culpabilidad que realiza el imputado sólo puede fundamentar un fallo condenatorio en la medida que

---

**“Aunque nadie  
está obligado a  
inculparse, hará  
bien en tratar de  
exculparse.”**

---

21 PAWLIK, «Investigaciones secretas y derecho del imputado a no prestar declaración», p. 323.

22 VOLK, «Concepto y prueba de los elementos subjetivos», p. 425, cursivas añadidas.

23 Según ROXIN, *Derecho Procesal Penal*, trad. Gabriela Córdoba y Daniel Pastor, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, pp. 107-108, el punto de partida correcto, conforme al principio del *fair trial*, consiste en afirmar que nadie debe colaborar por sí mismo en la tarea de probar su culpabilidad. Cuando el imputado se rehúsa a toda declaración o se limita a negar su autoría, su silencio no puede ser valorado probatoriamente en modo alguno.

24 Sobre la prueba del error de tipo, *vid.* REAÑO PESCHIERA, «El error de tipo en el Código Penal Peruano», en HURTADO POZO (dir), *Aspectos Fundamentales de la Parte General del Código Penal Peruano*, ADP, Pontificia Universidad Católica del Perú/Universidad de Friburgo, 2003, pp. 185-213.

25 Entre nosotros, el profesor SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho Procesal Penal*, T. II, Grijley, Lima, 2003, p. 832, anota que: «en la medida en que el acusado es sujeto del proceso, éste no está obligado a declarar, aunque sí a comparecer, y su interrogatorio no es —siguiendo a BELING— un verdadero interrogatorio, sino más bien un permiso para interrogarlo, la declaración del acusado constituye un *medio de defensa*, una ocasión que la ley le da de tomar posición frente a la acusación y las pruebas de que ésta se valga, y no un medio de fijar objetivamente la verdad», cursivas en el original.

no existan otros indicios que desvirtúen seriamente tal confesión. Si tenemos en cuenta los efectos atenuantes de la confesión sincera<sup>26</sup>, la aceptación de los cargos imputados puede erigirse como posible estrategia de defensa. De suerte tal que la condena sustentada en una declaración autoinculpatoria no siempre debe ser vista como perjudicial a los intereses del imputado, pues éste no siempre pretende una absolución.

En segundo lugar, y de modo contrario al criterio sostenido por el TC peruano, considero que las mentiras del acusado no deben valorarse *–per se–* en su contra. Cuando el imputado pretende contradecir la prueba de cargo a través de mentiras, expresa inequívocamente una estrategia defensiva orientada a negar enfática o parcialmente su intervención en los hechos investigados, de suerte tal que ello no puede ser valorado como indicio de culpabilidad ni como un acto perturbador o entorpecedor de la actividad probatoria, sobre el que se fundamente *–por ejemplo–* un mandato de prisión preventiva. La única consecuencia perjudicial para los intereses del imputado que pueden derivarse de sus mentiras es que no sean consideradas idóneas para enervar la prueba de cargo existente, esto es, que no sean creídas por el tribunal, mas de ellas no puede deducirse directamente su culpabilidad. Fundamentar una condena en las mentiras del imputado equivaldría a gravarlo con un (inexistente) deber de veracidad, puesto que en realidad no se valoraría el contenido de sus manifestaciones (falsas y por tanto irrelevantes para contradecir la imputación), sino que tal fallo se fundamentaría en lo que el acusado no dijo, convirtiendo así el derecho a permanecer callado en un deber de declarar.

De este modo, la interpretación del requisito de *obstaculización de averiguación de la verdad*, previsto como presupuesto material del mandato de prisión preventiva<sup>27</sup>, debe partir del reconocimiento que *«la ley no impone al imputado la obligación jurídica de decir la verdad, ni siquiera de responder al interrogatorio»*<sup>28</sup>. Por ello, quien no contribuye positivamente a la averiguación de la verdad a través de su declaración, no está entorpeciendo su descubrimiento, pues no existe un deber de veracidad que recorte la libertad jurídicamente garantizada del imputado. Tal peligro de obstaculización viene referido al riesgo de manipulación de fuentes probatorias, como por ejemplo, la

intimidación a co-imputados o testigos, o la destrucción de los medios que se utilizaron para la comisión del hecho punible.

En suma, se obstaculiza la averiguación de la verdad cuando se infringe un deber negativo, vía arrogación o usurpación de una esfera organizativa ajena, mas no cuando se infringe un (inexistente) mandato positivo de colaboración, pues en este último caso los actos del imputado permanecen dentro de sus posibilidades de acción jurídicamente garantizadas. Sin embargo, en diversas sentencias el TC peruano viene considerando las incoherencias, contradicciones y mentiras del imputado como actos que entorpecen la actividad probatoria, y que por lo tanto legitiman la imposición de la medida coercitiva de prisión preventiva. En esta línea caben destacar los siguientes pronunciamientos:

