

LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS
EN RELACIÓN A LA PRUEBA OBTENIDA CON INFRACCIÓN DE
GARANTÍAS FUNDAMENTALES Y EL DERECHO A UN PROCEDIMIENTO
EQUITATIVO, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA
DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA ALEMANAS

CARLOS CORREA ROBLES

Universidad de Chile-Universidad Libre de Berlín

SUMARIO: I. Introducción. II. Requisitos para acreditar una infracción al art. 6° inc. 1°: Schenk c. Suiza. III. Vulneraciones al art. 3° CEDH y su relación con la garantía establecida en el art. 6° inc. 1°: Jalloh c. Alemania y Gäfgen c. Alemania. IV. Incitación policial para cometer un delito: Teixeira de Castro c. Portugal. V. Infracciones al principio de no autoincriminación: Allen c. Reino Unido. VI. Infracción al derecho a la vida privada, art. 8° inc. 2°: Kahn c. Reino Unido y Bykov v. Federación Rusa. VII. Conclusiones.

PALABRAS CLAVE: Prohibiciones probatorias, derecho a un proceso equitativo, admisibilidad de la prueba, prohibición de tortura, incitación policial, derecho a la no autoincriminación, derecho a la vida privada.

I. INTRODUCCIÓN

Desde que en 1902 Ernst Beling lo escogiese como tema central de su cátedra inaugural,¹ el problema de las llamadas “prohibiciones probatorias” (Beweisverbote) ha permanecido –fundamentalmente a partir de la década de 1960²– en el centro de la discusión jurídica alemana, alcanzado un nivel de desarrollo sin parangón en el Derecho Procesal Penal contemporáneo.³

A nivel supranacional, la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante, ECHR o la Corte) ha intervenido –desde hace más de 25 años– en múltiples casos referidos a infracciones a garantías individuales del imputado en

¹ BELING, Ernst, Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess: Sonderausgabe (2., unveränd. Aufl., Nachdr. der Ausg. Breslau 1902 ed.), (Darmstadt, 1968).

² Dicho año se celebraron las 46. Jornadas Alemanas de Juristas, cuya sección procesal penal recayó precisamente en dicho tema. *Juristentages*, (1966).

³ ROGALL, Klaus, Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus. *JZ*, (2008,) p. 819.

el proceso penal, contempladas en la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante, CEDH o la Convención) cometidas durante un procedimiento penal llevado a cabo ante tribunales nacionales, buscando resguardar los derechos del imputado frente a ataques ilícitos del Estado⁴.

El presente artículo tiene por objeto efectuar un examen de la jurisprudencia de la Corte respecto de vulneraciones a garantías individuales y su incidencia en el derecho a un procedimiento equitativo, en miras a determinar los criterios y fundamentos empleados por la Corte para tener por acreditada dicha infracción, así como las consecuencias de la misma para los países suscriptores.

Para un adecuado tratamiento del tema, debemos tener presente en primer lugar, que la Convención no contiene regla alguna que regule explícitamente supuestos de exclusión de prueba,⁵ ni tampoco las consecuencias jurídicas que genera la obtención y la valoración de material probatorio en contravención a alguna de las garantías establecidas en la CEDH.

Pese a lo anterior, la Corte ha entendido que determinadas infracciones contra garantías procesales del imputado, generadas con ocasión de la obtención de material probatorio, pueden eventualmente conducir –tras una evaluación general del caso y bajo la concurrencia de determinados presupuestos– a una vulneración del art. 6º inc. 1º primera frase de la Convención⁶, que consagra el llamado “Derecho a un proceso equitativo” (“fair trial”), y cuya vulneración permite calificar al procedimiento concreto llevado a cabo ante los tribunales locales como injusto.

Precisamente, el objetivo central de dicha norma –descrita como la garantía de mayor relevancia práctica en el ámbito procesal penal⁷– no es sino resguardar determinados derechos cuyo titular es el imputado,⁸ y que permiten asegurar un proceso acorde a estándares mínimos de legalidad y legitimidad propios de un Estado de Derecho. Dicha garantía rige no sólo respecto de las actuaciones llevadas

⁴ KINZIG, Jörg, *Bewegung in der Lockspitzel problematik nach der Entscheidung des EGMR: Muß die Rechtsprechung ihre strikte Strafzumessungslösung verabschieden?*, zugleich Anm. zu EGMR, *StV* (1999), p.127. *StV* (1999), p. 288.

⁵ AMBOS, Kai, *Beweisverwertungsverbote: Grundlagen und Kasuistik - internationale Bezüge - ausgewählte Probleme*, (Berlin, 2010), p. 102.

⁶ Art. 6. Derecho a un proceso equitativo. 1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. (...)

⁷ Durante el año 2013 la Corte Europea de Derechos Humanos dictó 916 sentencias, de éstas 412 corresponden a infracciones contra el art. 6º de la Convención. AMBOS, Kai, *Internationales Strafrecht: Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht, Rechtshilfe* ; ein Studienbuch (4., völlig überarb. und erw. Aufl. ed.). (München, 2014), p. 471.

⁸ SIEBER, Ulrich, BÖSE, Martin, *Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, Europäisches Strafrecht*, 2ª ed., (Baden-Baden, 2014) p. 907.

a cabo ante un tribunal con competencia en materias penales, sino que comprende asimismo todas las etapas del procedimiento, incluyendo –desde luego– las actuaciones efectuadas durante la investigación.⁹

Pese a que –como veremos– en su jurisprudencia, la Corte ha entendido invariablemente que los problemas referidos a la admisión y valoración de la prueba son de competencia exclusiva de los tribunales nacionales, dentro de sus potestades se encuentra el determinar si durante el proceso se vulneraron las garantías procesales establecidas en la CEDH a favor del imputado, y en caso de ser así, determinar las consecuencias de dicha vulneración.

Respecto del tema central de este trabajo, en lo que dice relación con la garantía establecida en el art. 6° inc. 1° de la Convención, la Corte ha buscado determinar –tras un juicio retrospectivo del caso concreto– si, a partir de una infracción a reglas de producción de prueba que lesionan garantías consagradas en la Convención, puede el procedimiento ser considerado globalmente como injusto. Dicho lo anterior, la primera pregunta que surge y que será objeto del presente trabajo, es dilucidar si toda infracción de garantías procesales generada con ocasión de la obtención de prueba, derivará automáticamente en una violación a la garantía del procedimiento justo, o no.

Dicho análisis (atendido que la función de la Corte no es actuar como una última instancia) se lleva a cabo por medio de una evaluación general del caso,¹⁰ esto es, a través de una ponderación global de todas las circunstancias del procedimiento. Entre los factores a considerar en dicha evaluación, se encuentran el tipo y entidad de vulneración cometida por los órganos persecutores en la obtención de prueba, la presencia de una eventual reparación del daño causado,¹¹ y el valor que se le confiere a la prueba obtenida producto de la infracción en la decisión del tribunal.

En cuanto a las consecuencias que acarrea una infracción a una garantía contemplada en la CEDH, la Corte ha entregado a los Estados suscriptores determinación de éstas para el derecho interno,¹² sin perjuicio del deber de restitución que éstas acarrearán.¹³ Para estos efectos, la Corte ha estimado procedente conceder a la

⁹ ESSER, Robert, *Europäisches und Internationales Strafrecht*, (München, 2014), p. 193.

¹⁰ ESSER, Robert, *ob. cit.*, p. 170; HAUCK, Pierre, *Lauschangriff in der U-Haft - Anmerkungen zu BGH, Urt. v. 29.04.2009 (1 StR 701/08) und Versuch einer dogmatischen Klärung*, *NStZ* (2010), p. 20; SIEBER, Ulrich, BÖSE, Martin, *Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht*, *ob. cit.*, p. 907.

¹¹ AMBOS, Kai, *ob. cit.*, p. 102.

¹² BEULKE, Werner, *Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus*, *JURA* 9 (2008) p. 663.

¹³ AMBOS, Kai, *ob. cit.*, p. 104.

víctima un monto pecuniario a modo de indemnización de perjuicios. Ahora bien, acreditada sea una infracción al art. 6° inc. 1° CEDH, esto al derecho a un proceso equitativo, la debida restitución se efectuará sólo a partir de una prohibición de valoración de elementos probatorios obtenidos con infracción a garantías¹⁴.

A continuación, se efectuará el examen de algunos casos relevantes donde se ha discutido la presencia de infracciones a garantías procesales con motivo de la producción de prueba, y cuya constatación ha permitido a la Corte pronunciarse respecto de la vulneración al derecho a un proceso equitativo¹⁵.

II. REQUISITOS PARA ACREDITAR UNA INFRACCIÓN AL ART. 6° INC. 1°: SCHENK C. SUIZA

Schenk c. Suiza¹⁶ corresponde a uno de los primeros fallos en los que la Corte tuvo la oportunidad de pronunciarse respecto a la materia objeto de este trabajo. En dicha oportunidad sostuvo que la obtención de prueba en contravención a garantías de la Convención no deriva automáticamente en una infracción al art. 6° inc. 1°, criterio que ha sido reiterado en diversas oportunidades¹⁷.

En cuanto a los hechos, el año 1981 el recurrente, ciudadano suizo Pierre Schenk, contacta a P, un antiguo miembro del ejército Francés, a efectos de dar muerte a su cónyuge (J). Tras recibir el encargo, decide P informar de ello a J,

¹⁴ AMBOS, Kai, *ob. cit.*, p. 104. “(...) para que el procedimiento sea justo, de acuerdo al significado del art. 6° inc. 1° de la Convención, toda la evidencia obtenida como resultado de una provocación policial, deberá ser excluida.” Sentencia de ECHR de 05.02.2008, 74420/01, Ramanauskas c. Lituania, Considerando 60. Disponible en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-84935#{"itemid":\["001-84935"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-84935#{). Vid. Teixeira de Castro c. Portugal, ECHR sentencia de 09.06.1998, 44/1997/828/1034, *NSiZ* (1999), p. 47 (considerando 39) Disponible en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58193#{"itemid":\["001-58193"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58193#{). Fecha de consulta: 27.01.2016.

