

# PRUEBA Y PROCESO EQUITATIVO. ASPECTOS ACTUALES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Juan José López Ortega

*Magistrado.*

SUMARIO: 1. Introducción.—2. El principio de legalidad en la obtención de las pruebas de las infracciones penales.—3. La protección de la vida privada en la investigación penal.—4. La audición y la convocatoria de los testigos y expertos.—5. Examen de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la prueba de testigos.—6. Especial consideración del testimonio anónimo y de la infiltración policial.—7. Conclusiones.

## 1. Introducción



A conformidad de algunas formas de investigación penal con las disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos, las intervenciones telefónicas, el testimonio anónimo, la infiltración policial, por mencionar sólo algunos ejemplos concretos, han obligado al Tribunal Europeo de Derechos Humanos a pronunciarse sobre la

validez de la prueba en materia penal. El respeto a los derechos del hombre obliga a sujetarse a determinadas reglas en la administración de la prueba de las infracciones penales, en la forma de obtenerla y de incorporarla al proceso, que están basadas en el respeto a la dignidad humana y en la igualdad de derechos civiles. Esta ponencia analiza las limitaciones impuestas al principio de libertad de prueba, desde la doble perspectiva del derecho a un proceso equitativo y del principio de la presunción de inocencia. El fundamento de la exclusión de los medios de prueba ilegales es el derecho a la buena administración de justicia, que en una sociedad democrática ocupa un lugar preeminente.

## **2. El principio de legalidad en la obtención de las pruebas de las infracciones penales**

La noción de proceso equitativo no se encuentra definida en el texto de la Convención. El artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos reconoce a toda la persona el derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente por un tribunal independiente e imparcial, que decidirá sobre el fundamento de la acusación dirigida contra ella. La jurisprudencia ha interpretado este concepto basándose en las reglas comunes a todos los Estados que han ratificado la Convención. De esta forma se pretende garantizar la coexistencia de unos sistemas de prueba basados en principios diferentes. La jurisprudencia ha optado por hacer una aproximación a la noción de proceso equitativo en un sentido global, estableciendo que para decidir si un proceso es o no equitativo debe considerarse en su conjunto, no en sus diversos aspectos particulares, aunque ciertamente no se puede excluir que un elemento del mismo reviste tal importancia que llegue a resultar decisivo para establecer si en el proceso se han observado las exigencias propias del proceso debido<sup>1</sup>.

El Convenio también consagra el principio de la presunción de inocencia a favor del reo. El artículo 6.2 reconoce a todo acusado el derecho a ser presumido inocente hasta que su culpabilidad haya sido establecida legalmente. Este principio también se encuentra enunciado en el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En su virtud, la carga de la prueba de la culpabilidad corresponde al Ministerio Fiscal y la duda apro-

---

<sup>1</sup> Comisión D 10000/82, 4 julio de 1983, D.R. 33, p. 265; D 9000/80, de 11 de marzo de 1982, D.R. 28, p. 129.

vecha al inculpado<sup>2</sup>, que goza del derecho al silencio. El acusado no tiene nada que probar, puede negarse a colaborar activamente en descubrir la verdad, puede realizar declaraciones parciales y nada le impide proporcionar explicaciones faltando a la verdad; aunque se le reconoce el derecho a suministrar pruebas de descargo para demostrar su inocencia.

En cambio, la Convención no contiene reglas que regulen la administración de las pruebas, su admisibilidad, su eficacia probatoria. En esta materia las disposiciones del Convenio son muy discretas confiando al legislador nacional la tarea de regular la organización del proceso penal y el sistema de la prueba. Como ha señalado el Tribunal Europeo, "aunque la Convención garantiza en su artículo 6 el derecho a un proceso equitativo, no regula la admisibilidad de las pruebas, en cuanto tal, materia que corresponde ante todo al derecho interno"<sup>3</sup>. Al Convenio tan sólo le interesa que el proceso se desarrolle de manera leal y objetiva, es decir, que constituya un auténtico *fair trial*. Esto explica que se atribuya a las jurisdicciones nacionales la misión de apreciar los elementos de prueba. Al Tribunal le corresponde comprobar que el procedimiento, considerado en su conjunto, incluyendo el modo y la presentación de los elementos de prueba, revista carácter equitativo<sup>4</sup>, pues como ha establecido la Comisión, su misión no es la de decidir si los tribunales han apreciado correctamente las pruebas, sino examinar si los elementos de prueba producidos por o contra el acusado se han presentado de forma que se respete el derecho a un proceso equitativo<sup>5</sup>. Por lo tanto, en esta materia el juez nacional goza de un amplio margen de apreciación que permite afirmar la compatibilidad entre el sistema de la libre apreciación la prueba y los principios penales de la Convención.

El principio de libre apreciación se complementa con el principio de libertad de los medios de prueba. No existe una enumeración de los medios de prueba admisibles en el proceso penal. Cualquier medio obtenido regularmente puede ser considerado para hacer prueba de la infracción. Sin embargo, este principio general no tiene carácter absoluto. El medio de prueba debe ser reconocido por la experiencia y la razón para conducir a obtener la

---

<sup>2</sup> Comisión D 7950/77, 4 de marzo de 1980, D.R. 19, p. 221; D 9037/80, 5 de mayo de 1981, D.R. 222; D 10519/83, 16 de abril de 1986, D.R. 46 105.

<sup>3</sup> SSTEDH. *Schenk c. Suiza*, 12 de julio de 1988 (A. 140); *Kostovski c. Holanda*, 23 de mayo de 1989 (A. 166); *Windisch c. Austria*, 27 de septiembre de 1990 (A. 186).

<sup>4</sup> SSTEDH. *Unterperntinger c. Austria*, 24 de noviembre de 1986 (A. 110); *Barberá, Messegué y Jabardo c. España*, 6 de diciembre de 1986 (A. 146); *Kostovski c. Holanda*, 23 de mayo de 1989 (A. 166); *Windisch c. Austria*, 27 de septiembre de 1990 (A. 186).

<sup>5</sup> D 343/57, 15 de marzo de 1961, Ann. Conv. 1961, p. 569; D 4427/70, 1 de junio de 1972, Ann. Conv. 1972, p. 287; D 6172/73, 7 de julio de 1975, D.R. p. 78; D 8876/80, D.R. 23, p. 234; D 9000/80, 11 de marzo de 1982, D.R. 28, p. 129; D 10862/82, 6 de marzo de 1986, D.R. 46, p. 38.

certeza, el período de las pruebas irracionales ha pasado y la libertad en la administración de la prueba no existe más que para las pruebas capaces de producir la certeza del hecho. Además, la averiguación de la verdad está sujeta a ciertos límites derivados de la necesidad de respetar los derechos de la defensa. Esto exige, en primer lugar, que los medios de prueba se hayan obtenido de forma regular y hayan sido objeto de la discusión contradictoria de las partes. Además, es preciso que los elementos de prueba sean compatibles con los principios reconocidos en la Convención y en los tratados internacionales sobre derechos humanos, respeten la dignidad y la personalidad humana.

La primera limitación al principio de libertad de prueba se fundamenta en el principio de contradicción, vinculado con el principio de igualdad de armas y el derecho de defensa. Los debates públicos y contradictorios, característicos del proceso penal del Estado de Derecho, permiten el control efectivo de todos los elementos de prueba y constituyen el medio más eficaz de aproximarse a la verdad judicial, relativa por su propia naturaleza. El artículo 6.3, d), garantiza, como una manifestación particular del proceso equitativo, el derecho a interrogar a los testigos de cargo y a obtener la convocatoria de los testigos de descargo. En esta disposición se resalta el papel que se asigna a la contradicción en el juicio oral, en el momento de producirse la prueba, reconociendo a favor del acusado el derecho a combatir todas las pruebas presentadas por la acusación.