- a) **STCP 0719-2003-HC / STCP 0376-2003-HC.-** «Sin perjuicio de lo expuesto, debemos señalar que, al momento de resolver, los emplazados han tenido a la vista determinados medios probatorios que demuestran serias incoherencias en las sucesivas declaraciones del favorecido, lo que refuerza la existencia de peligro de perturbación de la actividad probatoria. [...] Si bien todo procesado goza del derecho fundamental a la no autoincriminación, una de cuyas manifestaciones incluso autoriza al inculcado a guardar un absoluto silencio y la más imperturbable pasividad durante el proceso, en el correcto supuesto de que debe ser la parte acusatoria la encargada de desvanecer la inocencia presunta, ello no le autoriza para que, mediante actos positivos, busque desviar el camino que el aparato estatal ha implementado en la búsqueda de la verdad dentro del proceso»
- b) **STCP 1567-2002-HC.-** «Si bien es cierto que no es obligación del recurrente tener que demostrar su inocencia, pues ésta parte de una presunción constitucional que, en todo caso, debe ser desvirtuada por la parte acusadora dentro del proceso judicial, también es cierto que ello no implica que el acusado tenga derecho a mostrar una actitud reacia al esclarecimiento de la causa. Por el contrario, todo procesado está

26 Según el Art. 136° CPP1940: «La confesión del inculcado corroborada con prueba, releva al Juez de practicar las diligencias que no sean indispensables, pudiendo dar por concluida la investigación siempre que con ello no se perjudique a otros inculcados o que no se pretenda la impunidad para otro, respecto del cual existan sospechas de culpabilidad. La confesión sincera debidamente comprobada puede ser considerada para rebajar la pena del confeso a límites inferiores al mínimo legal».

27 Art. 135°.3) del Decreto Legislativo N° 638, actualmente vigente, y Art. 268°.1.c) CPP2004.

28 SAN MARTIN CASTRO, *Derecho Procesal Penal*, T. II, p. 832, cursivas en el original.



en la obligación de colaborar con la justicia cada vez que dicha colaboración sea requerida, en la medida en que ello no importe una afectación del derecho constitucional a la no autoincriminación».

A la valoración de las mentiras e incoherencias del imputado como actos de obstaculización de la actividad probatoria y como actitud reacia al esclarecimiento de la causa, subyace la idea de que el imputado está gravado por un deber positivo de colaborar contra sí mismo en la atribución del juicio de culpabilidad. Si llevamos al extremo el razonamiento del TC peruano debería considerarse maniobra obstaculizadora de la actividad probatoria la declaración del imputado que acepta su intervención culpable en los hechos enjuiciados, pero lo hace incurriendo en incoherencias sobre su grado de participación; e inclusive debería valorarse en contra del imputado –maniobra obstaculizadora que fundamentaría la imposición de un mandato de prisión preventiva!– la declaración autoinculpatoria realizada por un sujeto que a la luz de las pruebas e indicios existentes es inocente, pero que tiene interés en que lo declaren culpable. Sencillamente, sorprendente.

### III. La admisibilidad probatoria de grabaciones o escuchas subrepticias: criterios y propuesta de solución

La (in)admisibilidad de las denominadas «trampas de escucha» y su (in)utilidad para fundamentar un fallo condenatorio debe determinarse a partir del alcance material que se le confiera a la garantía de no autoinculpación, pues se trata de una conversación entre particulares fuera del marco formal de un interrogatorio oficial, aunque inducida o propuesta por la Policía. Antes de acometer este análisis, conviene detenerse –aunque sólo sea brevemente– en la (i)licitud de las grabaciones o escuchas subrepticias con relación a la presunta vulneración de derechos fundamentales vinculados a la intimidad del interlocutor que confiesa su intervención en una conducta delictiva.

Podría pensarse que la solución del caso sobre «trampas de escucha» consiste en negar el valor

probatorio de las grabaciones que registran subrepticamente una conversación sostenida en el ámbito privado, considerándolas transgresoras del derecho fundamental a la intimidad o a la privacidad de las comunicaciones, y calificándolas por tanto como prueba ilícita inutilizable para fundamentar un juicio de atribución de culpabilidad. En este sentido, por ejemplo, se pronuncia *Muñoz Conde* en un dictamen recientemente publicado y que fuera elaborado –según explica el autor– a petición de un abogado limeño a cargo de la defensa de los representantes de una empresa dedicada a la fabricación de pastas y productos alimenticios, actualmente procesados por delitos de corrupción de funcionarios en el sistema judicial peruano<sup>29</sup>. En dicho trabajo, *Muñoz Conde* entiende que las grabaciones realizadas entre particulares, cuando uno de los interlocutores que interviene en el diálogo ignora que sus palabras están siendo registradas en audio o vídeo, son inválidas desde la perspectiva probatoria porque se vulnera el derecho fundamental al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas<sup>30</sup>, señalando que de legitimarse esta práctica se limitaría el derecho a comunicarse libremente por la existencia del riesgo de la difusión posterior. Adicionalmente, la inutilidad de esta clase de grabaciones en un proceso penal residiría –siempre según *Muñoz Conde*– en su carácter ínsitamente delictivo, constitutivo del tipo previsto en el art. 162° CP<sup>31</sup>.

No obstante, si partimos –como considero correcto– de la premisa de que no existe ninguna presunción general de confidencialidad que venga impuesta por la mera interacción interpersonal en un contexto comunicativo privado<sup>32</sup>, los argumentos de *Muñoz Conde* no pueden convencer. Efectivamente, sólo existirá un deber de guardar reserva de lo escuchado en la medida en que el interlocutor haya asumido una posición de garantía respecto de la información que le es comunicada, sea porque se halle vinculado por un deber legal o deontológico (secreto profesional) asociado al *status* que ocupa en el contexto concreto en el que se produce la interacción. Dicho en la terminología propuesta por el profesor *Silva Sánchez* en el ámbito de las posiciones de garantía: sólo será inutilizable la prueba cuyo objeto reside en una información perteneciente a la intimidad del imputado,

29 Asi. MUÑOZ CONDE, «Sobre el valor probatorio en un proceso penal de grabaciones de conversaciones obtenidas mediante vídeos y relevancia penal de las conversaciones grabadas en ellos», *RPN* N° 13 (2004), pp. 105-116, especialmente sobre esta materia, pp. 107-108.