¹⁵ Por razones de extensión, parte de la jurisprudencia de la Corte no ha podido ser incorporada, o ha sido sólo parcialmente citada, ya sea a efectos demostrativos, o respecto de algún punto concreto.

¹⁶ Sentencia de ECHR de 12.07.1988, 10362/84, Schenk c. Suiza, Considerando 46, disponible en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57572#{"itemid":\["001-57572"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57572#{). Fecha de consulta: 27.01.2016.

¹⁷ Sentencia de ECHR de 25.03.1999, 25444/94, Pélissier y Sassi c. Francia, Considerando 45, disponible en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58226#{"itemid":\["001-58226"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58226#{). Fecha de consulta: 27.01.2016; Sentencia de ECHR de 18.03.1997, 21497/93 Mantonvaneli c. Francia, Considerando 34, disponible en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58023#{"itemid":\["001-58023"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58023#{). Fecha de consulta: 27.01.2016.; Decisión de ECHR de 04.07.2002, 56354/00, Parris v. Chipre, disponible en www.law.gov.cy/Law/.../Parris%20v%20Cyprus.Decision.04.07.02.doc Vid. AMBOS, Kai, *Beweisverwertungsverbote: Grundlagen und Kasuistik – internationale Bezüge – ausgewählte Probleme*, (Berlin, 2010), p. 102, nota al pie 604.

concurriendo ambos posteriormente a dependencias de la policía para informar lo sucedido. En el marco de la investigación seguida contra Schenk, la policía suiza persuade a P de obtener información inculpatoria por medio del contacto telefónico con el imputado, instalando para tales efectos equipos que permitan registrar dicha conversación. De acuerdo al plan trazado, la conversación telefónica finalmente sostenida entre el imputado y P, en la cual el primero confirmaba las imputaciones vertidas en su contra, es registrada por la policía, siendo posteriormente entregada como evidencia incriminatoria.

Basado en una violación al derecho a la privacidad, la defensa de Schenk solicitó durante el transcurso del procedimiento la exclusión de la referida conversación, petición que, finalmente, fue rechazada en diversas instancias, siendo finalmente el imputado condenado como inductor del delito de homicidio, en grado de frustrado. Tras recurrir sin éxito ante instancias superiores, recurre el imputado ante la ECHR a efecto que se pronuncie, entre otros puntos, respecto de una vulneración al art. 6° inc. 1°. Argumenta el recurrente en su solicitud, que la mera valoración por parte del tribunal de la grabación ilícitamente obtenida¹⁸ –producto de la instigación efectuada por la policía suiza– vulneró su derecho a un procedimiento equitativo.

Al respecto, sostuvo la Corte que la Convención no establece regla alguna sobre la admisibilidad de la prueba en sí, cuestión que compete exclusivamente a la regulación nacional. Su labor se limita exclusivamente a determinar si el juicio seguido contra el Sr. Schenk fue o no justo (considerando 46).

Para dichos efectos, sostuvo la Corte que un procedimiento equitativo deberá satisfacer al menos dos requisitos: en primer lugar, los derechos de la defensa deberán ser debidamente resguardados (considerando 47), y en segundo término, la condena no deberá fundamentarse exclusivamente en el medio de prueba obtenido ilícitamente¹⁹.

En el caso concreto, respecto del primer punto, sostuvo la Corte (considerando 47) que el imputado efectivamente contó durante el transcurso del litigio con la posibilidad de impugnar la autenticidad del material probatorio, y del mismo modo, de oponerse a su utilización. El hecho que las solicitudes formuladas en este sentido no hayan prosperado, no hace diferencia alguna. Respecto del segundo punto, sostiene la Corte que la conversación grabada no fue el único elemento probatorio en el cual se sustentó la sentencia condenatoria (considerando 48). Por el contrario, en la sentencia se apoyó en una multiplicidad de medios de prueba

¹⁸ Si bien la ilicitud en la obtención de la prueba no fue controvertida por el gobierno suizo (considerando 43), su utilización fue admitida en las distintas instancias argumentando bajo una ponderación de intereses, el interés público predominante en el caso concreto, al tratarse de un delito que compromete gravemente el interés público (considerando 44).

¹⁹ HAUCK, Pierre, Lauschangriff in der U-Haft - Anmerkungen zu BGH, Urt. v. 29.4.2009 (1 StR 701/08) und Versuch einer dogmatischen Klärung – (NStZ, 17-22), (2010), p. 20.

que ratificarían la culpabilidad de Schenk respecto de los hechos imputados. Por ambas razones, la alegada infracción al art. 6º inc. 1º fue finalmente descartada por la Corte.

III. VULNERACIONES AL ART. 3º CEDH Y SU RELACIÓN CON LA GARANTÍA ESTABLECIDA EN EL ART. 6º INC. 1º: JALLOH C. ALEMANIA Y GÄFGEN C. ALEMANIA

Relevante para establecer los alcances de la garantía establecida en el art. 6º inc. 1º, resulta el análisis de la prohibición de tortura establecida en el art. 3º de la Convención²⁰. Dicha disposición distingue (según la gravedad de la vulneración), entre tortura, tratos inhumanos y tratos degradantes. En el contexto de la Convención, podemos entender como tortura toda intervención inhumana o humillante deliberadamente realizada, que produce consecuencias gravísimas a nivel corporal o mental.²¹ Un trato inhumano corresponderá a una actuación dolosa, de larga duración, y que ocasiona sufrimientos físicos y/o síquicos²². Por último, el concepto tratos degradantes –que no dice relación con el padecimiento de dolor por parte del afectado– comprende una degradación y denigración en la persona del afectado²³.

La Corte ha establecido que, a diferencia de la vulneración a otras garantías consagradas en la Convención, una vulneración al art. 3º puede, en ciertos casos conducir automáticamente a una infracción a la garantía del procedimiento equi-

²⁰ “Art. 3º. Prohibición de la tortura. Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.”

²¹ SIEBER, Ulrich, BÖSE, Martin, Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, *ob. cit.*, p. 930. Vid. Sentencia de ECHR de 28.7.1999, Selmouni c. Francia, en *N/W* (2001), p. 56, disponible en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58287#{"itemid":\["001-58287"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58287#{). Fecha de consulta: 27.01.2016.

²² SIEBER, Ulrich, BÖSE, Martin, Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, *ob. cit.*, p. 907. Vid. Sentencia de ECHR de 12.5.2005, 46221/99, Öcalan c. Turquía, *NVioZ* (2006), p. 1267, disponible en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-69022#{"itemid":\["001-69022"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-69022#{). Fecha de consulta: 27.01.2016; Sentencia de ECHR de 15.7.2002, 47095/99, Kalashnikov c. Federación Rusa, disponible en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60606#{"itemid":\["001-60606"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60606#{). Fecha de consulta: 27.01.2016.

²³ SIEBER, Ulrich, BÖSE, Martin, Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, *ob. cit.*, p. 930. Vid. Sentencia de ECHR de 21.01.2011, 30696/09, M.S.S. c. Bélgica y Grecia, en *NVioZ* 2011, 413, disponible en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-103050#{"itemid":\["001-103050"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-103050#{). Fecha de consulta: 27.01.2016; Sentencia de ECHR de 28.7.2009, 47709/99, Rachwalski y Ferenc c. Polonia, disponible en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-93690#{"itemid":\["001-93690"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-93690#{). Fecha de consulta: 27.01.2016; Sentencia de ECHR de 4.7.2006, 59450/00, Ramirez Sánchez c. Francia, *EuGRZ* (2007), 141, disponible en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-1719956-1803362#{"itemid":\["003-1719956-1803362"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-1719956-1803362#{). Fecha de consulta: 27.01.2016.

tativo. Ello sucederá respecto de prueba obtenida y valorada mediante aplicación de tortura, entendida en un sentido estricto (diferente del caso de los llamados tratos inhumanos y tratos degradantes). Dicha vulneración posee la entidad suficiente como para entender sin más que el procedimiento como un todo puede ser considerado como injusto²⁴.

En el caso *Jalloh c. Alemania*²⁵ se discutió precisamente respecto de la afectación al art. 3º y sus consecuencias para un procedimiento equitativo. En cuanto a los hechos, en momentos en que el imputado Jalloh era observado por la policía, procede a ingerir dos pequeñas bolsas por vía oral, tras lo cual un tercero le hace entrega de una suma indeterminada de dinero. Entendiendo que los elementos ingeridos por el imputado podrían corresponder a sustancias prohibidas, procede la policía a detenerlo, no encontrando droga entre sus pertenencias. Bajo el argumento que una dilación podría entorpecer el éxito de la investigación, el órgano persecutor ordena a un médico suministrar al imputado un medio inductor del vómito, a efectos de expulsar el contenido recientemente ingerido. Tras haber sido conducido a un hospital, y habiéndose negado voluntariamente el imputado a ingerir la sustancia referida, cuatro oficiales de la policía proceden a reducirlo, suministrándole finalmente personal médico el referido medio inductor del vómito, junto a un sedante derivado de la morfina. Breves momentos después, expulsa finalmente el imputado por vía oral un pequeño envase que contenía 0,2 gramos de cocaína. Como consecuencia de los métodos empleados, el imputado manifestó dificultades para ingerir alimento, incidentes reiterados de sangrado nasal, así como una inflamación estomacal que se mantuvo por más de dos meses.

En cuanto al fondo, el imputado fue finalmente condenado a la pena de 6 meses en régimen de libertad como autor del delito de tráfico de sustancias prohibidas. Agotadas las vías legales ante los tribunales alemanes, recurre el imputado ante la CEDH alegando una infracción a la garantía establecida en los arts. 3º y 6º inc. 1º de la Convención.

En estos autos, sostuvo en primer lugar la Corte que la garantía del art. 3º de la Convención no prohíbe en todos los supuestos una intervención forzosa en la integridad física de una persona (considerando 76), sino sólo cuando dicha intervención configure alguno de los supuestos establecidos en el art. 3º. Su análisis quedará sujeto la determinación de su licitud en el caso concreto.