La segunda limitación se deriva, para algunos autores, del mismo artículo 6.2 del Convenio. Se considera que esta disposición exige que la culpabilidad se establezca legalmente, lo que determina la exclusión de las pruebas ilegales. La exigencia de una culpabilidad legalmente establecida ha sido considerada para fundamentar una teoría de la *exclusionary of rule* adaptada a las particularidades del procedimiento continental, sancionando no sólo la utilización de pruebas prohibidas u obtenidas de manera desleal, sino también las que se han obtenido directa o indirectamente mediante procedimientos irregulares<sup>6</sup>. Sin embargo, la Comisión parece haber rechazado la posibilidad de incluir en el contenido de la presunción de inocencia las infracciones relacionadas con el régimen de la administración de las pruebas. Para la Comisión, este derecho no garantiza más que el derecho a ser presumido inocente, hasta que la culpabilidad haya sido establecida por un tribunal, mientras que el derecho a que la culpabilidad se establezca en el seno de un

---

<sup>6</sup> D. PONCET: *La protection de l'accusé par la Convention européenne des droits de l'homme*, Ginebra, 1977, p. 91.

proceso garantizado legalmente afecta más bien a la noción de proceso equitativo<sup>7</sup>. No obstante, la misma Comisión había admitido en una ocasión anterior que compromete la presunción de inocencia reconocer eficacia probatoria a las pruebas obtenidas con infracción de los principios enunciados en la Convención, en el caso concreto se trataba de las confesiones arrancadas mediante la violencia, que no sólo constituirían la violación del artículo 3, sino también la infracción del artículo 6.2 del Convenio<sup>8</sup>.

La legalidad debe presidir la obtención de las pruebas de las infracciones. La garantía del proceso equitativo es incompatible con los procedimientos de investigación basados en la violencia, la astucia o el engaño<sup>9</sup>. Así, por ejemplo, la confesión del reo no puede tomarse en consideración más que si se ha producido espontáneamente<sup>10</sup>. Tampoco son admisibles los procedimientos de investigación que privan al sospechoso del control de sus facultades intelectuales o que limitan su consciencia. No obstante, la jurisprudencia de los órganos de la Convención ha establecido que el carácter equitativo del proceso sólo puede apreciarse en su conjunto. Este criterio de interpretación ha llevado al Tribunal y a la Comisión a considerar *in globo* la relación entre prueba ilegal y proceso equitativo. Por ello, se sostiene que una prueba obtenida ilegalmente, según la legislación interna, no es en cuanto tal, incompatible con las garantías del artículo 6, es preciso hacer abstracción y examinar, si en el conjunto del proceso, el inculpado se ha beneficiado de un proceso equitativo. No obstante, se comprende con dificultad cómo un proceso que respete las exigencias del proceso debido puede cubrir la irregularidad derivada de la obtención ilícita de un medio de prueba.

En el ámbito del derecho interno suele admitirse unánimemente que la consecuencia de las irregularidades producidas en la obtención de las pruebas es su exclusión, la imposibilidad de fundar en ella la convicción del juez. En el sistema del Convenio, por el contrario, no rige esta misma regla. Del solo hecho de que las pruebas se hayan obtenido ilegalmente no puede inferirse la violación del artículo 6 del Convenio. Es necesario considerar el conjunto del proceso para determinar si el interesado se ha beneficiado de un proceso equitativo. En el caso *Schenk c. Suiza*<sup>11</sup>, el demandante invocaba el artículo 6.1 denunciando que en el proceso se había introducido de manera ilegal la

<sup>7</sup> Rapport de la Comisión, *Schenk c. Suiza*, 14 de mayo de 1987.

<sup>8</sup> Comisión rapport *Austria c. Italia*, Ann. Conv. p. 785.

<sup>9</sup> R. SCREVENS: "La preuve pénale en droit belge", en *La présentation de la preuve et la sauvegarde des libertés individuelles*, Bruselas, 1977, p. 66.

<sup>10</sup> Comisión D 9370/81, 13 de octubre de 1983, D.R. 35, p. 85.

<sup>11</sup> STEDH. 12 de julio de 1988 (A. 140).

grabación de una conversación telefónica, que había servido para declarar su culpabilidad. El demandante había sido condenado por la justicia helvética por haber instigado la muerte de su esposa, para lo que recurrió a un sicario, que en lugar de asesinarla reveló a los servicios de seguridad el encargo del demandante, entregándoles para reforzar el crédito de su testimonio la grabación de una conversación telefónica realizada por él mismo. El demandante basaba su reclamación en que la utilización de esta grabación, obtenida sin autorización judicial y, por lo tanto, considerada ilegal según la legislación suiza, era contraria al artículo 6.1 del Convenio. La demanda fue rechazada porque el Tribunal consideró que de la sola circunstancia de que las pruebas hubiesen sido obtenidas ilegalmente, según la legislación interna de un Estado contratante, no podía extraerse la conclusión de la violación del Convenio. Se impone una consideración global del proceso, que en este caso concreto excluía la vulneración del proceso equitativo, ya que para declarar la culpabilidad del demandante se habían tenido en cuenta otros medios de prueba obtenidos válidamente, entre ellos el testimonio de la esposa y del mismo denunciante.

La Comisión se había ocupado de un problema similar en el caso *Scheibelbauer c. Austria*<sup>12</sup>. En esta ocasión, el demandante había sido condenado por estafa y en el proceso se había utilizado la grabación de una conversación privada obtenida clandestinamente por un co-imputado, mediante un micrófono escondido entre sus ropas. La Comisión, aun reconociendo que se trataba de una intromisión en la esfera privada del demandante, rechazó la demanda, teniendo en cuenta que examinado el proceso en su conjunto resultaba que en el caso concreto la grabación había servido, no sólo para apoyar la acusación contra el demandante, sino también para corroborar la coartada del coacusado, por lo que en este caso la admisibilidad de la prueba se justificaba por la necesidad de respetar el derecho de defensa de este último. Con ello la Comisión se refería a la posibilidad de que un elemento de prueba, obtenido ilegalmente, pueda ser al mismo tiempo válido y necesario en relación con un coimputado, pero esta cuestión, tan sólo apuntada en esta ocasión, no ha vuelto a ser tratada por la jurisprudencia.

Recientemente, en el caso *Edwards c. Reino Unido*<sup>13</sup>, el Tribunal Europeo ha descartado la vulneración del proceso equitativo en un supuesto de disimulación de las pruebas de descargo, al considerar también desde una

<sup>12</sup> Rapport de la Comisión D 2645/65, 16 de diciembre de 1970.

<sup>13</sup> STEDH. 16 de diciembre de 1992 (A. 247-B).

perspectiva global, que la instancia de apelación puede convalidar las insuficiencias del proceso inicial. El demandante había ido condenado como responsable de un delito de robo. El jurado se había basado en el testimonio proporcionado por los funcionarios de policía que referían una supuesta confesión del demandante, que el propio interesado negaba haber realizado. Aunque en el Derecho inglés el principio de equidad obliga a los órganos encargados de la persecución penal a comunicar a la defensa todos los elementos importantes, de cargo o de descargo, la policía ocultó ciertos aspectos relacionados con el caso, como la aparición de huellas dactilares de otras personas en el lugar del delito, la incapacidad de la víctima para identificar al sospechoso. La ocultación de estos datos afectaba al carácter equitativo del proceso, ya que de haberlos conocido el demandante podría haber impugnado los testimonios de cargo con ciertas posibilidades de éxito. Por ello, el Tribunal consideró que, en su inicio, el proceso no había revestido carácter equitativo. No obstante, en la medida en que estos defectos pudieron subsanarse en la segunda instancia la demanda fue rechazada.