30 Consagrado en el Art. 2° 10. C°93: «Toda persona tiene derecho: 10. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados. Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen. Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal».

31 MUÑOZ CONDE, «Sobre el valor probatorio en un proceso penal de grabaciones de conversaciones obtenidas mediante vídeos y relevancia penal de las conversaciones grabadas en ellos», p. 108. El Art. 162° CP°1 señala: «El que, indebidamente, interfiere o escucha una conversación telefónica o similar será reprimido [...]».

32 PAWLK, «Investigaciones secretas y derecho del imputado a no prestar declaración», p. 327.



cuando ésta haya sido divulgada por un sujeto que haya asumido efectivamente el compromiso inequívoco de actuar a modo de barrera de contención frente a los riesgos de divulgación de la información<sup>33</sup>. Quien comunica aspectos de su intimidad, sin que a su interlocutor le sea normativamente exigible un deber de reserva, actúa por su cuenta y riesgo, aunque se haya sentido inducido a hablar<sup>34</sup>, pues en este caso el ordenamiento jurídico no le asegura la expectativa de que lo dicho permanecerá en el ámbito de lo confidencial.

La grabación o escucha subrepticia de una conversación privada no siempre constituye una vulneración de los derechos a la intimidad, secreto e inviolabilidad de las comunicaciones personales, ni siempre determina su invalidez probatoria. Desde la perspectiva de la intangibilidad de los derechos vinculados a la intimidad personal, las grabaciones o escuchas secretas deberán considerarse pruebas lícitas y válidas siempre que: a) al menos uno de los interlocutores que intervienen en la conversación tenga conocimiento de la grabación; y, b) el contenido utilizable de la conversación no pertenezca al ámbito respecto del cual el interlocutor que recibe la información se encuentre obligado a guardar reserva, sea por asunción voluntaria o por la existencia de un deber legal o deontológico.

Cuando concurren acumulativamente ambos requisitos no puede afirmarse el carácter delictivo de la grabación ni de su posterior difusión, por cuanto no puede fundamentarse la existencia de un deber de guardar secreto a cargo del interlocutor que graba o permite la escucha, esto es, en tales casos el peligro de posterior difusión de la conversación constituye un riesgo jurídicamente permitido que debe asumir todo interlocutor. La STS español de 11 de mayo de 1994 respalda de modo contundente lo afirmado:

*«Si partimos del dato trascendental de que las conversaciones grabadas al procesado corresponden a unas charlas que mantuvo con la denunciante Esther, difícilmente puede afirmarse que se este vulnerando el derecho fundamental a la intimidad de la persona que emitió las manifestaciones recogidas en la cinta. Y es que si el propio interesado fue el que confidenció voluntariamente con la denunciante y le relató una serie de datos y le hizo algunas propuestas, parece evidente que no hubo una captación fraudulenta de sus declaraciones personales, sino que la destinataria de*

*las confidencias del procesado se limitó a constatar magnetofónicamente lo que voluntariamente su interlocutor le comentaba y proponía».*

Asimismo, en esta misma resolución, el TS español afirma –recogiendo el criterio sentado por la STC español 114/1984– que *no existe vulneración al derecho a la intimidad cuando el propio imputado es el que ha exteriorizado sus pensamientos sin coacción de ninguna especie; añadiendo que «pretender que el derecho a la intimidad alcanza inclusive al interés de que ciertos actos, que el sujeto ha comunicado a otros, sean mantenidos en secreto por quien ha sido destinatario de la comunicación, importa una exagerada extensión del efecto horizontal que se pudiera otorgar al derecho fundamental a la intimidad».*

Conforme se expuso en el epígrafe introductorio, en el caso de las «trampas de escucha» la conversación telefónica fue oída por un intérprete al servicio de la Policía con el *consentimiento* de uno de los interlocutores. Asimismo, el objeto de la conversación no versó sobre un aspecto reservado o íntimo del imputado, sino a su participación en un hecho delictivo, cuya persecución era de *interés público*. De este modo, no puede negarse la validez probatoria de las escuchas sobre la base de una inexistente vulneración del derecho a la intimidad y secreto de las comunicaciones.

Ahora bien, descartada la lesión de derechos fundamentales asociados al ámbito de la intimidad personal, resta determinar si el registro subrepticio de una manifestación autoinculpatória, realizada sin habersele advertido al interlocutor que dicha declaración sería usada posteriormente en su contra ante los órganos de persecución penal, transgrede o no la garantía de no autoinculpatión.

A juicio de *Roxin*, la prueba sobre el contenido de la conversación debió declararse inutilizable por cuanto se vulneró la garantía del *nemo tenetur se ipsum accusare*, en tanto que el imputado no fue instruido de su derecho a permanecer en silencio ni advertido de que podía consultar a un abogado. En suma, según este autor, se trató de una *autoinculpatión condicionada por un error provocado por el Estado*, puesto que la confesión del imputado se obtuvo como consecuencia de la omisión de la instrucción del derecho a guardar silencio y a ser asesorado por un abogado, de modo que si no se hubiese causado la impresión de que se

33 Sobre la referencia en el ámbito de las posiciones de garantía a la «asunción efectiva de un compromiso inequívoco de actuar a modo de barrera de contención frente a determinados riesgos y respecto de concretos bienes jurídicos». *vid. SILVA SÁNCHEZ, El delito de omisión. Concepto y sistema*. Bosch, Barcelona, 1986, pp. 359-371, especialmente p. 371.