De este modo, la labor central de la Corte consistió en determinar si los métodos empleados podían enmarcarse dentro de la prohibición del art. 3º, o correspondían más bien a métodos carentes de la entidad necesaria para constituir una lesión

²⁴ AMBOS, Kai, *ob. cit.*, p. 105.

²⁵ Sentencia de ECHR *NJW* (2006), pp. 3117, 3122, disponible [http://hudoc.echr.coe.int/hudoc?i=001-76307#{\"itemid\":\[\"001-76307\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/hudoc?i=001-76307#{\). Fecha de consulta: 27.01.2016.

a la citada garantía. Para llegar a una u otras conclusión, se efectuó un examen global del caso, que abarcó la ponderación de los siguientes elementos: la necesidad de la intervención para la obtención de prueba en el proceso penal, los peligros a la salud física y síquica generados²⁶, el modo, duración y naturaleza de la intervención llevada a cabo, si las debidas consideraciones de carácter médico fueron respetadas, el efecto causado a la salud, y por último la entidad del delito investigado.

Respecto al caso concreto, concluyó la Corte (considerando 77) que la ingesta por vía oral de sustancias ilícitas no genera una necesidad de suministrar al imputado medios inductores del vómito, por cuanto su expulsión por vías naturales resulta esperable en un lapso de tiempo próximo. Asimismo, en cuanto a la gravedad del delito investigado, la ingesta por vía oral resulta posible respecto de pequeñas dosis de droga; la exigua cantidad finalmente incautada, como la posterior sentencia de (solo) 6 meses dictada contra el imputado ratifican la escasa entidad del delito cometido. En lo referido a la peligrosidad del medio empleado, y pese a las distintas opiniones a este respecto entre el Estado y el imputado, argumenta la Corte que atendidas las muertes que el uso de sondas nasales ha generado, el método empleado debe ser considerado como peligroso.

A partir de los antecedentes expuestos, concluyó la Corte que el método con que se efectuó el procedimiento, habiendo ocasionado gran miedo, sufrimiento y lesiones de larga duración, especialmente en la región estomacal del imputado, reviste la gravedad suficiente para ser catalogado como una tortura de conformidad al art. 3° de la Convención. Lo que correspondió a la Corte determinar a continuación, es si en el caso concreto la obtención de prueba mediante tortura, infringe asimismo la garantía contemplada en el art. 6° inc. 1°.

En este caso, concurrían antecedentes precisos que permiten considerar al procedimiento como injusto: la prueba fue obtenida mediante el empleo de tortura, contraviniendo un derecho esencial garantizado por la convención, siendo ésta además decisiva para lograr la condena. Asimismo, concluye la Corte que dada la legalidad del medio empleado de acuerdo al ordenamiento jurídico alemán²⁷, el imputado no contó con la posibilidad de excluir dicha prueba (considerando 107). Por otra parte, el interés público en la persecución y condena del imputado en el caso concreto, no posee la entidad suficiente como para permitir la admisibilidad de la prueba mediante métodos prohibidos.

²⁶ La Corte ha considerado en su jurisprudencia un tratamiento como inhumano, cuando ha sido realizado dolosamente y durante horas ocasionando ya sea lesiones corporales o un intenso sufrimiento síquico o físico. Vid. Sentencia de ECHR, Labita c. Italia Slg. 2000-IV Nr. 120, disponible en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58559#{"itemid":\["001-58559"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58559#{).

²⁷ § 81 a Ordenanza Procesal Penal alemana.

En conclusión, si bien la diligencia fue llevada a cabo legalmente, de conformidad al ordenamiento jurídico alemán, la valoración por parte de un tribunal de un medio de prueba obtenido mediando tortura, corresponde a una infracción que posee la entidad suficientemente como para calificar, en todos los casos, al procedimiento como globalmente injusto.²⁸

En *Gäfgen c. Alemania*²⁹ se discutió sobre la eventual exclusión de la prueba obtenida producto de las amenazas efectuadas por funcionarios policiales durante un interrogatorio al presunto secuestrador del hijo de un connotado empresario.

En cuanto a los hechos, a fines de septiembre de 2002 el imputado Gäfgen toma contacto con la víctima J., un menor de 11 años e hijo de un banquero alemán, convenciéndolo para que lo acompañe a su domicilio, lugar en el que procede a estrangular al menor de edad, causándole finalmente la muerte. A continuación, decide el imputado redactar una carta a los padres de J. fingiendo el secuestro del menor, señalándoles que no volverán a ver a su hijo con vida si no efectúan un pago de 1 millón de euros. Días más tarde, habiendo tomado contacto el imputado con los padres del menor, concurre el primero al punto de entrega acordado, una estación de servicio cercana, lugar en el cual procede a recoger el dinero acordado para el supuesto rescate. Dicha situación es observada de cerca por la policía, quienes horas más tarde, detienen al imputado en dependencias del aeropuerto de Frankfurt, siendo finalmente trasladado a una comisaría ubicada en la misma ciudad.

Al ser interrogado, y tras otorgar en un comienzo sólo respuestas evasivas, procede la policía a amenazar al imputado, manifestándole su intención de encerrarlo en una celda con dos hombres, quienes sin duda abusarían sexualmente de él. Tras lo anterior, decide el imputado finalmente revelar a la policía el lugar donde escondió el cuerpo del menor, siendo éste más tarde encontrado en la zona indicada, junto a otros elementos incriminatorios.

Con ocasión de una investigación administrativa referida al actuar de la policía, reconoce y justifica el vicepresidente de dicho organismo en un informe, las amenazas proferidas al imputado, justificándolas sin embargo como un medio

²⁸ En el mismo sentido, Vid. *Harutyunyan c. Armenia*, sentencia de 28.06.2007, 34334/04, considerando 66, disponible en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-99403#{"itemid":\["001-99403"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-99403#{). Vid. Ambos, 2010, p. 105. La Corte fundamentó adicionalmente la violación al art. 6º inc. 1º en una lesión al derecho de no autoincriminación del imputado (considerando 110, ss.).

²⁹ Sobre los hechos vid. *ECHR NJW* (2007), pp. 2461, ss.; sentencia de la 5a sección: *NStZ* (2008), pp. 699, ss.; sentencia de fondo de la gran Sala: *ECHR NJW* (2010), p. 3145, ss, disponible en [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-99015#{"itemid":\["001-99015"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-99015#{). Fecha de consulta: 27.01.2016. Las referencias entre paréntesis a considerandos, corresponden todas a la sentencia de fondo de la gran Sala.

excepcional destinado exclusivamente a salvar la vida de la víctima, de quien se creía entonces, se encontraba con vida.

La confesión otorgada por el imputado con ocasión de las amenazas, fue luego reiterada ante la policía, ante el fiscal, y meses después ante el juez de la causa, resultando el imputado finalmente condenado a la pena de presidio perpetuo como autor del delito de homicidio y sustracción de persona con resultado de muerte. Agotadas las instancias locales, el imputado recurre ante la CEDH argumentando una vulneración al art. 3º que prohíbe la aplicación de torturas, así como al art. 6º inc. 1º que establece el derecho a un procedimiento equitativo.

Respecto en primer lugar a la vulneración del art. 3º, argumenta la Corte que al haberse proferido las amenazas ya descritas se infringió la prohibición allí contemplada. Sostuvo sin embargo la Corte que dichas amenazas no poseen la entidad suficiente para ser calificadas de torturas en un sentido restringido, enmarcándose más bien dentro del concepto “procedimientos inhumanos”, prohibidos igualmente por el art. 3º de la Convención (considerandos 70, 108).

El alcance de la garantía contemplada en el art. 3º –sostiene la Corte– es absoluto y no admite ponderación de intereses alguna, ya sea –como argumenta la policía– en atención a la gravedad del hecho investigado, o del interés general en una eficiente persecución penal (considerando 176). Dicha garantía rige sin importar la conducta del imputado ni la motivación del funcionario (considerando 107), encontrándose vigente aún en situaciones de emergencia, esto es cuando –como invoca el Estado en su defensa– la vida de un ser humano se encuentre en peligro.

Sin perjuicio de lo anterior, la Corte rechazó en este caso reconocer una vulneración al derecho a un procedimiento equitativo (art. 6º inc. 1º), argumentando que tras un examen global del caso, dicho derecho no puede ser considerado como vulnerado. En primer lugar se tuvo presente que a diferencia de lo sucedido en *Jalloh c. Alemania*, que la valoración en un proceso penal de declaraciones obtenidas mediante tratos inhumanos no conducen de manera automática a considerar el procedimiento como injusto, de conformidad con el art. 6º inc. 1º. En el presente caso, dicha disposición sólo se verá vulnerada cuando la prueba obtenida mediante tratos inhumanos repercuta efectivamente en el desarrollo del proceso, o dicho de otro modo, cuando se acredite que ésta influyó en la decisión sobre la culpabilidad y la determinación de la pena (considerando 178).

Para llegar a tal conclusión, se consideró que los tribunales alemanes en este caso, determinaron expresamente la ilegalidad de la prueba producida a partir de las amenazas (considerandos 120-122), fundando la condena no en la confesión derivada de la aplicación de tratos inhumanos, sino en declaraciones posteriores, otorgadas por el imputado en conocimiento de la ilegalidad de la primera confesión. En efecto, el medio de prueba determinante para lograr la condena, correspondió a la confesión prestada durante la audiencia de juicio, la cual fue otorgada tras habersele dado a conocer su derecho a guardar silencio y luego de informarle que

sus declaraciones anteriores no serían consideradas en su contra. De esta forma, argumenta la Corte, no resulta posible en este caso establecer un vínculo causal entre la prueba directa e indirectamente³⁰ obtenida mediante apremios respecto de la sentencia condenatoria (considerando 180).

El criterio del vínculo causal entre la prueba obtenida ilícitamente y la condena, fue asimismo objeto central de la decisión tomada en *Doorson v. Países Bajos*.³¹ En dichos autos se discutió si la utilización como elemento incriminador de una declaración efectuada por un testigo, sin contar con la presencia del abogado defensor, así como la valoración por parte de un tribunal de testigos anónimos, vulneraba o no el derecho a un procedimiento equitativo.