Si en los tres casos anteriores la apreciación global del proceso había impedido apreciar la violación del derecho a un proceso equitativo, a pesar de las irregularidades observadas en el desarrollo del procedimiento, en el caso *Barberá, Messegué y Jabardo c. España*<sup>14</sup> este mismo criterio interpretativo ha permitido establecer la violación del artículo 6.1 del Convenio. El Tribunal examinó, no sólo la forma en que el tribunal sentenciador había administrado las pruebas, sino también el conjunto de incidencias que rodearon el desarrollo de la audiencia, refiriéndose al traslado tardío de los acusados al lugar del juicio, a la inesperada modificación en la composición del tribunal, a la extraordinaria brevedad en la duración del juicio oral y a la sustracción de una buena parte de los elementos de prueba al debate público y contradictorio, en presencia de los acusados. Cada uno de estos aspectos, aisladamente considerado, no habría sido determinante de la violación de las garantías del Convenio. Es en la acumulación de las irregularidades detectadas en el desarrollo de la audiencia donde el Tribunal estimó que residía la vulneración de la garantía del proceso equitativo.

### 3. La protección de la vida privada en la investigación penal

Ciertos medios de averiguación de la verdad pueden ser incompatibles con la dignidad de la persona y el respeto a la vida privada. La disposición

---

<sup>14</sup> STEDH. 6 de diciembre de 1988 (A 146).

más importante en esta materia se encuentra en el artículo 8 del Convenio, que consagra el derecho a la protección de la vida privada, garantiza la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones. No obstante, en este mismo precepto, se autorizan las injerencias de los poderes públicos, siempre que estén previstas por la ley, sean necesarias en una sociedad democrática y se dirijan, entre otros fines, a la defensa del orden y a la prevención de las infracciones penales. Sin duda alguna, las dos cuestiones fundamentales en esta materia son la protección del domicilio y del secreto de las comunicaciones, pero existen otras que también afectan a la intimidad del acusado.

Suscita serias dudas la posibilidad de hacer uso de los diarios íntimos del sospechoso para demostrar su culpabilidad. En algunos países europeos estos documentos gozan de la protección constitucional que se deriva del respecto a su personalidad. Los problemas relacionados con la utilización de este medio de prueba se resuelven en Alemania aplicando el principio de proporcionalidad. Se distinguen las anotaciones, cuyo contenido es eminentemente personal, de los documentos en los que el autor simplemente recoge sus infracciones y la identidad de sus víctimas. Además, según el criterio de la ponderación de bienes, se toma en consideración la gravedad de la infracción que se intenta probar con la utilización del diario íntimo<sup>15</sup>.

Los métodos de investigación que privan al sospechoso del control de sus facultades intelectuales y de su consciencia, como el narcoanálisis o el detector de mentiras, se han considerado incompatibles con la autonomía personal y con la reserva de un espacio psíquico propio de la persona, al que resultaría ilícito renunciar<sup>16</sup>. También se ha considerado que constituyen una injerencia en el ámbito íntimo los registros corporales completos, *body-cavity search*, que no obstante pueden considerarse justificados, en cuanto que estén previstos en ley y sean necesarios en una sociedad democrática, para la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales<sup>17</sup>. No es infrecuente que en los aeropuertos y en los controles de fronteras se efectúen reconocimientos radiológicos para detectar a los traficantes de droga. Esta técnica de investigación presenta un problema adicional, la validez de las

<sup>15</sup> BGH 21 de febrero de 1964, *BGHSt* 19, 325, 334; *NJW* 1964, 1139. BGH 2 de julio de 1987, *NJW* 1988, 1037, 1038. BVerfG 14 de septiembre de 1989, *NJW* 1990, 563.

<sup>16</sup> BGH 16 de febrero de 1954, *BGHSt*, 5 332, 335. BGH 21 de febrero de 1964, *NJW* 1964, 1139, 1143. Tribunal Supremo 22 de mayo de 1982. Comisión D 9696/82, 4 de octubre de 1983 (no publicada).

<sup>17</sup> Comisión D 8327/78 *Mc Feeley y otros c. Reino Unido*, 15 de mayo de 1980, D.R. 20 p. 44. STC. 37/1989.



intervenciones realizadas utilizando perfiles basados en actitudes externas. El riesgo de este medio de investigación reside en que se extiende la sospecha del comportamiento criminal a todas las personas que comparten con los miembros de un grupo criminal ciertos signos externos que, sin embargo, son propios de otras muchas personas. La jurisprudencia norteamericana ha examinado la constitucionalidad de los *drug courier profile*, exigiendo que las sospechas se encuentren individualizadas. En particular, se ha establecido que los agentes de la DEA, encargados del control en los aeropuertos, tienen la obligación de concretar los motivos que les hacen sospechar que un individuo transporta estupefacientes, antes de interceptarle e invitarle a someterse a los controles necesarios<sup>18</sup>.

Las escuchas telefónicas constituyen una de las intromisiones más intensas en la vida privada de la personas. Una injerencia de esta naturaleza sólo es lícita si satisface los requisitos establecidos en el artículo 8.2 del Convenio, esto es, si responde a un fin legítimo, si está prevista en la ley y si es necesaria en una sociedad democrática. El Tribunal Europeo ha concretado el alcance de estos requisitos en cuatro sentencias, fundamentales para la delimitación del contenido del derecho a la vida privada. Se trata de los casos *Klass y otros c. R.F.A.*<sup>19</sup>, *Malone c. Reino Unido*<sup>20</sup>, y más recientemente *Kruslin y Huvig c. Francia*<sup>21</sup>.

Un sistema autorizando a interceptar las comunicaciones, para ayudar a la policía judicial en el marco de un proceso penal, responde a las necesidades de defensa del orden y de la prevención de los delitos, previsto como una excepción al secreto de las comunicaciones en el artículo 8.2 del Convenio<sup>22</sup>. Ahora bien, para que una medida de esta clase sea legítima es necesario, en primer lugar, que se encuentre prevista en la ley. Este requisito no se cumple con el reenvío meramente formal al ordenamiento jurídico interno de cada Estado, sino que requiere una regulación precisa y detallada de las condiciones de la intervención<sup>23</sup>. Además, para que el recurso a las escuchas telefónicas pueda considerarse necesario, deben cumplirse una serie de exigencias, ligadas al principio de proporcionalidad y de la prohibición del

---

<sup>18</sup> *Reid v. Georgia*, 448 U.S. 438 (1980). *United States v. Mendenhall*, 446 U.S. 544 (1980) *Florida v. Royer*, 460 U.S. 491 (1983). *Florida v. Rodriguez* 469 U.S. 1 (1984). *United States v. Sokolow*, 57 LW 4401 (1989).

<sup>19</sup> STEDH. 6 de septiembre de 1978 (A. 28).

<sup>20</sup> STEDH. 2 de agosto de 1984 (A. 82).

<sup>21</sup> STEDH. 25 de abril de 1990 (A. 176-A y 176-B).

<sup>22</sup> STEDH, *Malone c. Reino Unido*, 2 de agosto de 1984 (A. 28).

<sup>23</sup> *Malone c. Reino Unido*, 2 de agosto 1984 (A. 82); *Kruslin c. Francia*, 25 de abril de 1990 (A. 176-A); *Huvig c. Francia*, 25 de abril de 1990 (A. 176-B).

exceso<sup>24</sup>. La intervención telefónica constituye un medio excepcional y supletorio de investigación, por lo que se encuentra descartada la posibilidad de recurrir al mismo como un instrumento indiscriminado de vigilancia. Al contrario, la escucha telefónica presupone la existencia de un sospechoso y de una infracción grave. La autorización para realizar la interceptación debe estar motivada de manera precisa y tienen que existir instrumentos de control adecuados, tanto cuando se ordena la intervención, como durante su ejecución e incluso cuando ésta finaliza<sup>25</sup>.