34 PAWLK, «Investigaciones secretas y derecho del imputado a no prestar declaración», p. 332.



trataba de una conversación privada confidencial, probablemente el imputado no hubiese realizado la manifestación autoinculpatoria<sup>35</sup>.

Según este criterio, el principio *nemo tenetur* despliega sus efectos tuitivos en una doble dimensión. En primer lugar, asegura la libertad del investigado para decidir por sí mismo si quiere colaborar activamente con el esclarecimiento de los hechos o no. La libertad del imputado se anula o restringe cuando a través de la omisión de la instrucción de sus derechos se le hace creer que está obligado a declarar (coerción psíquica). En segundo lugar, protege al investigado de una autoinculpación libre pero manipulada por el Estado, pues en tal caso se infringe el derecho a consultar con un defensor a fin de que la declaración sea informada<sup>36</sup>.

A diferencia de lo establecido por el *Gober Senat* en el caso comentado<sup>37</sup>, para *Roxin* en ningún caso la garantía procesal de no autoinculpación puede ceder para privilegiar intereses de persecución penal, aunque la entidad de los hechos investigados sea de elevada gravedad y aunque la prueba de la culpabilidad del acusado sea de muy compleja obtención por otras vías. Según *Roxin* la información referida a conversaciones privadas sólo podría ser válidamente objeto de prueba en un proceso penal si son escuchadas o registradas a iniciativa del particular, pues las exigencias derivadas del principio *nemo tenetur* y del *fair trial* sólo vinculan al Estado cuando hace uso de sus medios, de modo que «la confesión obtenida del sospechoso por un particular no instado estatalmente, sin instrucción de sus derechos y además bajo engaños, es siempre utilizable»<sup>38</sup>.

A mi juicio, ambas propuestas de solución no son del todo convincentes. Al criterio del *Gober Senat* hay que objetarle su alto grado de indeterminación, en tanto que supedita la utilidad probatoria de la información obtenida por el Estado a través de conversaciones aparentemente privadas a la verificación de una situación de difícil concreción (elemento de valoración global: «hecho punible muy relevante») y a la constatación de un curso alternativo e hipotético de menor intensidad intromisiva («la investigación de los

hechos hubiera obtenido considerablemente menos resultados o hubiera sido sensiblemente más complicada»). El carácter impreciso de tales criterios es incompatible con la pretensión de seguridad jurídica que persigue el pensamiento sistemático, pues *ex ante* no se aseguran soluciones previsiblemente uniformes para casos de estructura similar. Sin embargo, considero que debe rescatarse el esfuerzo ponderativo de la solución del *Gober Senat*, orientado a evitar la frustración de los fines del Derecho penal en casos en los que una absolucón no contribuirá a la reestabilización de la paz jurídica perturbada por el hecho.

Por su parte, considero que la posición de *Roxin* acierta al vincular la operatividad del principio *nemo tenetur* al aseguramiento de la libertad del imputado al momento de declarar, que puede resultar viciada en caso de que se omita instruir al sospechoso sobre su derecho al silencio y a consultar con un abogado, pero parece excesivo considerar que toda intervención del órgano de persecución penal convierte a una conversación privada en el equivalente funcional de un interrogatorio oficial.

---

**“(...)en ningún caso  
la garantía procesal de  
no autoinculpación  
puede ceder  
para privilegiar  
intereses de  
persecución penal(...)”**

---

A mi modo de ver, una solución satisfactoria sería aquella que únicamente niegue la utilidad probatoria de las conversaciones subrepticamente escuchadas (o registradas en soportes magnetofónicos o filmicos) cuya provocación haya sido preponderantemente configurada por el órgano encargado de la persecución penal, y admita aquellas cuya provocación haya sido esencialmente configurada por un particular. A fin de no caer en la indeterminación criticada al *Gober Senat*, la atribución del carácter preponderante o más bien secundario en la organización de las declaraciones provocadas puede ser solventada trasladando a este ámbito los criterios materiales de imputación de la autoría y participación.

Así, a mi juicio, serán susceptibles de actividad probatoria válida las declaraciones autoinculpatorias de sospechosos, cuya provocación sea imputable a un particular en grado de autoría unipersonal, aunque éste haya recibido para su configuración aportes residuales o accesorios de los órganos de persecución penal

35 ROXIN, «Comentario a la resolución del Tribunal Supremo Federal Alemán sobre las trampas de escucha», pp. 183-184.

36 IBIDEM: pp. 183 - 189.

37 La solución del *Gober Senat* ha sido detallada *supra*, I.

38 ROXIN, «Comentario a la resolución del Tribunal Supremo Federal Alemán sobre las trampas de escucha», p. 204.

(equivalentes a la inducción y a la complicidad); mientras que no serán susceptibles de actividad probatoria lícita las declaraciones autoinculpatorias de sospechosos cuya provocación sea imputable a un órgano de persecución penal en grado de autoría directa, mediata o co-autoría. Cuando la intervención conjunta de particulares y autoridades encargadas de la investigación penal equivalga a una co-autoría, deberá optarse por la inutilización procesal de la información obtenida, pues no existe categoría intermedia entre una conversación privada y un interrogatorio oficial: *tertium non datur*.