En dichos autos, la Corte determinó que una declaración de un testigo obtenida en contravención a las normas de la Convención, vulnera el art. 6º inc. 1º sólo cuando la condena se hubiese basado exclusivamente o al menos de manera decisiva en dicha declaración y no como sucede en el caso, en antecedentes probatorios distintos y múltiples obtenidos de manera lícita (cons. 83).

IV. INCITACIÓN POLICIAL PARA COMETER UN DELITO: TEIXEIRA DE CASTRO C. PORTUGAL

En el caso *Teixeira de Castro c. Portugal*³² declaró la Corte como contrario a las reglas que definen un procedimiento como equitativo, la investigación y posterior condena generada a partir de la provocación para cometer el delito de tráfico de drogas efectuada por autoridades estatales, respecto de una persona que hasta entonces no se consideraba sospechoso.

Los hechos se enmarcan en el contexto de una operación efectuada por la policía portuguesa cuyo objetivo consistió en desbaratar una supuesta red de tráfico de drogas. En este contexto, policías encubiertos establecen contacto con un consumidor habitual de drogas, a efectos de adquirir 20 g de heroína. Para tales efectos, sugiere el consumidor a los agentes tomar contacto con *Teixeira de Castro*, quien supuestamente podría proveer la cantidad solicitada. Tras ser éste localizado por

³⁰ Vid. Considerando 105 y s. sentencia de la 5ª sección, *NStZ* (2008), p. 701.

³¹ Sentencia de ECHR de 26.03.1996, 20524/92, *Doorson v. Países Bajos*, disponible en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57972#{„itemid“:\[„001-57972“\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57972#{„itemid“:[„001-57972“]}). Fecha de consulta: 27.01.2016.

³² Sentencia de ECHR de 09.06.1998, 44/1997/828/1034, *NStZ* (1999), p. 47, disponible en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58193#{“itemid“:\[“001-58193”\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58193#{“itemid“:[“001-58193”]}). Vid. *Ramanauskas c. Lituania*, sentencia de 05.02.2008, 74420/01, Considerando 54, ss. Sobre la aplicación e implementación de lo allí resuelto respecto del Derecho alemán, vid. Sentencia del Tribunal Supremo alemán (BGH) del 18.11.1999 – 1 *StR* 221/99 (LG München I), en *JZ* (2000), pp. 363, ss.

la policía, y a efectos de obtener la cantidad de droga solicitada por los agentes encubiertos, el imputado se dirige en su propio vehículo a la casa de un tercero, de quien adquiere finalmente la cantidad de heroína requerida. A consecuencia de los hechos descritos, el 06.12.1993 el imputado fue condenado a la pena de 6 años de prisión como autor del delito de tráfico de drogas.

Agotadas las instancias legales en Portugal, recurre de Castro ante la ECHR alegando la ausencia de un procedimiento justo en su contra. Argumenta a este respecto que los hechos que motivaron su condena se produjeron como consecuencia de haber sido inducido por dos funcionarios policiales de civil para cometer el crimen por el cual posteriormente fue condenado. Sostiene el requirente que el delito imputado, de no haber mediado una acción policial, nunca se habría cometido. Adicionalmente sostiene, que los policías actuaron exclusivamente por iniciativa propia, sin haber sido debidamente controlados por un tribunal.

En cuanto al fondo, sostiene una vez más la ECHR que la pregunta respecto de la admisibilidad de la prueba corresponde a un asunto de competencia exclusiva del Derecho nacional, y que vincula –por regla general– únicamente a los tribunales locales: “no es tarea de la Corte en el marco de las reglas de la Convención, establecer las reglas que señalen las condiciones bajo las cuales la prueba de testigos puede ser admitida como válida. Su labor radica en determinar si el procedimiento como un todo, incluyendo el modo de la recepción de prueba, fue justo.” (Considerando 34).

En este sentido, sostiene que la garantía de un proceso justo contemplada en el art. 6º inc. 1º alcanza a todo tipo de procedimientos, independientemente de la gravedad del delito investigado.³³ Por lo anterior, la invocación al interés público en la persecución no puede justificar la aplicación de material probatorio obtenido producto de la acción inductora cometida por personal policial para cometer un delito ajena a la voluntad del imputado, e imputable exclusivamente al personal encubierto.

Para llegar a dicha conclusión consideró la Corte tres circunstancias: en primer lugar, la falta de supervisión judicial y de autorización respecto del obrar de la policía; en segundo término, la ausencia de condenas previas y de investigaciones penales seguidas contra el requirente;³⁴ y por último, el rol desempeñado por el

³³ Teixeira de Castro c. Portugal, *NStZ* (1999), p. 48 (considerando 36).

³⁴ Consecuentemente, en un caso similar: Sentencia de ECHR de 28.06.1995, 22463/93, René Müller c. Austria, disponible en http://www.menschenrechte.ac.at/orig/95_5/Mueller%20v%20A_ZE.pdf. Fecha de consulta: 27.01.2016. La Corte rechazó la existencia de una vulneración contra el art. 6 inc. 1º dado que el recurrente ya antes del contacto con agentes encubiertos de la policía comercializaba con sustancias prohibidas. Igualmente, en sentencia de ECHR de 22.10.1997, 34225/96, Halid Shahzad c. Reino Unido, disponible en <http://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=EKMR&Datum=22.10.1997&Aktenzeichen=34225/96>) la Corte no estableció ninguna contravención a garantías atendido que la iniciativa para comercializar droga con

imputado en la operación, quien se limitó a cumplir el encargo de los policías encubiertos, habiendo sido en definitiva la droga proveída por un tercero. Como sostiene correctamente Kinzig, la existencia de una provocación a delinquir se puede acreditar mediante un examen causal, concurriendo ésta –como sucedió en la especie– cuando la acción del agente estatal encubierto corresponda a una “*condictio sine qua non*” de la ejecución delictiva³⁵.

Dado que el Estado no debe inducir a ciudadanos sin antecedentes penales a quebrantar la ley³⁶, valorar un elemento probatorio así obtenido, vulnera la garantía establecida en el art. 6 inc. 1º CEDH,³⁷ considerándose el procedimiento desde el comienzo como injusto.³⁸ El razonamiento de la Corte, demuestra que en ciertos casos –tal como sucede respecto de infracciones al art. 3º CEDH³⁹– un solo suceso es capaz de desencadenar la ilegalidad del procedimiento globalmente analizado.⁴⁰

Precisamente, el derecho a un procedimiento equitativo debe situarse siempre en un lugar privilegiado. En el caso concreto, el uso de agentes encubiertos debe estar indudablemente sujeto a límites y controles, rigiendo lo anterior especialmente respecto de graves y complejas formas de criminalidad. Como acertadamente señala Grünwald⁴¹ mientras más grave sea el delito investigado, más alta será la

los agentes encubiertos provino exclusivamente de los imputados, limitándose los agentes encubiertos a aceptar la oferta propuesta. Vid. KINZING, Jörg, *Bewegung in der Lockspitzel problematik nach der Entscheidung des EGMR: Muß die Rechtsprechung ihre strikte Strafzumessungslösung verabschieden?*, zugleich Anm. zu EGMR, *StV* (1999), p. 127. *StV* (1999), p. 289.

³⁵ KINZING, Jörg, *ob. cit.*, p. 291.

³⁶ KEMPF, Eberghard, Anmerkung zur Urteil, EGMR, *Urt. v. 9.6.(1998) (44/1997/828/1034)* in der Sache Teixeira de Castro gegen Portugal. *StV* (1999), p. 129. En concordancia con lo expuesto por la Corte, el Tribunal Supremo alemán ha establecido que la figura del agente provocador sólo puede actuar en relación a personas respecto de las cuales ya exista una sospecha en el sentido del § 160 inc. 1º de la Ordenanza Procesal Penal alemana.

³⁷ ROXIN, Claus, Anmerkung zum Urteil des BGH v. 18.11.1999 - 1 *StR* 221/99, en *JZ* (2000), p. 363, ss. *JZ* (2000), p. 369.

³⁸ Sobre la jurisprudencia alemana en materia de extralimitación del agente provocador y su relación con la sentencia Teixeira de Castro c. Portugal vid. KEMPF, Eberghard, Anmerkung zur Urteil, EGMR, *Urt. v. 9.6.1998 (44/1997/828/1034)* in der Sache Teixeira de Castro gegen Portugal. *StV* (1999), pp. 128-130; KINZING, Jörg, *Bewegung in der Lockspitzel problematik nach der Entscheidung des EGMR: Muß die Rechtsprechung ihre strikte Strafzumessungslösung verabschieden?*, zugleich Anm. zu EGMR, *StV* (1999), p. 127. *StV* (1999), pp. 288-292; SOMMER, Ulrich, Anmerkung zum Urteil, EGMR, *Urt. v. 9.6. (1998) 44/1997/828/1034 NSiZ* (1999), pp. 48-50.

³⁹ Vid. supra Jalloh c. Alemania, nota 25.

⁴⁰ GAEDE, Karsten, Anmerkung zum Urteil, EGMR v. 5.11.2002 en *StV* (2003), pp. 257, ss. *StV* (2003), p. 260.

⁴¹ GRÜNWALD, Gerald, *Das Beweisrecht der Strafprozeßordnung*, (Baden-Baden, 1993), p. 156.

pena esperable, y por lo tanto los perjuicios que una contravención al ordenamiento jurídico puede generar.