La jurisprudencia de los órganos de la Convención en relación con la inviolabilidad del domicilio es más bien escasa. El Tribunal y la Comisión han interpretado la noción de domicilio en un sentido amplio, incluyendo en su ámbito de protección los locales comerciales<sup>26</sup> y profesionales, como por ejemplo los despachos de los abogados. Recientemente el Tribunal, en el caso *Niemietz c. R.F.A.*<sup>27</sup>, ha examinado la compatibilidad con el artículo 8 del Convenio de un registro efectuado en el despacho de un abogado con ocasión de una investigación que perseguía descubrir al autor de una carta difamatoria dirigida a un juez por un tercero. El Tribunal no sólo ha establecido que las actividades profesionales quedan comprendidas en la noción de vida privada y que la noción de domicilio engloba el bufete de un abogado, sino que, además, ha subrayado las especificidades de estos registros, que al afectar a la buena administración de justicia exigen una serie de garantías adicionales, como por ejemplo la presencia de un observador independiente. Esta clase de injerencias presentan una intensidad especial, al afectar a la actividad profesional de un abogado y comprometer el secreto profesional, por lo que si no se adoptan tales garantías específicas en su ejecución la medida resulta desproporcionada.

Por otro lado, aunque el artículo 8 del Convenio no lo exige expresamente, la existencia de un mandamiento parece deducirse implícitamente de las excepciones establecidos en el artículo 8.2. En las sentencias *Funke* y *Crémieux c. Francia*<sup>28</sup> el Tribunal ha examinado la validez de unos registros realizados sin mandamiento judicial para obtener pruebas documentales de las infracciones relacionadas con la evasión de capitales y la defraudación fiscal. El Tribunal ha admitido que el bienestar económico de un país puede

<sup>24</sup> *Klass y otros c. R.F.A.*, 6 de septiembre de 1978 (A. 28).

<sup>25</sup> Una importante y muy conocida aplicación de esta doctrina por el Tribunal Supremo en el auto de 18 de junio de 1992, *caso Naseiro*.

<sup>26</sup> STEDH. *Chappel c. Reino Unido*, 30 marzo 1989 (A 152-A).

<sup>27</sup> STEDH. 16 diciembre 1992 (A. 251-B).

<sup>28</sup> STEDH. 25 febrero 1993 (A 256 A-B).

justificar ciertas medidas, como los registros, para establecer la prueba de los delitos de control de cambios, sobre todo teniendo en cuenta que los Estados se enfrentan a serias dificultades para luchar contra la fuga de capitales y la evasión de impuestos, que resultan de la complejidad de las redes bancarias y circuitos financieros, así como de las múltiples posibilidades de inversiones internacionales, facilitadas por la permeabilidad de las fronteras. El Tribunal reconoce que puede ser necesario recurrir a ciertas medidas, como los registros, para establecer la prueba material de los delitos de control de cambios, pero es preciso que la legislación ofrezca garantías adecuadas y suficientes contra los abusos, que no se dan cuando se reconocen amplios poderes a la administración de aduanas para realizar por sí misma operaciones de control, sin necesidad de obtener la autorización judicial. La ausencia de mandamiento es considerada decisiva, para establecer la violación del artículo 8 del Convenio por falta de proporcionalidad en la injerencia.

#### **4. La audición y la convocatoria de los testigos y expertos**

El artículo 6.3, *d*), garantiza al acusado, como un elemento esencial de la noción de proceso equitativo, el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos de descargo en las mismas condiciones que los de cargo. Con ello se pretende establecer la más absoluta igualdad de armas entre la acusación y la defensa en la administración de la prueba, así como preservar el principio de contradicción, que constituye un elemento esencial del proceso equitativo. Sin embargo, de esta disposición no puede deducirse a favor del acusado un derecho ilimitado a obtener la convocatoria de los testigos de descargo. El sistema del Convenio concede a las autoridades judiciales nacionales un amplio margen de apreciación para decidir sobre la oportunidad y la necesidad de convocar a los testigos de la defensa, considerando la forma en que su testimonio puede contribuir a establecer la verdad de los hechos incriminados.

En el régimen del Convenio se distingue, a propósito de la declaración de los testigos según que se trate de la convocatoria y del interrogatorio de un testigo de cargo o de descargo. Respecto de los primeros se reconoce a la defensa el derecho de disponer de la oportunidad de contradecir su testimonio e interrogar a su autor, mientras que tratándose de los testigos de descargo sólo en circunstancias excepcionales se considera vulnerada la garantía del proceso equitativo por la omisión de la convocatoria de un testigo.

El Tribunal Europeo ha establecido tajantemente que sólo en circunstancias excepcionales podría declararse la violación del artículo 6.1 por la no audición de un testigo<sup>29</sup> Para la Comisión, el criterio para considerar si se dan estas circunstancias excepcionales, que permitirían apreciar la violación del proceso equitativo, es el derecho del acusado a presentar sus medios de defensa. Cuando el interrogatorio de los testigos de la defensa constituye el único medio que tiene el acusado para apoyar sus declaraciones y establecer sus medios de defensa de manera adecuada y suficiente, es lógico suponer que existe la obligación de convocar a los testigos de descargo<sup>30</sup>. En cualquier caso, el margen de apreciación del juez nacional se encuentra sujeto a la obligación de motivar las causas del rechazo del medio de prueba<sup>31</sup>.

Por lo que respecta a la administración de la prueba, el principio general es que los medios de prueba se obtengan ante el acusado, en audiencia pública y en el transcurso de un debate contradictorio<sup>32</sup>. Sin embargo, de esta regla no puede deducirse que el recurso a otras declaraciones anteriores, las realizadas por los testigos durante la instrucción sumarial, se oponga a las disposiciones del Convenio. Al contrario, tales declaraciones pueden ser consideradas para establecer la culpabilidad, si en su obtención y en su incorporación al proceso se han respetado los derechos de la defensa<sup>33</sup>, esto es, si el interesado ha tenido en el momento de la deposición, o en otro posterior, la posibilidad de contradecirlas y de interrogar a su autor, siempre que éste no sea el único elemento de prueba<sup>34</sup>.

En esta materia nuestra jurisprudencia discurre en paralelo con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos formando un cuerpo de doctrina coherente. El Tribunal Constitucional, por ejemplo, ha insistido en la aplicación del principio de producción de la prueba en el juicio oral, aunque reconociendo valor de prueba a las declaraciones sumariales en casos especiales ("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, no bastando la simple fórmula 'por reproducidas' del uso forense, ni aun con el asentimiento del acusado", STC 150/1987). Poco después el propio

<sup>29</sup> STEDH. *Bricmont c. Bélgica*, 3 julio 1981 (A. 158).

<sup>30</sup> Rapport de la Comisión *Vidal c. Bélgica*, 14 enero 1991.

<sup>31</sup> Rapport de la Comisión *Bricmont c. Bélgica*, 15 octubre 1987.

<sup>32</sup> STEDH. *Barberá, Messegué y Jabardo c. España*, 6 diciembre 1988 (A. 146).

<sup>33</sup> STEDH. *Kostovski c. Holanda*, 20 noviembre 1989 (A. 166); *Windisch c. Austria*, 27 septiembre 1990 (A. 186); *Delta c. Francia*, 19 diciembre 1990 (A. 191); *Isgro c. Italia*, 19 febrero 1991 (A. 194); y *Asch c. Austria*, 26 abril 1991 (A. 203).

<sup>34</sup> STEDH. *Artner c. Austria*, 28 agosto 1992 (A. 242-A).