De acuerdo a la propuesta aquí defendida, considero que en el caso sometido al *Gober Senat* la información obtenida por el intérprete debió declararse inutilizable en sede procesal, pues la intervención del particular y de la Policía en la provocación de la declaración autoinculpatoria del sospechoso fue equivalente a la de una co-autoría. Efectivamente, los aportes de ambas partes fueron esenciales, mutuamente aceptados y se realizaron en fase ejecutiva, ya que el intérprete fue asignado por la Policía<sup>39</sup>. En la medida en que tanto la Policía como el particular desarrollaron niveles de intervención protagónicos en el suceso, equivalentes a una co-autoría, puede afirmarse que la conversación telefónica escuchada por el intérprete fue materialmente un interrogatorio oficial (encubierto o funcional), de modo que para su validez, era indispensable la instrucción al imputado sobre sus derechos al silencio y a la consulta legal. Aunque la Policía se vea en la encrucijada de no poder sustentar la solicitud de un mandato judicial de intervención telefónica por ausencia de indicios racionales de criminalidad, no está facultada para obtener por sí misma material incriminatorio.

La valoración del caso sería distinta si el particular hubiese sido quien provocara solitariamente de modo preponderante la declaración autoinculpatoria del sospechoso. La información resultaría utilizable si, por ejemplo, el particular hubiese acudido a la dependencia policial con la grabación ya realizada, o si –por ejemplo– la Policía se hubiese limitado a aconsejar al particular la realización de tal práctica, y éste lo hubiese grabado por sus propios medios, y luego acudido a la dependencia policial con el soporte magnetofónico que registraba la conversación; e incluso no habría que negar la validez de tal información si la policía le hubiese proporcionado la grabadora al

particular, en tanto contribución no esencial al hecho. Sin embargo, en el caso enjuiciado por el *Gober Senat* la presencia de un intérprete de la Policía durante la conversación elevó la intervención estatal en el suceso a niveles de coautoría, y por ello debió negarse la validez de la declaración testimonial de dicho traductor.

A fin de garantizar seguridad jurídica es preciso que la decisión judicial sobre la admisibilidad de medios probatorios esté orientada por criterios claros y verificables intersubjetivamente. Al respecto, pueden ser de gran utilidad los criterios referidos a la confianza social en determinados medios de prueba y a la afectación que se produciría a los fines del Derecho Penal si se decide prescindir de los medios propuestos<sup>40</sup>.

Conforme al primer criterio, la utilización del medio probatorio no estaría legitimada si su capacidad para reconstruir los hechos no es socialmente aceptada de modo mayoritario, en cuyo caso el riesgo derivado de su utilización sería apreciado como intolerable. Así, por ejemplo, aplicando este criterio podría excluirse –de entrada– la admisibilidad probatoria del detector de mentiras, la hipnosis del imputado, las pericias psicológicas respecto a la prueba del dolo, etc. Generalmente, el rechazo de tales medios suele fundamentarse apelando al respeto de los derechos fundamentales del individuo, empero, conforme a este razonamiento, deberían ser admitidos cuando quien propone su práctica es el propio individuo. Recurriendo en cambio al criterio de la *confianza social* en el medio probatorio, debería optarse por su inadmisibilidad en todo caso, lo cual parece más acertado<sup>41</sup>.

De acuerdo al segundo de los criterios expuestos –la atención a la afectación de los fines del Derecho penal–, cuando se advierta que la eficacia del Derecho penal puede ser gravemente menoscabada si se prohíbe la validez de determinado medio probatorio, entonces no podrá prescindirse del mismo, pues en tal caso la asunción del riesgo de error será legítima.

A mi juicio, la información autoinculpatoria obtenida a través de grabaciones o escuchas clandestinas, que cuenten con el consentimiento de al menos uno de los interlocutores presentes, y que hayan sido preponderantemente organizadas o provocadas por particulares, supera el *test* de legitimidad cuyo anclaje reside en criterios de confianza social y de adecuación a los fines del Derecho penal.

39 Sobre los presupuestos de la coautoría, *cf.* BOLEA BARDON, *La cooperación necesaria: Análisis dogmático y jurisprudencial*, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 37-60.

40 Estos criterios son propuestos por RAGUÉS I VALLÉS, «Derecho penal sustantivo y Derecho procesal penal: Hacia una visión integrada», en HURTADO POZO (dir.), *La Reforma del Proceso penal peruano*, ADP, 2004, pp. 129 y ss., especialmente p. 151.

41 RAGUÉS I VALLÉS, «Derecho penal sustantivo y Derecho procesal penal: Hacia una visión integrada», p. 150, nota 58.



## IV. La valoración de los medios de prueba referidos a la declaración autoinculpatoria que fuera provocada preponderantemente por un particular

Ahora bien, en caso que la información resulte utilizable desde la perspectiva probatoria, ésta debe ser incorporada al proceso por los medios legalmente establecidos, actuada en el juicio oral conforme a los principios de contradicción e inmediación<sup>42</sup>, y apreciada según las reglas de valoración de la prueba.

Así pues, una vez admitida la validez probatoria del testimonio de quien escuchó clandestinamente las manifestaciones autoinculpatorias del imputado, o de las cintas magnetofónicas o de vídeo que registran tal declaración, no puede fundamentarse de modo automático e inexorable la atribución de culpabilidad, sino que debe apreciarse conforme a las reglas de valoración de la prueba. Según éstas, ni siquiera la confesión produce una prueba absolutamente fiable de la responsabilidad penal, y aunque generalmente una manifestación autoinculpatoria producirá mayor certeza que la negativa a declarar, el juez es completamente libre de valorar la retractación de la confesión<sup>43</sup>.