V. INFRACCIONES AL PRINCIPIO DE NO AUTOINCRIMINACIÓN:
ALLEN C. REINO UNIDO

La Corte se ha pronunciado asimismo respecto de la vigencia y alcances del principio de no autoincriminación y su relación con un procedimiento justo. En *Allan c. Reino Unido*⁴² el imputado fue detenido y posteriormente ingresado en prisión preventiva por su presunta responsabilidad en la comisión de un robo y homicidio ocurrido en un supermercado a comienzos de 1995. Tras los nulos resultados de las diligencias realizadas por la Policía tendientes a aclarar estos hechos, se procedió a instalar cámaras de vigilancia y micrófonos en la celda donde se encontraba recluso el imputado. Habiendo sido éste citado a prestar declaración ante la policía, decide –tras consejo de su abogado defensor– ejercer su derecho a guardar silencio, decisión que se mantuvo inalterable en posteriores citaciones. A efectos de obtener información de parte del imputado, decide la policía trasladar a la celda en que Allan se encontraba recluso a otro imputado –quien usualmente actuaba de informante para la policía– ordenándosele expresamente mantener conversaciones con su compañero de celda respecto de los hechos que se le imputan.⁴³ Tras meses de reveladoras conversaciones, presenta finalmente el informante a la policía una detallada declaración, donde expone pormenorizadamente el contenido de diálogos que incriminan directamente a Allan en la comisión de los hechos objeto de la investigación, información que es parcialmente corroborada por las grabaciones obtenidas desde la celda. Argumentando que la prueba fue obtenida de manera injusta, intentó la defensa durante el juicio sin éxito impugnar la validez de la declaración del informante y de las grabaciones obtenidas, resultando en definitiva Allan condenado a la pena de presidio perpetuo, como autor del delito de homicidio, decisión posteriormente confirmada en instancias superiores.

Habiendo el imputado recurrido a la ECHR, determinó ésta que la valoración de prueba obtenida de un imputado privado de libertad a partir de conversaciones mantenidas con un compañero de celda, quien detentaba la calidad de informante, vulnera el principio “*nemo tenetur se ipsum accusare*”, deviniendo en una infracción en el art. 6º inc. 1º.

⁴² ECHR *StV* (2003), 257, ss, disponible en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-122859#{„itemid“:\[„001-122859“\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-122859#{„itemid“:[„001-122859“]}) Vid. SOWADA, Christoph, Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen nemo-tenetur-Grundsatz und fair-trial-Prinzip. In C. Geisler, E. Kraatz, J. Kretschmer, H. Schneider & C. Sowada (Eds.), *Festschrift für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag am 10. März 2011*, (Berlin, 2011), pp. 690 ss.

⁴³ Gráfico resulta el tenor de las instrucciones de la policía al informante, en original “*push him for what you can*”

Para arribar a tal conclusión, como ha señalado reiteradamente la Corte⁴⁴, corresponde analizar si los derechos del imputado fueron respetados. Para ello, se enfocó la Corte en determinar una eventual lesión al contenido esencial del derecho de no autoincriminación, analizando el modo en que fue utilizada la prueba obtenida, así como el tipo e intensidad de la presión ejercida respecto del imputado. Asimismo, se buscó determinar si el rol del informante corresponde a un equivalente funcional de un órgano del Estado

Respecto del primer punto, se consideró que las pruebas obtenidas gracias a la labor desempeñada por el informante corresponden a la evidencia principal que sostuvo la acusación (considerando 45). Si bien la presencia de elementos probatorios adicionales hubiese permitido atenuar el peso específico de la prueba ilícitamente obtenida dentro del proceso, en el caso concreto no se encuentra evidencia suplementaria que permita sostener tal aseveración.

En relación al segundo punto, sostiene la Corte que la libertad de decisión será infringida en caso que los funcionarios públicos, vulnerando la voluntad expresa del imputado en orden a guardar silencio, utilicen producto del engaño medios destinados a obtener una confesión que por medio de un interrogatorio formal no pudieron obtener (considerando 50). Encontrándose el imputado en prisión preventiva, acusado de homicidio, y bajo constante presión mediática y policial por obtener una confesión mediante un interrogatorio, no puede considerarse como voluntaria la declaración prestada frente a una persona que buscó desde un principio ganarse su confianza, y con la cual el imputado compartió durante varias semanas en un ambiente de soledad y presión psicológica. Asimismo, como destaca la Corte, para considerar una declaración frente a un informante como voluntaria, ésta debe efectuarse actuando el interlocutor sólo pasivamente, como receptor de la información⁴⁵, y no –como sucede en este caso– instando al interlocutor a responder.

Lo anterior, sumado al hecho que el compañero de celda había desempeñado anteriormente y de manera reiterada funciones como informante, permitió considerar la conversación sostenida, atendido el tipo de preguntas empleadas y la forma en que ésta se desarrolló, como un equivalente funcional de un interrogatorio llevado a cabo ante órganos persecutorios estatales (considerando 52), llevado a cabo mediando una vulneración al derecho de no autoincriminación.

⁴⁴ Allan v. Reino Unido, *StV* (2003), p. 258, considerando 42. Vid. Nota 43; Kahn v. Reino Unido ECHR *JZ* (2000), p. 993, disponible en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58841#{“itemid”:\[“001-58841”\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58841#{“itemid”:[“001-58841”]}); Jalloh c. Alemania ECHR *NJW* (2006), p. 3122, vid. Nota 25.

⁴⁵ Vid. JÄGER, Christian, *Beweiserhebungs-und Beweisverwertungsverbote als prozessuale Regel instrumente im strafverfolgenden Rechtsstaat. Zugleich ein Beitrag zum 67. Deutschen Juristentag. GA* (2008), pp. 482, 483.

Así, entendiendo la Corte que dicha garantía constituye un componente esencial de un debido proceso, resuelve acoger el recurso interpuesto, teniendo por acreditada una vulneración a la garantía contemplada en el art. 6º inc. 1º de la Convención.

VI. INFRACCIÓN AL DERECHO A LA VIDA PRIVADA, ART. 8º INC. 2º: KAHN C. REINO UNIDO Y BYKOV V. FEDERACIÓN RUSA

La criticada⁴⁶ sentencia Kahn c. Reino Unido⁴⁷ versa sobre un procedimiento donde la prueba fue obtenida con ocasión de la instalación de sistemas de escuchas en el domicilio particular de un sospechoso, sin cumplirse en la especie los requisitos de procedencia de dicha medida.

En cuanto a los hechos, producto de sospechas que relacionaban a Kahn con el tráfico de heroína, procede secretamente el personal investigador, tras la autorización del jefe de la policía local, a instalar equipos de escucha en el domicilio particular del imputado. Meses después de instalados los referidos sistemas, obtuvo la policía por medio de éstos información en la que el sospechoso reconoce haber tomado parte en una operación destinada a ingresar heroína al Reino Unido. Producto de dicha información, el imputado fue aprehendido, posteriormente acusado y finalmente condenado. Ante la solicitud de exclusión de la prueba, el juez de la instancia resolvió declarar ésta admisible, declarando luego culpable al imputado por su participación en el delito de tráfico de heroína, resolución posteriormente confirmada al rechazarse los recursos interpuestos ante instancias superiores.

Cabe tener presente que durante el curso de proceso, admitió el ente persecutor que sin la información obtenida fruto de la escucha, no hubiese sido posible formular imputación alguna, estableciendo asimismo la ECHR que este medio de prueba fue el único que permitió tener por acreditada la participación del recurrente en los hechos imputados.

La ECHR analizó en este caso si producto de la instalación de métodos de escucha fue vulnerada la garantía consagrada en el art. 8º inc. 2º de la Convención⁴⁸, que establece un deber de abstención respecto de atentados contra la esfera priva-

⁴⁶ Vid. JÄGER, Christian, *ob. cit.*, p. 483.

⁴⁷ Sentencia de ECHR 04.10.2000, 39395/97, JZ (2000), pp. 993, ss, disponible en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58841#{„itemid“:\[„001-58841“\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58841#{„itemid“:[„001-58841“]}). Fecha de consulta: 27.01.2016.

⁴⁸ “Derecho al respeto a la vida privada y familiar. (...)2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

da por parte de los órganos encargados de una persecución penal, y asimismo el derecho a un procedimiento equitativo contemplado en el art. 6º inc. 1º. Respecto de la primera infracción, afirma la Corte que no encontrándose a la época de los hechos regulado en el derecho inglés la instalación de dispositivos de escucha,⁴⁹ la obtención de prueba con ayuda de dichos sistemas sin control alguno, vulnera efectivamente al derecho a la protección de la esfera privada, consagrado en la antes referida disposición (Considerandos 44 y 45).

Ahora, en lo referido a la pretendida infracción al art. 6º inc. 1º de la Convención, arriba la Corte a una conclusión opuesta. Argumenta en este punto –nuevamente– que su labor no es determinar si diferentes tipos de prueba resultan de acuerdo al derecho local admisibles o no, o si el recurrente en efecto era o no culpable. Por el contrario, la pregunta que le corresponde analizar es simplemente si el procedimiento como un todo, inclusive el tipo y modo de obtención de prueba, ha sido o no justo.

Para contestar dicha interrogante, sostiene la Corte (considerando 36) que de acuerdo al Derecho inglés, al no existir en aquel entonces –a diferencia de la mayoría de los países de Europa continental– un derecho general a la protección de la esfera privada, un ataque en su contra no puede considerarse esencialmente como ilegal. Asimismo, se debe considerar que el imputado tuvo oportunidades suficientes para controvertir la autenticidad, y el empleo en juicio de la grabación (considerando 38).

Ahora bien, no existiendo dudas respecto de la veracidad de la información obtenida, y habiendo sido discutida y analizada la validez de ésta en diversas instancias, concluye la sentencia que no puede considerarse el proceso en general como injusto, no vulnerando de esta forma el art. 6º inc. 1º de la Convención.

Interesante resulta el voto disidente del juez Loucaides, en cuanto sostiene que la Corte yerra al calificar el procedimiento en general de justo, pese a haberse obtenido la evidencia en vulneración a un derecho garantizado por la Convención⁵⁰. Asimismo, y en conformidad con dicha disidencia, resulta a lo menos cuestionable y contradictorio con los criterios delineados por la Corte, calificar de justo un procedimiento en el cual la única prueba para condenar fue producida afectando garantías consagradas en el art. 8º inc. 2º de la Convención.⁵¹

⁴⁹ Sólo a partir de 1999 con la entrada en vigencia de la Police Act se reguló definitivamente el tema. Vid. KÜHNE, Hans-Heiner, NASH, Susan, Anmerkung zur Urteil EuGHMR, v. 12.5.2000 - 35394/97 Khan ./.. Vereinigtes Königreich. *JZ* (2000), p. 996.