Tribunal europeo realizaría un razonamiento similar para condenar a España en el caso *Barberá, Messegue y Jabardo*, entre otros motivos, por haber sustraído al control del público la administración de una parte importante de las pruebas, al emplearse la citada fórmula "por reproducida". Por otra parte, el mismo Tribunal Constitucional ha establecido que "esta regla no puede entenderse en un sentido tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria a las diligencias sumariales practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen pues, como excepción a la expresada regla general, este Tribunal reconoce los casos de prueba anticipada y preconstituida, y aquellos supuestos en los que dichas diligencias sean reproducidas en el acto de la vista en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción"<sup>35</sup>.

Por otra parte, aunque el artículo 6.3, *d*), no lo reconozca expresamente, el acusado tiene derecho a estar presente mientras los testigos de cargo son interrogados. El derecho de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo se concibe mal sin la posibilidad para el acusado de confrontarse con los que hacen declaraciones en su contra. La Comisión ha reconocido este derecho al acusado como un principio general, que debe presidir la audición de los testigos, aunque también ha admitido excepciones, justificadas por razones objetivas y limitadas a supuestos excepcionales, por ejemplo, evitar la intimidación de un testigo. En este caso la declaración del testigo oído en el proceso, pero fuera de la presencia del acusado, no es contraria a la noción de proceso equitativo, si se obtiene en presencia del abogado que le representa y éste se encuentra en condiciones de proteger sus intereses, como si fuera el mismo interesado<sup>36</sup>.

La jurisprudencia también ha abordado los problemas relacionados con las limitaciones impuestas a la defensa para preservar el anonimato de los testigos. Esta clase de medidas son admitidas por las legislaciones de algunos Estados, como un medio eficaz en la lucha contra la gran criminalidad. El Tribunal ha establecido, como una muestra de su preocupación constante por preservar los derechos de la defensa, que aun admitiendo que estas medidas responden a un interés legítimo, el anonimato del testigo produce en la defensa del acusado una desventaja insoportable, ya que al ignorar la identidad del testigo aquélla se ve privada de la posibilidad de acceder a las informaciones necesarias para controlar su credibilidad, lo que determina que esta

<sup>35</sup> STC 28 mayo 1992.

<sup>36</sup> D 8395/78, *X. c. Dinamarca*, 16 de diciembre de 1981, D. R. 27, pp. 59-60; D 11219/84, *John Ib Nielsen Kurup c. Dinamarca*, 10 de julio de 1985, D. R. 42, pp. 297-298.

práctica haya de reputarse contraria a la noción de proceso equitativo<sup>37</sup>. El Tribunal añade que la ausencia del testigo ante el tribunal encargado del enjuiciamiento impide a los jueces estudiar el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y alcanzar la convicción sobre su credibilidad a través de la observación directa.

Por último, hay que destacar que los órganos de la Convención han extendido la aplicación de las garantías del artículo 6.3, *d*), a la prueba de peritos o expertos. En efecto, en los casos *Bösnich c. Austria*<sup>38</sup>, y *Brandstetter c. Austria*<sup>39</sup>, han optado por una noción autónoma y más amplia del concepto de testigo, que en el sentido de la Convención comprende a los peritos y consiguientemente permite extender los principios de contradicción e igualdad de armas a la prueba pericial. En el caso *Bösnich c. Austria*, por ejemplo, el demandante, acusado de defraudación alimentaria se quejaba del desequilibrio con la acusación, por el papel desempeñado por el perito designado por el tribunal. El Tribunal, teniendo en cuenta el papel preponderante que en el desarrollo del proceso había tenido este experto, constató la violación del derecho al proceso equitativo.

## 5. Examen de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la prueba de testigos

La primera vez que se planteó un problema relacionado con la administración de la prueba fue en el caso *Unterpentinger c. Austria*<sup>40</sup>, en el que se constató la violación del artículo 6.3, *d*), del Convenio, porque a pesar de que en ningún momento del período de instrucción el demandante había tenido oportunidad de interrogar a los testigos de cargo, el Tribunal había basado su condena exclusivamente en las declaraciones realizadas por su ex-mujer y su hijastra ante las autoridades policiales, las cuales fueron leídas en la audiencia, al acogerse aquéllas a la facultad de no declarar, que el párrafo 152 del Código de Procedimiento Penal reconoce a los próximos parientes. Las únicas testigos de cargo no pudieron ser interrogadas en el juicio oral y

---

<sup>37</sup> SSTDH. *Kostovski c. Holanda*, 20 de noviembre de 1989 (A. 166); *Windisch c. Austria*, 27 de septiembre de 1990 (A. 186).

<sup>38</sup> STEDH. 6 de mayo de 1985 (A. 92).

<sup>39</sup> STEDH. 28 de agosto de 1991 (A. 211).

<sup>40</sup> STEDH. 24 de noviembre de 1986 (A. 110).

consiguientemente resultó extraordinariamente limitado el derecho de defensa del demandante.

En esta sentencia el Tribunal Europeo afirma tajantemente que por sí misma la lectura de las declaraciones realizadas en la comisaría de policía no resulta incompatible con los artículos 6.1 y 6.3, *d*), del Convenio, siempre que su utilización como elemento de prueba haya tenido lugar con el respeto de los derechos de la defensa, cuya protección constituye el objeto y el fin de estas disposiciones, pero cuando el acusado no ha tenido, en ningún momento anterior del proceso, la oportunidad de contradecir los testimonios leídos en la audiencia se produce la infracción del artículo 6.3, *d*), combinada con la del artículo 6.1, ya que habitualmente la jurisprudencia europea ha venido considerando que las reglas del apartado tercero representan aspectos particulares de la noción de proceso equitativo contenida en el apartado primero.

Un supuesto similar fue considerado por el Tribunal Europeo en el caso *Asch c. Austria*<sup>41</sup>, en el que el demandante había sido condenado por amenazar con un fusil y causar lesiones a su compañera, que inmediatamente después de producirse los hechos prestó declaración ante un inspector de policía, mostrándole las heridas de su brazo y el vendaje que recubría parte de su espalda. Con posterioridad la testigo rehusó prestar declaración y no pudo ser interrogada. Sin embargo, en este caso el tribunal de instancia pudo considerar no solamente las declaraciones de la testigo que también fueron leídas en la audiencia, sino también la declaración del propio inculpado, del inspector que recibió la primera declaración de la víctima y examinó las heridas, los certificados médicos y el resultado de la investigación preliminar. Las declaraciones de la víctima no constituían, por tanto, el único elemento de prueba para condenar al demandante. Estas circunstancias hacían radicalmente distinto este asunto del caso *Unterpentirger*, ya que en lo sustancial la condena del demandante no se apoyaba en las declaraciones realizadas ante el inspector de policía y leídas en la audiencia, sino en otros elementos de prueba legítimos. Por ello, el Tribunal concluyó declarando que no había existido violación del derecho de defensa, ni del derecho a un proceso equitativo.

El caso *Bricmont c. Bélgica*<sup>42</sup> permitió al Tribunal pronunciarse, por un lado, sobre la validez de las especialidades con que se regula el interrogatorio de las altas personalidades del Estado, que estimó justificadas por razones

---

<sup>41</sup> STEDH. 26 de abril de 1991 (A. 203).

<sup>42</sup> STEDH. 7 de julio de 1981 (A. 158).

objetivas, y, por otro, sobre el alcance del derecho a interrogar a los testigos de cargo y de descargo. En este caso, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de la causa, especialmente, que el origen de la acción pública instada contra el demandante se encontraban las acusaciones del Príncipe Carlos de Bélgica y que su condena se basaba en buena medida en esas declaraciones, el Tribunal estimó que el ejercicio del derecho de defensa, consustancial al Derecho al Proceso Equitativo, exigía que el demandante hubiera tenido la oportunidad de contestar la versión del denunciante en el curso de una confrontación, ya hubiera tenido lugar en una sesión pública o de forma reservada en su propia residencia, por lo que el Tribunal, estableció que se había producido la violación de las garantías del derecho de defensa del demandante, que consiguientemente no se habría beneficiado del derecho a un proceso equitativo. En cambio, se desestima la demanda que también se basaba en que alguno de los testigos propuestos por la defensa no habían sido convocados por el Tribunal, al considerar que sólo en circunstancias excepcionales puede declararse la violación del artículo 6.1 por la no audición de un testigo.