El proceso de valoración de la prueba debe legitimarse a partir del entendimiento realista de la presunción de inocencia y del principio *in dubio pro reo*, aceptándose que en toda decisión judicial siempre existe un ineludible margen de error<sup>44</sup>. En este sentido, conforme explica Freund, una condena nunca se basa en un pronunciamiento de culpabilidad libre de toda duda, sino que en el mejor de los casos se habrán respetado las condiciones que permiten legitimar el riesgo de error que se asume con la condena<sup>45</sup>. Desde luego que esta constatación no puede servir para legitimar cualquier riesgo de equivocación en las decisiones judiciales peyorativas al imputado. Antes

bien, el nivel de riesgo consustancial a todo pronunciamiento jurídico penal sobre la culpabilidad de un sospechoso debe ser tolerado, y por tanto legítimamente asumido, únicamente en la medida que no quepa dudar *razonablemente* de tal atribución de responsabilidad<sup>46</sup>.

Aparentemente el estándar de prueba exigido para enervar la presunción de inocencia en los ordenamientos de tradición europea continental (*civil law*), expresado en el conocido y constantemente repetido aforismo *la duda favorece al reo*, es más alto que el exigido en los ordenamientos de tradición anglosajona (*common law*), en los que se requiere una certeza que vaya *más allá de toda duda razonable*. Efectivamente, si el proceso de formación de convicción judicial se concibe en términos puramente subjetivo-individuales, la aplicación del principio *in dubio pro reo* bloquearía toda posibilidad de condena, pues teóricamente siempre existe una pequeña probabilidad de que los hechos no hayan acaecido conforme a lo que evidencian los medios probatorios actuados durante el juicio oral.

Sin embargo, en la fase aplicativa del Derecho ambos estándares se aproximan, pues así como la regla «*más allá de toda duda razonable*» se endurece con las instrucciones obligatorias que el Juez proporciona al Jurado, la máxima del *in dubio pro reo*—integrada en el derecho a la presunción de inocencia<sup>47</sup>— se flexibiliza tan pronto se conecta con la *íntima convicción*, noción de raigambre francesa que nació como reacción al régimen anterior de prueba tasada. La referencia a la *íntima convicción* o al *criterio de conciencia* como dispositivo rector del proceso de valoración de la prueba<sup>48</sup> debe comprenderse de forma intersubjetiva, conforme a las exigencias de racionalidad argumentativa derivadas del deber constitucional de motivación de las sentencias, y no entenderse de modo subjetivo-

42 Esto último es destacado en las SSTC español 150/1987, 82/1988, 128/1988, 161/1990/ 10/1992, 49/1998: «Ciertamente es que el principio de producción de pruebas en el juicio oral no es absoluto y este Tribunal ha admitido la posibilidad de pruebas preconstituidas conforme a la Ley procesal e incluso las diligencias sumariales en casos especiales o singulares, pero siempre que se reproduzcan en el juicio oral o se ratifiquen en su contenido los protagonistas o se dé a las partes la posibilidad de contradecirlas en dicho acto», citadas por GIMENO SENDRA/MORENO CATENA/CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Penal*, 3ª ed., Colex, Madrid, 1999, p. 88.

43 ROXIN, *Derecho Procesal Penal*, 2000, p. 106.

44 La existencia del riesgo de error en los pronunciamientos judiciales es aceptada por ROXIN, *Derecho Procesal Penal*, 2000, pp. 104-105, al afirmar que en la formación de la convicción judicial no es necesaria una «seguridad absoluta, que excluya obligatoriamente otras posibilidades de desarrollo del hecho»: es suficiente «la certeza personal» de los jueces —con las limitaciones mencionadas [*scil.* Cuando el resultado objetivo de la actuación probatoria no admita una conclusión racional y convincente sobre la responsabilidad del imputado]—. Precizando que el BGH se ha pronunciado en el sentido que las dudas que sólo son posibles en el plano teórico no conducen a absolución.

45 FREUND, «Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del Derecho penal», en WOLTER/FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2004, p. 93.

46 Según ROXIN, *Derecho Procesal Penal*, 2000, p. 104, los motivos que dan lugar a «dudas razonables» en una cuestión relevante para el fallo de culpabilidad se oponen a una condena, de modo que el juez no es tan «libre» en la formación de su convicción como parece enunciar el precepto legal (§ 261 StPO).

47 Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, «Presunción de inocencia, «indubio pro reo» y recurso de casación», *ADPCP*, 1988, pp. 365-386.

48 De acuerdo al art. 158º CPP2004: «1. La valoración de la prueba se hace con criterio de conciencia. El juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados». Esto último se deriva de la exigencia constitucional de motivación escrita de las resoluciones judiciales (Art. 139º 5 C93). Por su parte, el § 261 StPO establece que: «sobre el resultado de la recepción de la prueba decide el tribunal según su libre convicción extraída de la totalidad del juicio».

individual como un acto de convicción interna y de apreciación arbitraria, pues esto último sustraería a las decisiones judiciales de toda posibilidad de control<sup>49</sup>.