⁵⁰ En igual sentido: KÜHNE, Hans-Heiner, NASH, Susan, Anmerkung zur Urteil EuGHMR, v. 12.5.2000 - 35394/97 Khan ./.. Vereinigtes Königreich. *JZ* (2000), p. 996.

⁵¹ Vid. KÜHNE, Hans-Heiner, NASH, Susan, Anmerkung zur Urteil EuGHMR, v. 12.5.2000 - 35394/97 Khan ./.. Vereinigtes Königreich. *JZ* (2000), p. 997.

Similar respuesta otorgó la Corte en el caso *Bykov c. Federación Rusa*⁵². Respecto a los hechos, en septiembre del año 2000, el imputado Bykov habría ordenado a un miembro de su guardia personal (V), asesinar a un antiguo socio comercial suyo (S), petición que fue rechazada por el primero. Días más tarde, V decide denunciar a Bykov ante el Servicio Federal de Seguridad ruso (FSS), quienes en conjunto con la policía proceden a montar un operativo tendiente a obtener pruebas en contra del imputado. Al poco tiempo, la policía informa –falsamente– que en una propiedad de S fueron encontrados 2 cuerpos presuntamente asesinados, correspondiendo uno de éstos precisamente a su propietario. Tras ello, y mediando instrucciones expresas de la policía, V decide visitar al Bykov en su propiedad, portando un radiotransmisor oculto en su vestimenta. En dicha oportunidad, se atribuye V –en cumplimiento del encargo anteriormente realizado– la autoría de las supuestas muertes, entregando al recurrente una serie de efectos personales, prestados previamente por las supuestas víctimas, para dar crédito a sus dichos. Al poco tiempo, y tras un allanamiento domiciliario, Bykov es detenido bajo los cargos de conspiración para cometer homicidio resultando finalmente, tras haber permanecido cerca de dos años en prisión preventiva, condenado a la pena de 6 años y medio de prisión por incitación a cometer un crimen que comprende un homicidio.

Agotadas las instancias locales, recurre el condenado ante la ECHR aduciendo una vulneración de los arts. 5º inc. 3º,⁵³ 8º y 6º inc. 1º de la Convención. Fundamenta la primera vulneración en el tiempo excesivo pasado en prisión preventiva, la segunda, en haberse obtenido prueba inculpatoria con ocasión de la escucha de una conversación privada llevada a cabo en un domicilio particular, y la tercera, en cuanto la condena se fundamentó en evidencia inculpatoria obtenida a partir de una trampa tendida por la policía, vulnerando garantías fundamentales del imputado.

La Corte tuvo por acreditada una violación al art. 5º inc. 3º, argumentando para ello, que durante el largo tiempo en que el imputado se mantuvo en prisión preventiva, su libertad fue rechazada en múltiples oportunidades, muchas veces sin expresión de causa. Asimismo, respecto de la infracción al art. 8º sostiene la Corte

⁵² Sentencia de ECHR *Bykov c. Federación Rusa*, recurso Nr. 4378/02, disponible en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-91704#{„itemid“:\[„001-91704“\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-91704#{„itemid“:[„001-91704“]}). Vid. comentarios de JUNG, Heike, *Faires Verfahren und menschenrechtswidrige Beweiserhebung. Zugleich Besprechung von EGMR, Urteil vom 21.1.2009. GA (2009)*.

⁵³ “Derecho a la libertad y a la seguridad. 3. Toda persona detenida o privada de libertad en las condiciones previstas en el párrafo 1 c), del presente artículo deberá ser conducida sin dilación ante un juez u otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado a juicio”.

que el actuar de la policía al utilizar dispositivos de escucha ocultos en la ropa de V, vulneró el derecho del imputado al respeto de su vida privada, constatando con ello una vulneración a la referida garantía.

Pese a lo anterior, en relación a la pretendida violación al art. 6º inc. 1º reitera la Corte que dicha disposición garantiza el derecho a un procedimiento justo entendido este como un todo, sin tener competencia para inmiscuirse en las reglas sobre admisibilidad de la prueba propia de los ordenamientos jurídicos nacionales. En este sentido, observa la Corte que en el procedimiento seguido ante la justicia local, el requirente contó con la posibilidad efectiva de impugnar la utilización de los métodos empleados por la policía, tanto en primera como en segunda instancia, permitiéndosele argumentar tanto que la prueba existente en su contra fue obtenida de manera ilegal, como que la conversación interceptada fue malinterpretada, habiendo sido cada una de estas alegaciones rechazadas mediante resoluciones fundadas. Afirma además la Corte que las pruebas impugnadas correspondieron a sólo uno de los múltiples antecedentes valorados por los jueces del fondo, siendo a este respecto aún más relevante la primera declaración prestada por el imputado, y que fuese leída durante el juicio oral con la autorización del defensor, declaración que se condice con el resto de los elementos de prueba incriminatorios. Sostiene la Corte que a diferencia de *Allan c. Reino Unido*, no se ejerció de ningún modo presión sobre el imputado, llevándose a cabo la conversación de manera voluntaria. De esta forma, no habiéndose vulnerado el derecho de no autoincriminación del imputado, y habiendo sido resguardado debidamente su derecho a defensa (considerando 90), concluye la Corte en el presente caso que no es posible advertir una vulneración a la garantía establecida en el art. 6º inc. 1º.

En el caso *Bykov*, como correctamente sostiene Jung,⁵⁴ la mayoría de la Corte relativizó las infracciones cometidas, diluyendo o bien saneando los vicios acreditados, atendido el escaso valor que estos representarían dentro de una valoración global de la prueba efectuada en el caso concreto, considerando además las posibilidades que el imputado tuvo durante el proceso, de cuestionar la prueba obtenida.

VII. CONCLUSIONES

Desde el comienzo, la jurisprudencia de la ECHR en materia de infracción de garantías en la obtención de material probatorio ha delineado un modelo en el cual se efectúa un análisis retrospectivo global del caso concreto⁵⁵, distante de un

⁵⁴ JUNG, Heike, *Faires Verfahren und menschenrechtswidrige Beweiserhebung. Zugleich Besprechung von EGMR, Urteil vom 21.1.2009. GA (2009)*, p. 653.

⁵⁵ AMBOS, Kai, *Internationales Strafrecht: Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht, Rechtshilfe ; ein Studienbuch (4., völlig überarb. und erw. Aufl. ed.)*. (München, 2014), p. 490, s.

modelo en el cual el Tribunal centra su análisis exclusivamente en el vicio concreto alegado. Si bien el método casuista empleado por la Corte le otorga una notable flexibilidad⁵⁶, concediendo al legislador nacional la potestad principal para regular el derecho probatorio, ha sido criticado por su falta de claridad, cuestión que ha derivado en una jurisprudencia muchas veces confusa⁵⁷.

En los casos que le ha tocado conocer, la ECHR ha centrado su análisis no en el control de las reglas de derecho interno que regulan la obtención de prueba, sino fundamentalmente en la constatación de vulneraciones a la Convención. En efecto, no es tarea de la Corte determinar si un determinado medio de prueba –por ejemplo, aquel que fue obtenido de manera ilegal– debe ser o no admitido, o si un imputado es o no culpable.⁵⁸ Lo que le compete analizar es si el procedimiento como un todo, inclusive la obtención de medios de prueba, puede ser considerado como equitativo.⁵⁹ Lo anterior comprende la prueba de la ilegalidad invocada y –en el caso que la infracción indique la lesión de algún derecho de la Convención– la naturaleza de dicha vulneración⁶⁰.

Lo anterior parece a la luz de su competencia, acertado. En efecto, pretender que la Corte efectúe un examen de mérito de las normas del derecho interno, así como de su aplicación en un caso puntual, implicaría una intromisión inadmisibles en potestades exclusivas del legislador nacional, convirtiéndola en una nueva instancia que desvirtuaría sus objetivos y propósitos. Como ha sostenido acertadamente la ECHR,⁶¹ su misión no es inmiscuirse en asuntos de competencia exclusiva de la justicia local, sino ejercer una labor de supervisión frente determinadas infracciones que, al haber sido toleradas, permiten calificar al procedimiento globalmente como injusto⁶².

⁵⁶ ESSER, Robert, *Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht: die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Straßburg*, de Gruyter Recht. (Berlin, 2002), p. 402.

⁵⁷ KÜHNE, Hans-Heiner; NASH, Susan, *Anmerkung zur Urteil EuGHMR, v. 12.5.2000 - 35394/97 Khan ./. Vereinigtes Königreich. JZ (2000)*, p. 997.

⁵⁸ ESSER, Robert, *ob. cit.*, p. 402.

⁵⁹ ESSER, Robert, *ob. cit.*, p. 402.

⁶⁰ Kahn v. Reino Unido ECHR *JZ (2000)*, p. 993, vid. Nota 48; Allan v. Reino Unido, considerando 42. *StV (2003)*, p. 258, vid. Nota 43; Jalloh c. Alemania ECHR *NJW (2006)*, p. 3122, vid. Nota 26; Lüdi c. Suiza ECHR *StV (1992)*, pp. 499, 500, disponible en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57784#{„itemid“:\[„001-57784“\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57784#{„itemid“:[„001-57784“]}).

⁶¹ Vid. Bykov c. Federación Rusa, sentencia de 21.1.2009, Nr. 4378/02 (considerando 88), vid. Nota 53.

⁶² En el mismo sentido: JUNG, Heike, “Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege” contra “schützende Formen” - ein prozessualer “Klassiker” im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte. *GA (2003)*, p. 203.