A idéntica conclusión llega el Tribunal europeo en el caso *Delta c. Francia*<sup>43</sup>, sobre el alcance del derecho a interrogar a los testigos de la acusación. El demandante fue condenado por las declaraciones realizadas a la policía por la víctima de un robo con violencia y una amiga de ésta, que identificaron al autor en un lugar próximo al hecho en el momento en el que fue detenido, pero ni su defensor, ni el mismo demandante, tuvieron ocasión de interrogar, durante la instrucción o durante el enjuiciamiento, a los testigos que no asistieron al juicio oral. El demandante, al recurrir en apelación, solicitó la citación de los testigos, intentando demostrar que se había producido un error en la identificación, pero el Tribunal de apelación no consideró preciso escuchar estos testimonios, a pesar de que sus autoras no habían sido interrogadas por el juez de instrucción, ni por el tribunal encargado del enjuiciamiento en primera instancia, considerando suficiente la identificación realizada por la víctima en el instante mismo de la detención. Esto condujo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos a estimar que los derechos de la defensa habían sufrido tales limitaciones que el demandante no se había beneficiado de un proceso equitativo en el sentido del artículo 6 del Convenio, ya que ni el propio demandante ni su defensor tuvieron una ocasión adecuada para interrogar a los testigos de cargo sobre el contenido de sus afirmaciones.

---

<sup>43</sup> STEDH. 19 de diciembre de 1990 (A. 191).



Un problema semejante se ha planteado, más recientemente ante la Comisión, en el caso *Saidi c. Francia*<sup>44</sup>. El demandante, acusado de tráfico ilegal de drogas y homicidio imprudente por la muerte de un consumidor de droga a consecuencia de una sobredosis, fue declarado culpable basándose en la condena en las declaraciones de algunos consumidores y pequeños traficantes, pero en ningún momento del proceso se le permitió confrontarse con ellos. En estas condiciones la Comisión reconoce que el demandante debería haber tenido la posibilidad de haberse careado con sus acusadores y de haber podido formular él mismo las cuestiones y comentarios en relación con sus afirmaciones.

En el caso *Cardot c. Francia*<sup>45</sup>, se suscitó ante el Tribunal Europeo un interesante problema relacionado con la licitud de una condena penal basada, en parte, en las declaraciones de antiguos coinculpadados, realizadas en otro proceso en el que no había intervenido el demandante, que mientras eran juzgados se hallaba encarcelado en Italia. Posteriormente, en el curso de una instrucción suplementaria, los testigos fueron oídos por el juez de instrucción, que incluso les habría careado separadamente con el acusado, pero nunca llegaron a declarar ante el Tribunal de enjuiciamiento. La sentencia del Tribunal Europeo en realidad no llega a analizar la posible violación del artículo 6, pues a instancia del Gobierno francés acogió la excepción preliminar de falta de agotamiento de los recursos internos, teniendo en cuenta que en el recurso de casación no se había invocado este concreto motivo de impugnación. La Comisión<sup>46</sup>, en cambio, tras recordar que el carácter equitativo del proceso y el principio de igualdad de armas exigen, como regla general, que la declaración de los testigos de cargo se produzca ante el juez de fondo y en el curso de un debate contradictorio, estableció que los elementos de prueba considerados para declarar la culpabilidad del demandante descansaban en las declaraciones realizadas en otro proceso, cuando el respeto a los derechos de la defensa y al principio de contradicción imponían la declaración de los testigos en el juicio oral.

El caso *Vidal c. Bélgica*<sup>47</sup> difiere de los anteriores. Esta vez el Tribunal Europeo examina los problemas derivados de la no audición de los testigos de descargo, que ya habían sido tratados en una decisión precedente<sup>48</sup>. El

---

<sup>44</sup> Rapport de la Comisión 14 de mayo de 1992.

<sup>45</sup> STEDH. 19 de marzo de 1991 (A. 200).

<sup>46</sup> Rapport de la Comisión 3 de abril de 1990.

<sup>47</sup> STEDH. 22 abril 1992 (A. 235-B).

<sup>48</sup> STEDH. *Bricmont c. Bélgica*, 3 de julio 1981 (A. 158).

Tribunal había sentado como un principio general la competencia del juez nacional para decidir sobre la necesidad y la oportunidad de convocar a los testigos de la defensa, estableciendo que sólo en circunstancias excepcionales se podía declarar por este motivo la violación del artículo 6.1 del Convenio. Sin embargo, en esta sentencia el Tribunal Europeo constata la existencia de tal violación por las particularidades que presentaba el caso. El demandante, funcionario de prisiones, fue condenado por colaborar en la evasión de un preso facilitándole un arma. La única prueba en la que se basó su declaración de culpabilidad era la declaración del coimputado sorprendido al intentar evadirse. El demandante pretendía contrastar este testimonio con la declaración de otras cuatro personas, que también se encontraban detenidas en la prisión en el momento de los hechos. De esta forma intentaba introducir la duda sobre su culpabilidad. El Tribunal europeo, de acuerdo con su doctrina, reconoce que no le compete pronunciarse sobre la necesidad o la pertinencia de la prueba rechazada, ni tampoco decidir sobre la culpabilidad o inocencia del demandante. No obstante, en la medida que la prueba fue denegada implícitamente, sin expresar las causas del rechazo, el proceso seguido contra el demandante no se corresponde con la idea de proceso equitativo que domina el artículo 6 del Convenio.

Como ya se ha señalado anteriormente se admite que la declaración de un testigo pueda servir como medio de prueba, aunque no se haya producido en el juicio oral. En determinadas circunstancias incluso ésto puede resultar imposible de conseguir, piénsese por ejemplo en lo que sucede cuando el testigo no puede ser localizado por el tribunal. En estos casos excepcionales, el tribunal puede recurrir a las declaraciones realizadas por el testigo en la fase de instrucción, introducidas en el juicio mediante su lectura. Para ello es necesario que los derechos de la defensa no se encuentren limitados de una manera tal que resulte incompatible con las garantías establecidas en el artículo 6 del Convenio. El Tribunal y la Comisión exigen, por una parte, que las declaraciones del testigo que no ha sido oído públicamente en el curso del debate contradictorio no constituyan el principal elemento de prueba y, por otra, que el acusado haya tenido ocasión de constatar el testimonio de cargo e interrogar a su autor en el momento de la declaración o en otro posterior.

El caso *Isgro c. Italia*<sup>49</sup> ha dado lugar a una interesante polémica entre los órganos encargados de interpretar el Convenio. El demandante fue con-

---

<sup>49</sup> STEDH. 19 febrero 1991 (A. 194) y Rapport de la Comisión de 14 diciembre 1989.

denado como autor de un secuestro en el que se produjo la muerte de la víctima. Esta condena se basaba en el testimonio proporcionado por una persona con la que los organizadores del secuestro, entre ellos el mismo demandante, habían contactado, pero que finalmente optó por colaborar con la policía. El testigo prestó declaración ante el juez de instrucción y se sometió a un careo con el demandante, en el que confirmó sus acusaciones. Posteriormente no pudo ser oído en el juicio oral, ya que no pudo ser localizado. El Tribunal Europeo ha considerado que la confrontación entre el demandante y el testigo realizada por el juez de instrucción constituye un elemento suficiente de contradicción. No lo había entendido de la misma forma la Comisión, para quien la contradicción en este caso era insuficiente teniendo en cuenta que el careo se realizó sin estar presente el defensor del demandante. Sin embargo, el Tribunal ponderando las circunstancias del caso ha considerado que los derechos de la defensa sí se habían respetado. Aunque el abogado del demandante no asistió al careo, tampoco estaba presente el Ministerio Fiscal, el objeto de la diligencia no hacía indispensable la presencia del abogado. Por otra parte, el demandante tuvo la posibilidad de interpellar directamente al testigo, haciéndole preguntas y discutiendo sus declaraciones. Por último, este testimonio no constituía el único elemento de prueba considerado para condenar al demandante.