Según expone *Roxin*, la íntima convicción del juez no puede llegar al extremo de exigir la comprobación objetiva de una probabilidad rayana en la seguridad, pero tampoco debe postularse que la mera certeza subjetiva del juez es suficiente allí donde el resultado objetivo de la recepción de la prueba no admita una conclusión racional y convincente sobre la autoría del acusado<sup>50</sup>. Añadiendo que el juez no puede fundamentar su convencimiento sólo en una interpretación posible, dejando de lado otras posibilidades sin mayor análisis, ni puede basar su convicción en reglas de la experiencia que no sean fundables objetivamente, señalando como ejemplo que las mentiras del acusado no constituyen necesariamente prueba de la culpabilidad del imputado, ya que no es extraño que un inocente tenga la expectativa de poder mejorar su situación a través de mentiras<sup>51</sup>.

Por lo demás, la dificultad de fundamentar un fallo condenatorio en sistemas que operan con estándares probatorios demasiado exigentes, favorece el recurso a subterfugios que finalmente socavan seriamente las bases mismas del sistema judicial. Ello es puesto de relieve de modo gráfico por *Langbein* al asimilar comparativamente las causas que afianzaron el sistema medieval de tortura judicial y las que motivan que el mecanismo angloamericano del *plea bargaining*<sup>52</sup> sea tan utilizado actualmente en los Estados Unidos. Ambas instituciones –la tortura judicial y el *plea bargaining*– tienen en común su condición de válvulas de escape a mecanismos de protección del acusado que restringen ostensiblemente la discrecionalidad del juzgador en el proceso de atribución de culpabilidad<sup>53</sup>.

Las restricciones destinadas a proteger al acusado contra los peligros del sistema de jurados, que vienen imponiéndose en el procedimiento judicial anglo-estadounidense, ha motivado el recurso masivo a las fórmulas transaccionales de admisión de

culpabilidad (*guilty plea*), al extremo que se ha convertido en el procedimiento regular de resolución de causas criminales en los Estados Unidos<sup>54</sup>. La huida hacia el *plea bargaining* se explica por la imposibilidad material de implementar un juicio tan garantista y costoso, como es el previsto en el sistema penal norteamericano, para la totalidad de los casos. La exigencia de estándares demasiado garantistas para enervar la presunción de inocencia termina por subvertir derechos esenciales del imputado.

Una situación similar fue la provocada por el sistema continental europeo de valoración de la prueba vigente hasta mediados del siglo XVIII<sup>55</sup>. Los glosadores italianos instauraron la regla según la cual todo fallo condenatorio tendría que estar fundamentado bien en dos testigos intachables que hayan presenciado la comisión del hecho, bien en la confesión voluntaria del acusado (*confessio est regina probationum*)<sup>56</sup>. Con ello se pretendía sustraer la apreciación de los hechos a la convicción subjetiva del juzgador, y erradicar toda posibilidad de condena a un inocente. Sin embargo, un estándar probatorio tan estricto para destruir la presunción de inocencia no fue tolerado por la sociedad, y la exigencia de confesión voluntaria se flexibilizó, cediéndose paso al ejercicio de coerción contra imputados respecto de quienes recaían fuertes sospechas sobre su intervención en los hechos enjuiciados, previéndose taxativamente los presupuestos bajo los cuales se podía autorizar un interrogatorio bajo tormento. *Langbein* ha puesto de manifiesto, de forma expresiva, que la exigencia de estándares muy elevados termina por destruir el sistema:

*«En los Estados Unidos del siglo XX hemos duplicado la principal experiencia del procedimiento penal de Europa medieval: hemos abandonado un sistema contradictorio de atribución de culpabilidad para adoptar un sistema no contradictorio de concesiones. Forzamos al acusado contra quien se ha establecido causa probable a confesar su culpabilidad. Para asegurarnos, nuestros medios son mucho más considerados; no usamos el potro, la bota española ni*

49 ROXIN, *Derecho procesal penal*, 2000, pp. 103-104, hace hincapié en la exigencia de que el proceso de formación de la sentencia también pueda ser controlado posteriormente por otros jueces, y que no se base en meras suposiciones.

50 Cfr. ROXIN, *Derecho procesal penal*, 2000, p. 103.

51 Cfr. ROXIN, *Derecho procesal penal*, 2000, p. 104.

52 De forma muy simplificada: a través del mecanismo del *plea bargaining* el fiscal induce al acusado a confesar su culpabilidad, y a renunciar a su derecho a ser sometido a juicio, a cambio de una sanción penal más benévola de la que le sería previsiblemente impuesta en caso de que se le declarase culpable luego de un juicio. El fiscal ofrece indulgencia tanto directamente –mediante la reducción de los cargos atribuidos al acusado, como indirectamente, en connivencia con el juez –mediante la recomendación para que se le imponga una pena menor, recomendación que será acogida por el juez–. A cambio de procurar clemencia para el acusado, el fiscal es relevado de la necesidad de probar su culpabilidad, y el tribunal es dispensado de establecerla. El tribunal condena al acusado sobre la base de su confesión, sin ningún otro mecanismo de atribución de culpabilidad.

53 LANGBEIN, «Torture and plea bargaining», *The University of Chicago Law Review*, N° 46, 1978, pp. 3 y ss.

54 Según LANGBEIN, «Torture and plea bargaining», el 99% de las condenas se imponen en virtud de un acuerdo entre la Fiscalía y el acusado.

55 Según apunta ROXIN, *Derecho Procesal Penal*, p. 103, el régimen de la libre valoración de la prueba tiene origen en Prusia, con motivo de las ordenanzas de los tribunales camerales de 1740 y 1754, que suprimieron la tortura.