Lo anterior no debe llevar a entender la labor de la Corte como desligada del quehacer de la justicia interna. Por el contrario, en sus decisiones la Corte efectúa necesariamente una función controladora de las decisiones adoptadas a nivel nacional⁶³, entregando en sus decisiones los estándares mínimos que ésta debe satisfacer para resguardar las garantías consagradas en la Convención, vinculantes para los Estados suscriptores⁶⁴, quienes de acuerdo al art. 46, poseen la obligación de “acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes”.⁶⁵

Las consecuencias derivadas de una obtención —y eventual valoración— de material probatorio en contravención a derechos consagrados en la Convención, respecto de la garantía consagrada en el art. 6° inc. 1°, dependerá de diversos factores. En primer lugar, del vínculo existente entre la prueba obtenida producto de una infracción de garantías cuyo titular es el imputado, y la decisión del tribunal sobre el fondo. Así, como sucedió en *Gäfgen c. Alemania* y *Doorson v. Países Bajos*, una sentencia en la cual se excluyen de la decisión determinadas pruebas obtenidas mediante infracción a garantías establecidas en la Convención, no hará suyo el vicio alegado, respetando a este respecto, los estándares propios de un procedimiento justo. La sentencia deberá basarse exclusivamente, o al menos en parte importante, en la prueba obtenida con ocasión de una infracción de garantías.

Acreditado sea el vínculo entre la infracción y el fundamento de la sentencia, la Corte ha establecido diferentes criterios de apreciación según cual sea la garantía vulnerada. Respecto de éste punto, resulta interesante destacar (como se desprende de *Jalloh c. Alemania*) que la afectación de ciertas garantías procesales, v.gr. la contemplada en el art. 3° CEDH, posee la entidad suficiente en caso de obtención de prueba mediante torturas, entendidas estas en un sentido estricto, para que el solo hecho de ser incluida en la valoración de la prueba, permita por sí sola y en todos los casos acreditar una infracción al art. 6° inc. 1°⁶⁶, independiente de otros elementos probatorios considerados por el tribunal en su decisión⁶⁷. Dicha

⁶³ ESSER, Robert, *ob. cit.*, p. 402.

⁶⁴ JÄGER, Christian, *Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote als prozessuale Regel instrumente im strafverfolgenden Rechtsstaat. Zugleich ein Beitrag zum 67. Deutschen Juristentag. GA (2008)*, p. 480. Paradigmático en este sentido, es el reconocimiento por el Tribunal Administrativo Federal de su carácter vinculante y orientador, *BVerwGE 110*, 203.

⁶⁵ Del mismo modo, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha resuelto que la jurisprudencia de la ECHR “proporciona apoyo interpretativo para la determinación del contenido y alcance de los Derechos Fundamentales y fundamentos del Estado de Derecho contenidos en la Ley Fundamental” *BVerfGE 74*, 370. Vid. ROXIN, Claus, *Anmerkung zum Urteil des BGH v. 18.11.1999 - 1 StR 221/99*, en *JZ (2000)*, pp. 363, ss. *JZ (2000)*, p. 369.

⁶⁶ AMBOS, Kai, *Beweisverwertungsverbote: Grundlagen und Kasuistik - internationale Bezüge ausgewählte Probleme*, (Berlin, 2010), p. 105.

⁶⁷ Lo anterior rige sin excepciones, aplicándose incluso cuando la tortura sea invocada como medio idóneo para salvar vidas de terceros. Aun en esos casos, la aplicación de tortura no puede

conclusión alcanza no sólo a la prueba directamente obtenida, sino también a los elementos probatorios derivados de ésta (efecto reflejo de la prueba ilícita)⁶⁸.

Del mismo modo, la sentencia dictada en *Allan c. Reino Unido*, reafirma el criterio ya expuesto anteriormente por la Corte en *Funke c. Francia*⁶⁹ y en *Murray c. Reino Unido*⁷⁰ consistente en incluir el principio de no autoincriminación como componente esencial de un proceso equitativo,⁷¹ descartando con ello la invocación de un interés público predominante como factor de ponderación. Así, dado que la vigencia de dicha garantía ha sido destacada por la Corte como absoluta, siguiendo lo expresado por la ECHR anteriormente en *Saunders c. Reino Unido*,⁷² aun en casos donde el interés estatal en la persecución penal es alto (al tratarse por ejemplo como sucede en *Allan c. Reino Unido* de una investigación seguida entre otros por el delito de homicidio) “el interés público no podrá ser invocado para justificar el empleo de respuestas obtenidas de manera forzada como medio de incriminación”, derivando en consecuencia su vulneración en una lesión al art. 6º inc. 1º⁷³.

ser justificada, excluyéndose de plano una ponderación de intereses. Vid. Sentencia de ECHR de 19.2.2009, 3455/05 A y otros c. Reino Unido, *NJOS* (2010), 1903; Sentencia de ECHR sw 04.07.2006, 59450/00, *Ramírez Sánchez c. Francia*, *EuGRZ* (2007), p. 141, vid. Nota 24; Sentencia de ECHR de 28.07.1999, 25803/94, *Selmouni c. Francia*, *NJW* (2001), p. 56, vid. Nota 22; Sentencia de ECHR de 01.06.2010, 22978/05, *Gäfgen c. Alemania*, en *NJW* (2010), p. 3145, vid. Nota 30; Sentencia de ECHR de 30.6.2008, 22978/05, *Gäfgen c. Alemania*, en *NStZ* (2008), p.699.

⁶⁸ SIEBER, Ulrich, BÖSE, Martin, Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, *ob. cit.*, p. 930. Sentencia de ECHR de 01.06.2010, 22978/05, *Gäfgen c. Alemania*, en *NJW* (2010), p. 3145, vid. Nota 30; Sentencia de ECHR de 30.6.2008, 22978/05, *Gäfgen c. Alemania*, en *NStZ* (2008), p. 699; Sentencia de ECHR de 11.7.2006, 54810/00, *Jalloh c. Alemania*, *NJW* (2006), p. 3117, vid. Nota 26.

⁶⁹ Sentencia de ECHR de 25.02.1993, 10588/83 Nr. ei 256-B, considerando 41, 44, disponible en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-62366#{"itemid":\["001-62366"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-62366#{). Fecha de consulta: 27.01.2016.

⁷⁰ Sentencia de ECHR de 24.10.1994, 14310/88, Rep. 1996-I, considerando 45 ss, disponible en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57895#{"itemid":\["001-57895"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57895#{). Fecha de consulta: 27.01.2016.

⁷¹ GAEDE, Karster, Anmerkung zum Urteil, *EGMR v. 5.11.2002 en StV* (2003), pp. 257, ss. *StV* (2003), p. 260.

⁷² Sentencia de ECHR de 17.12.1996, 19187/91, Considerando 65, ss, disponible en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58009#{"itemid":\["001-58009"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58009#{). Fecha de consulta: 27.01.2016: “Tal como lo estableció la Comisión, se considera que los requisitos generales de equidad contenidos en el art. 6º, incluyendo el derecho a no autoincriminación, se aplica en los procedimientos penales, respecto de todo tipo de ofensas criminales, sin distinción, desde la más simple a la más compleja. El interés público no podrá ser invocado para justificar el uso de respuestas obtenidas de manera compulsiva en una investigación no judicializada para incriminar a los acusados durante el juicio criminal.”

⁷³ El Tribunal Supremo alemán ha sostenido, por el contrario, que la validez de una declaración obtenida por medio de escuchas ilegales debe resolverse considerando la gravedad y tipo del delito

Por el contrario, respecto de procedimientos en los cuales la sentencia basada en prueba obtenida en contravención a otras garantías establecidas en la Convención, la Corte ha rechazado en ciertos casos –tras una ponderación de intereses– considerar el procedimiento como injusto. Dicho examen –como sostuvo la Corte en *Schenk c. Suiza y Allan c. Reino Unido*– considera fundamentalmente el análisis por un lado del efectivo resguardo del derecho a defensa, y por otro del rol desempeñado por el medio de prueba obtenido ilícitamente en la decisión del tribunal.

De esta manera, los votos de mayoría de *Schenk c. Suiza* y *Bykov c. Federación Rusa* son claros al sostener que un proceso en el cual se incurrió en infracciones a la garantía consagrada en el art. 8º no contraviene en todos los casos la garantía del art. 6º inc. 1º. Así, y en referencia al segundo de los criterios expuestos, cuando una sentencia se apoye en diversos medios de prueba, y no exclusivamente en el obtenido mediante infracción al derecho a la vida privada, no se generará una lesión, al art. 6º inc. 1º de la Convención. Contradictorio con dicho criterio, resulta el voto de mayoría en *Kahn c. Reino Unido*, caso en el cual pese a que la única prueba que permitió fundamentar una sentencia condenatoria se obtuvo en contravención al derecho a la vida privada, se rechazó considerar al procedimiento como injusto.

Por otro lado, la Corte ha contemplado la posibilidad de sanear un vicio cometido en la obtención de prueba, por medio de actuaciones procesales de los intervinientes afectados. En *Gäfgen c. Alemania* por ejemplo, la Corte rechazó una vulneración a la garantía del art. 6º inc. 1º debido a que la justicia nacional fundamentó su decisión no en la confesión obtenida por medio de tormentos, sino en declaraciones posteriores, otorgadas por el imputado en conocimiento de sus derechos y del vicio que impedía una valoración de la prueba obtenida ilegalmente. De esta forma, la presencia de actuaciones que permiten atenuar el vínculo de ilicitud existente entre la infracción y la prueba, generan que el vicio pierda finalmente su relevancia jurídica.

Dicho criterio se condice con la postura sostenida por la Corte Suprema de los Estados Unidos en materia de excepciones a la regla de exclusión, específicamente lo que dice relación con la “*purgued taint exception*” (excepción del vínculo atenuado)⁷⁴. Dicha excepción sostiene que producto de un hecho relevante acaecido con posterioridad a la actuación ilícita, no se puede hablar más en el caso concreto de una conexión directa entre la lesión de derechos fundamentales y la obtención de la prueba derivada. Un hecho sobreviniente, como lo fue la nueva declaración

investigado. Vid. *BGHSt GS 42, 139 (154, ss.) = StV (1996)*, pp. 465, ss. Una adecuada recepción de la sentencia de la Corte ante los tribunales alemanes implica no dejar sujeta la vigencia del principio de no autoincriminación a la gravedad del delito investigado.