Esta circunstancia también resultó decisiva para que el Tribunal considerase que no se había producido la violación del Convenio en el caso *Artner c. Austria*<sup>50</sup>. La condena del demandante, en este caso por un delito de usura, aunque se basaba principalmente en la declaración sumarial de la perjudicada, cuyo testimonio no pudo producirse en el juicio oral, a pesar de los esfuerzos del tribunal, éste no era el único elemento de prueba que había sido tenido en cuenta para establecer su culpabilidad. Sin embargo, la solución del Tribunal es criticable. Por una parte, en este caso no existió la menor posibilidad de contradicción, que permitiese realizar un control sobre la veracidad de ese testimonio. A diferencia del caso *Isgro*, ni el demandante ni su abogado tuvieron oportunidad de interrogar directamente a la testigo en ningún momento del desarrollo del procedimiento. Por otra, los otros elementos de prueba que podían haber sido considerados para establecer la culpabilidad del demandante no tenían carácter definitivo y, por lo tanto, no hacían innecesaria la audición de la denunciante, ya que en lo fundamental se trataba de los documentos que ella misma había presentado y de los antecedentes penales del demandante, así como de su condena por otros hechos análogos.

---

<sup>50</sup> STEDH. 28 agosto 1992 (A. 242-A).

## **6. Especial consideración al testimonio anónimo y a la infiltración policial**

El análisis de la jurisprudencia europea quedaría incompleto sin una referencia a la validez del denominado testimonio anónimo y a la infiltración policial como técnica de investigación. Cada vez es más frecuente que la policía recurra a informadores y a agentes encubiertos, que prefieren mantener oculta su identidad por temor a sufrir represalias. Es necesario comprobar si estas técnicas de investigación, basadas en el anonimato de los testigos e informadores, son compatibles con los derechos de la defensa. En realidad, no existe una única forma de anonimato. No hay que confundir el denunciante anónimo, cuya identidad se oculta a los mismos investigadores, con el informador o el agente encubierto, cuya identidad es conocida, por los órganos encargados de la persecución penal, pero se mantiene oculta para el tribunal sentenciador y para la defensa. Mientras que, en el primer caso, la denuncia no puede ser utilizada como un medio de prueba y no puede servir como fundamento de la acusación, ni de una sentencia condenatoria, en el segundo el testimonio del informador o del agente encubierto puede ser introducido en el proceso indirectamente a través de un testimonio de referencia. En este sentido, el testimonio anónimo puede caracterizarse porque el testigo declara fuera de la presencia del acusado y de su defensor, sólo es oído por la autoridad policial o por el juez de instrucción, pero nunca por el juez de fondo, para el que se mantiene oculta su identidad.

El Tribunal Europeo se ha pronunciado sobre la validez de esta clase de testimonios en tres casos muy conocidos: *Kostovski c. Holanda*, *Windisch c. Austria* y *Lüdi c. Suiza*. Con anterioridad, la Comisión había reconocido la validez de los testimonios indirectos<sup>51</sup>, aunque subordinada su admisibilidad al doble requisito de que el juez no fundase su convicción exclusivamente en ellos y a que su utilización resultase inevitable y necesaria. Así, por ejemplo, había considerado que no podía exigirse la comparecencia en el proceso de los miembros de los servicios secretos alemanes, que habían sido testigos directos los hechos incriminados<sup>52</sup> y había admitido que un tribunal autorizase a un oficial de policía a no revelar la identidad de un informador, al que se le habían dado garantías de que se preservaría su anonimato<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> Comisión D 8945/80, 13 diciembre, D.R. 39 p. 55.

<sup>52</sup> Comisión D 4428/70, 1 junio 1972, Ann. Conv. vol Xv p. 264.

<sup>53</sup> Comisión D 8417/78, 4 mayo 1979, D.R. 16 p. 200.

El Tribunal Europeo, en sus últimas sentencias, ha modificado esta línea interpretativa tradicional subrayando los inconvenientes que conlleva el anonimato de los testigos para los derechos de la defensa del acusado. La validez de esta prueba testifical se subordina a que se conceda a la defensa la posibilidad de controlar de manera efectiva la veracidad del testimonio. En determinadas condiciones la desventaja que se produce es tan intensa que el Tribunal ha considerado que el anonimato de los testigos constituye una práctica contraria al sistema de garantías procesales de la Convención. Si la defensa desconoce la identidad del testigo al que tiene que interrogar, se ve privada de la posibilidad de acceder a las informaciones necesarias para controlar la credibilidad del testimonio y, además, la ausencia del testigo ante el tribunal encargado del enjuiciamiento impide a los jueces estudiar su comportamiento durante el interrogatorio y alcanzar la convicción sobre su credibilidad a través de la observación directa<sup>54</sup>.

El caso *Kostovski c. Holanda*<sup>55</sup> fue el primero, en el que el Tribunal se pronunció sobre la validez del testimonio anónimo. Los hechos de este caso se contraen a la utilización de las declaraciones de dos personas anónimas, como medio de prueba para establecer la culpabilidad del demandante por el robo de un banco a mano armada. Sus declaraciones fueron recogidas por la policía y la de una de ellas, además, por el juez de instrucción, pero nunca llegaron a ser oídas directamente por la jurisdicción de fondo. Por otro lado, ni el demandante ni su abogado pudieron interrogar a los testigos, cuya identidad permaneció siempre oculta. Tan sólo se les permitió presentar un cuestionario escrito, dirigido a uno de los testigos, a través del juez de instrucción. Sin embargo, la necesidad de preservar el anonimato hizo que tan sólo dos de las catorce preguntas realizadas recibiesen respuesta. En tales condiciones el Tribunal concluyó estableciendo que las limitaciones impuestas al derecho de defensa del demandante eran tan intensas que determinaban la violación del derecho a un proceso equitativo.

En la decisión del Tribunal Europeo destaca la referencia a las dificultades que entraña poner en duda la credibilidad del testigo cuando se ignora su identidad. "Si la defensa ignora la identidad del testigo que debe interrogar, puede verse privado de las precisiones que le permitan establecer que es parcial, hostil o indigno de crédito. Un testimonio u otras declaraciones de cargo pueden muy bien constituir una mentira o resultar de un simple

---

<sup>54</sup> SSTDH. *Kostovski c. Holanda*, 20 de noviembre de 1989 (A. 166); *Windisch c. Austria*, 27 de septiembre de 1990 (A. 186); y *Lüdi c. Suiza*, 15 de junio de 1992 (A. 238).

<sup>55</sup> STEDH. 20 de noviembre de 1989 (A. 166).

error; la defensa difícilmente puede demostrarlo si no posee las informaciones que le proporcionan el medio de controlar la credibilidad de su autor o de arrojar dudas sobre ella. Los peligros inherentes a semejante situación son evidentes. Además, la ausencia de las personas anónimas impide a los jueces de fondo estudiar su comportamiento durante el interrogatorio para formarse una opinión sobre su credibilidad.”