56 ROXIN, *Derecho procesal penal*, p. 103.



otros instrumentos de tormento para dañar sus piernas. Pero como los europeos de hace siglos que sí utilizaban esas máquinas, hacemos terriblemente costoso para un acusado reclamar el ejercicio de su derecho a la garantía constitucional del juicio previo. Lo amenazamos con imponerle una sanción sustancialmente más elevada si se protege a sí mismo ejerciendo su derecho y, posteriormente, es declarado culpable»<sup>57</sup>.

Un entendimiento realista de la presunción de inocencia exige desterrar la ficción teórica de que no existen situaciones intermedias entre la plena inocencia y la plena culpabilidad, sino que debe partirse de que la existencia de indicios racionales de criminalidad permite al Estado restringir de forma sensible derechos fundamentales de los ciudadanos, tratándolos *de facto* como *provisionalmente culpables*<sup>58</sup>. En definitiva, como apunta Hassemer, el sospechoso de haber cometido un delito «se halla, desde el punto de vista del Derecho penal, en una posición totalmente diferente que un tercero no sospechado»<sup>59</sup>.

### V. **Excursus: La necesidad de orientar el Derecho Procesal Penal a los fines del un sistema integral de Derecho Penal**

Las reflexiones hechas en torno a la capacidad de rendimiento de los criterios materiales de imputación en el ámbito procesal penal, y respecto a la capacidad legitimadora que poseen los criterios de confianza social y afectación a la función del Derecho Penal en el proceso de selección y admisión de medios probatorios concretos, evidencian las ventajas de la aplicación del método teleológico al subsistema procesal penal. La necesidad de orientar la explicación de las instituciones tradicionalmente clasificadas como *procesales* a los fines del Derecho Penal viene siendo reclamada, entre otros autores contemporáneos, por *Georg Freund*, quien aboga por un sistema integral del Derecho penal que comprenda el Derecho Penal sustantivo, el de la determinación de la pena y el Derecho Procesal Penal<sup>60</sup>.

Por sistema integral del Derecho Penal (*gesamten Strafrechtssystem*), *Freund* entiende no sólo

el Derecho Penal sustantivo y el Derecho de la determinación de la pena, sino también el Derecho Procesal Penal como auténtico campo de aplicación de los dos anteriores, pues el Derecho sustantivo sólo puede acercarse a la realidad por medio de un proceso y de las modificaciones que éste comporta<sup>61</sup>. En suma, se trata de articular estos tres subsistemas del Derecho Penal en orden al mismo fin, de suerte que sólo se consideren legítimas aquellas medidas intromisivas en la esfera de derechos del imputado que aparezcan como *solución adecuada* al conflicto de intereses objeto de controversia, esto es, cuando los costes de la imposición de tales medidas lleven aparejados un beneficio que las justifique (restauración de la paz jurídica perturbada por el presunto delito).

Simplificando excesivamente la función que desempeña el Derecho Penal, consiste en desvalorar de forma adecuada la conducta infractora, reestableciendo la vigencia de la expectativa social defraudada y reforzando la idea de que nadie puede comportarse como el infractor. Necesariamente, la restauración de la paz jurídica perturbada por el hecho lesivo requiere de un pronunciamiento formalizado de atribución de responsabilidad, realizado en el marco de un proceso penal legítimo.

Debe significarse que este fin de restablecimiento de la paz jurídica no se realiza en un solo acto, sino que se logra de manera gradual desde el inicio de las investigaciones preliminares hasta el pronunciamiento de la sentencia o resolución definitiva en caso de absolución, e inclusive durante la ejecución de la sentencia en supuestos de fallos condenatorios. Una decisión absolutoria reestabiliza tanto como una condena o su equivalente funcional (ejemplo, una reserva del fallo condenatorio), ya que en cualquier caso se pone fin al conflicto, satisfaciéndose la necesidad de explicación del suceso perturbador vía atribución del suceso al acusado, a la víctima, a un tercero o simplemente al infortunio. Es importante recalcar que la satisfacción de la necesidad de restablecimiento de la paz jurídica no llega recién con la sentencia, sino que es progresiva y recorre gradualmente todas las etapas de la investigación jurídico-penal.

57 LANGBEIN, «Torture and plea bargaining», p. 7.


58 Esta idea es apuntada y desarrollada convincentemente por RAGÜES I VALLÉS, «Derecho penal sustantivo y Derecho procesal penal: Hacia una visión integrada», pp. 158-161.

59 HASSEMER, *Crítica al Derecho penal de hoy: norma, interpretación, procedimiento, límites a la prisión preventiva*, trad. Patricia Ziffer, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995, p. 117.

60 Vid. FREUND, «Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del Derecho penal», pp. 91-128. En esta misma línea integradora, vid. RAGÜES I VALLÉS, «Tres grandes dilemas de la dogmática penal del siglo XXI», *RPDJP* N° 3 (2002), pp. 523-544.

61 FREUND, «Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del Derecho penal», p. 93.

En este sentido, tanto la decisión de iniciar como la de continuar un proceso de investigación debe tener una *utilidad* que justifique los *costes* que genera en su sentido más amplio. A este respecto, el criterio para decidir si puede hacerse efectiva una injerencia en la

esfera de libertades del ciudadano, y en su caso cuáles han de ser éstas, viene dado por la idea de reacción apropiada, necesaria y adecuada para restaurar la paz jurídica perturbada como consecuencia de una presunta infracción delictiva<sup>62</sup>. 

---

62 FREUND, «Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del Derecho penal», pp. 126-127.