⁷⁴ Vid. *Wong Sun v. U.S.*, 371 U.S. 471, 487 (1963); *Nardone v. U.S.*, 308 U.S. 338, 341 (1939).

libre de coacción prestada por el imputado Gäfgen, atenúa el vínculo de tal forma que éste termina perdiendo su relevancia jurídica⁷⁵.

Por último, resulta interesante analizar una postura minoritaria dentro de la Corte⁷⁶, que propugna una interpretación formal de la garantía del art. 6º inc. 1º de la Convención. Se argumenta por parte de los disidentes que un procedimiento en el cual se lesionan derechos y garantías consagrados en la Convención, sea cual sea la garantía lesionada, no puede ser considerado en caso alguno como justo. Sostienen asimismo que la postura mantenida por la mayoría del Tribunal, impide dotar de relevancia práctica a las garantías procesales consagradas a favor del imputado. Así por ejemplo, un procedimiento en el cual se valora prueba obtenida en infracción al derecho a la vida privada, debiese conducir siempre a una infracción al art. 6º inc. 1º, en cuanto todas las garantías establecidas en la Convención corresponden a componentes integrantes de un procedimiento equitativo⁷⁷.

Dicho punto de vista adolece de dos problemas. En primer lugar, la pretendida absolutización de las garantías impide efectuar una diferenciación de éstas, de acuerdo al peso específico que poseen en el procedimiento penal. Asimismo, se desconoce el valor diferenciado que desempeñan los elementos probatorios en la valoración de la prueba respecto de un caso particular. Declarar que un proceso no se ajustó a las garantías de un procedimiento justo, aun cuando la prueba obtenida con infracción a garantías de la Convención corresponda a un elemento de segundo orden entre los motivos del Tribunal para llegar a una decisión, parece en muchos casos una conclusión desproporcionada. Si bien determinadas garantías establecidas en la Convención poseen la entidad suficiente como para que su infracción derive automáticamente en una ilicitud general del procedimiento independiente del peso específico de la prueba así obtenida (v.gr. prueba obtenida mediante tortura), no resulta posible extender dicha conclusión a toda infracción.

Pese a compartir el criterio de la Corte en orden a determinar a partir de una ponderación global del caso una eventual vulneración al art. 6º inc. 1º, se mantiene pendiente –como sostiene el voto concurrente del juez Cabral Barreto en *Bykov c. Federación Rusa*– una determinación clara de los supuestos que generan que un procedimiento sea considerado como injusto.

En este sentido, se ha reprochado⁷⁸ que el establecimiento de criterios claros de exclusión de prueba, basados en infracciones a las garantías consagradas en la

⁷⁵ Igualmente, la posibilidad de sanear vicios procesales abarca la posibilidad de repetición del acto impugnado en instancias posteriores del procedimiento, o la realización de un juicio nuevo, producto de la invalidación de la sentencia por parte de un tribunal superior. Vid. Sieber et al., (2014), p. 908.

⁷⁶ Voto en parte concurrente y en parte disidente del juez Loucaides en *Kahn c. Reino Unido*; voto disidente del juez Spielmann en *Bykov c. Federación Rusa*.

⁷⁷ Vid. in extenso voto concurrente juez Cabral Barreto en *Bykov c. Federación Rusa*.

⁷⁸ AMBOS, Kai, ob. cit., p. 103.

Convención, deviene en una aspiración difícilmente consagrable si la legalidad o ilegalidad del procedimiento depende de un examen casuista efectuado desde una perspectiva global del caso. Los criterios expresados por la Corte no contribuirían al establecimiento de reglas concretas que permitan solucionar problemas similares, generando muchas veces incertidumbre entre los intervinientes e inseguridad jurídica⁷⁹.

Discrepamos de ello. Si entendemos al art. 6º inc. 1º como una plataforma en la cual distintos intereses deben ser en el caso concreto ponderados,⁸⁰ podemos llegar a establecer –a través del desarrollo de la jurisprudencia de la Corte– las hipótesis en que un error en la obtención y valoración de prueba generará una infracción a la referida disposición, y casos en la cual dicho error será normativamente compensado de forma distinta⁸¹. El desarrollo de los estándares necesarios para tener por acreditada una vulneración al art. 6º inc. 1º por parte de la Corte –fundamental a efectos de otorgar certeza en el desarrollo futuro del tema⁸²– resulta posible sólo a través del desarrollo de una jurisprudencia uniforme y consistente; sólo de esta forma podrá la Corte cumplir efectivamente la función de “Motor de la protección de derechos fundamentales a nivel europeo” a la que se encuentra llamada⁸³.

BIBLIOGRAFÍA

AMBOS, Kai, *Beweisverwertungsverbote: Grundlagen und Kasuistik - internationale Bezüge ausgewählte Probleme*, (Berlin, 2010).

— *Internationales Strafrecht: Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht, Rechtshilfe ; ein Studienbuch* (4., völlig überarb. und erw. Aufl. ed.), (München, 2014).

BELING, Ernst, *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess: Sonderausgabe* (2., unveränd. Aufl., Nachdr. der Ausg. Breslau 1902 ed.), (Darmstadt, 1968).

⁷⁹ BEULKE, Werner, ob. cit., p. 663; JÄGER, Christian, *Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote als prozessuale Regel instrumente im strafverfolgenden Rechtsstaat. Zugleich ein Beitrag zum 67. Deutschen Juristentag*. GA (2008), p. 480.

⁸⁰ JUNG, Heike, “Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege” contra “schützende Formen” - ein prozessualer “Klassiker” im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte. GA (2003), p. 196.

⁸¹ Dicha postura se condice con la teoría normativa de las consecuencias de los errores, desarrollada en el derecho procesal penal alemán fundamentalmente por el Prof. Klaus Rogall. Vid. Rogall, 1995, p. 155, ss.; 1996, pp. 947, ss.

⁸² En este sentido KÜHNE, Hans-Heiner; NASH, Susan, Anmerkung zur Urteil EuGHMR, v. 12.5.2000 - 35394/97 Khan ./. Vereinigtes Königreich. JZ (2000), p. 998.

⁸³ La expresión original corresponde a Jung, 2003, p. 193.

BEULKE, Werner, Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus. *JURA* 9 (2008), pp. 653-666.

ESSER, Robert, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht: die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Straßburg de Gruyter Recht, (Berlin, 2002).

— Europäisches und Internationales Strafrecht, (München, 2014).

GAEDE, Karster, Anmerkung zum Urteil, EGMR v. 5.11.2002 en StV (2003), pp. 257, ss. *StV* (2003), pp. 260-263.

GRÜNWARD, Gerald, Das Beweisrecht der Strafprozeßordnung, (Baden-Baden, 1993).

HAUCK, Pierre, Lauschangriff in der U-Haft - Anmerkungen zu BGH, Urt. v. 29.4.2009 (1 *StR* 701/08) und Versuch einer dogmatischen Klärung - *NStZ* (2010), pp. 17-22.

JÄGER, Christian, Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote als prozessuale Regel instrumente im strafverfolgenden Rechtsstaat. Zugleich ein Beitrag zum 67. Deutschen Juristentag. *GA* (2008), pp. 473-499.

JUNG, Heike, "Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege" contra "schützende Formen" - ein prozessualer "Klassiker" im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte. *GA* (2003), pp. 191-203.

— Faires Verfahren und menschenrechtswidrige Beweiserhebung. Zugleich Besprechung von EGMR, Urteil vom 21.1.2009. *GA* (2009), pp. 651-656, Juristentages, S. d. d. d. (1966). Verhandlungen des Sechsvierzigsten Deutschen Juristentages: Essen 1966 Band II Sitzungsberichte. München ; Berlin.

KEMPF, Eberghard, Anmerkung zur Urteil, EGMR, Urt. v. 9.6.1998 (44/1997/828/1034) in der Sache Teixeira de Castro gegen Portugal. *StV* (1999), pp. 128-130.

KINZIG, Jörg, Bewegung in der Lockspitzel problematik nach der Entscheidung des EGMR: Muß die Rechtsprechung ihre strikte Strafzumessungslösung verabschieden? zugleich Anm. zu EGMR, *StV* (1999), p.127. *StV* (1999), pp. 288-292.

KÜHNE, Hans-Heiner, & NASH, Susan, Anmerkung zur Urteil EuGHMR, v. 12.5.2000 - 35394/97 Khan ./ . Vereinigtes Königreich. *JZ* (2000), pp. 996-998.

ROGALL, Klaus, Beweisverbote im System des deutschen und des amerikanischen Strafverfahrensrechts. En: J. Wolter & H. W. Feigen (Eds.), Zur Theorie und Systematik des Strafprozeßrechts, (Neuwied, 1995), pp. 113-160.

— Über die Folgen der rechtswidrigen Beschaffung des Zeugenbeweis im Strafprozeß. *JZ* 19(1996), pp. 944-955.

— Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus. *JZ* 17(2008), pp. 818-830.

ROXIN, Claus, Anmerkung zum Urteil des BGH v. 18.11.1999 - 1 *StR* 221/99, en *JZ* (2000), pp. 363, ss. *JZ* (2000), pp. 369-371.

SIEBER, Ulrich, BÖSE, Martin, Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, *Europäisches Strafrecht*, 2ª ed., (Baden-Baden, 2014).

SOMMER, Ulrich, Anmerkung zum Urteil, EGMR, Urt. v. 9.6.1998 -44/1997/828/1034 *NStZ* (1999), pp. 48-50.

SOWADA, Christoph, Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen nemo-tenetur-Grundsatz und fair-trial-Prinzip. In C. Geisler, E. Kraatz, J. Kretschmer, H. Schneider & C. Sowada (Eds.), *Festschrift für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag am 10. März 2011*, (Berlin, 2011), pp. 659-722.

Menschenrechtswidrige Beweiserhebung. Zugleich Besprechung von EGMR, Urteil vom 21.1.2009. *GA* (2009), pp. 651-656.