Esta doctrina ha sido reiterada posteriormente en otras dos ocasiones, los casos *Windisch c. Austria*<sup>56</sup> y *Lüdi c. Suiza*<sup>57</sup>. En el primero, el Tribunal Europeo considera que es contraria a las garantías del Convenio la condena basada en las declaraciones de dos testigos anónimos, oídos por la policía, no por el juez de fondo, fuera de la presencia del acusado y de su abogado. En el segundo, se privó a la defensa del demandante de la posibilidad de demostrar que el delito por el que se le había condenado había sido provocado por la actuación de un agente infiltrado, al que no tuvo posibilidad de interrogar, a pesar de que la condena se basaba fundamentalmente en los informes escritos de este agente encubierto. Este último caso, además, introduce una importante novedad. Se admite explícitamente la posibilidad de que la audición del agente se produzca en condiciones que permitan preservar su anonimato, como medida de protección y para poder continuar utilizando sus servicios. El sentido de esta decisión se corresponde, por lo demás, con una tendencia de política legislativa tendente a permitir, en el marco de la lucha contra la criminalidad violenta organizada, que se puedan adoptar medidas excepcionales para evitar la identificación de los testigos en el momento de su declaración, autorizándoles para que oculten su rostro mientras declaran, disimulen su voz e incluso pueda obtenerse su declaración ante el tribunal, pero a puerta cerrada<sup>58</sup>.

El Tribunal Europeo se muestra especialmente sensible al delicado problema que representa la lucha contra la criminalidad organizada en una sociedad democrática. El propio Tribunal ha concretado el alcance de su doctrina distinguiendo entre las informaciones que se utilizan como medio de investigación y el uso que puede darse en el proceso a las informaciones así obtenidas. Desde luego, no existe inconveniente en que los Estados recurran, en la lucha contra la gran criminalidad, a la infiltración por medio de infor-

<sup>56</sup> STEDH. 27 de septiembre de 1990 (A. 186).

<sup>57</sup> STEDH. 5 de junio de 1992 (A. 238).

<sup>58</sup> Vid. Proposición de Ley 122/000154 sobre Protección de denunciantes, testigos y peritos en determinadas causas criminales (BCG, 12 de febrero de 1993). En el mismo sentido sentencia Tribunal Federal Suizo 1P 212/1992, 7 de agosto de 1992.

madores que obtengan "indicios". En cambio, es inadmisibles, al menos sin vulnerar los derechos de la defensa garantizados por el Convenio, convertir a estos informadores en testigos y sus indicios en pruebas. A esta primera distinción se añade esta otra. El Tribunal admite en la fase de instrucción preparatoria el recurso a fuentes tales como los informadores encubiertos, oponiéndose en cambio a la utilización ulterior de las declaraciones anónimas como prueba suficiente para justificar su condena.

En resumen, la Convención no impide servirse durante la instrucción preparatoria de agentes encubiertos, pero no autoriza a recurrir a sus declaraciones anónimas en una fase posterior del proceso, utilizándolas como pruebas suficientes para justificar una condena. El Tribunal no ha desautorizado los métodos de obtener información tradicionalmente empleados por las fuerzas de seguridad de los diversos países europeos, consistentes en recurrir a los informadores manteniendo reservada su identidad. Ciertamente estas informaciones pueden servir para orientar las investigaciones, pero no pueden utilizarse como indicios que fundamenten una prueba de cargo. Con estas limitaciones se intentan evitar el riesgo que para la legalidad del proceso representa proteger el anonimato de los testigos y de los informadores. Con razón se ha señalado que el anonimato excluye la contradicción, sirve para encubrir las irregularidades en la obtención de las pruebas y hace planear el espectro del error judicial<sup>59</sup>. Nadie pueda negar que el recurso al denunciante anónimo puede encubrir una estratagema dirigida a ocultar las irregularidades producidas en la obtención de las pruebas.

El Tribunal Europeo, en el caso de *Lüdi c. Suiza*, se ha pronunciado sobre la conformidad de las técnicas de infiltración con las disposiciones del Convenio. En este caso, el demandante había sido objeto de la acción de un agente encubierto, que había simulado una falsa operación de adquisición de droga. Durante la investigación fueron intervenidas las conversaciones telefónicas del demandante, que una vez detenido, nada más conocer el contenido de las escuchas, confesó su implicación en el tráfico ilícito. El demandante solicitó la comparecencia como testigo del agente infiltrado, para demostrar que había sido objeto de una provocación, pero el Tribunal rechazó la convocatoria basándose en la necesidad de garantizar su anonimato. La demanda fue estimada por la violación del artículo 6 del Convenio, ya que el demandante no dispuso de la oportunidad de interrogar al agente encubierto, cuyos

---

<sup>59</sup> H. D. BOSLY: "La régularité de la preuve en matière pénale", *Journal des Tribunaux*, 1992.

informes fueron decisivos para establecer su culpabilidad. Sin embargo, al margen de los problemas relativos a la administración de las pruebas, en este caso se cuestionaba la validez de la operación encubierta como técnica de investigación policial. El demandante alegaba la violación del derecho a la vida privada, señalando que el agente infiltrado se había valido de la astucia para obtener informaciones que le concernían y para influir en su comportamiento.

La Comisión tradicionalmente había rechazado la aplicación del artículo 8 del Convenio cuando se invocaba en relación con la intervención de un agente encubierto, considerando que no constituía una injerencia en la vida privada, ya que es el afectado el que voluntariamente entra en contacto con el agente encubierto y acepta la transacción que éste le propone<sup>60</sup>. Sin embargo, en este caso matiza su propia jurisprudencia y, aun reconociendo que la utilización de un agente encubierto, en cuanto tal, no constituye una injerencia en la vida privada, si está combinada con una intervención telefónica, su naturaleza se modifica, pues en todo o en parte las palabras pronunciadas por el demandante han sido provocadas por la relación trabada por el agente infiltrado. La Comisión, partiendo de este presupuesto, considera aplicable el artículo 8 del Convenio a la infiltración policial y estima que resulta indispensable una disposición legal que regule esta particular forma de intromisión en la vida privada<sup>61</sup>.

El Tribunal, en cambio, se aparta de la posición de la Comisión, estableciendo que el recurso a un agente encubierto no afecta por sí, ni en combinación con las escuchas telefónicas, a la esfera privada del demandante en el sentido del artículo 8 del Convenio, pues desde el momento que el demandante aceptó procurar la droga a un agente infiltrado era consciente que realizaba un acto criminal y corría el riesgo de ser objeto de prácticas encubiertas. Esta solución ha sido muy criticada. Es forzoso reconocer que la intervención de un agente encubierto puede afectar a la esfera individual, pues a diferencia de otras técnicas de investigación permite abarcar numerosos aspectos de la vida privada de la persona. No obstante, su impacto en la vida privada sería según la clase de infiltración. En el supuesto de una falsa adquisición de droga, el contacto que se establece entre el supuesto comprador y la persona que busca concluir la transacción tiene un carácter momentáneo, se basa en relaciones esporádicas y generalmente de muy corta

---

<sup>60</sup> D 10747/84, 7 de octubre de 1985 no publicada).

<sup>61</sup> Rapport de la Comisión, 30 de septiembre de 1986.



duración. En cambio, en el caso de las denominadas entregas vigiladas, o cuando se trata de la infiltración en redes organizadas, se requiere una intervención muy activa del agente, que debe recurrir a engaños muy elaborados para sorprender la confianza de las personas que pueden proporcionarle información de los hechos cometidos o en preparación. En estos casos, a diferencia de la simple operación de compra, suele tratarse de operaciones de muy larga duración, por lo que el riesgo de que el agente obtenga informaciones extrañas al objeto de la misión es todavía mayor.

Estas últimas modalidades de infiltración policial, que constituyen una injerencia más intensa en la esfera individual, deberían estar reguladas en la ley. No es extraño que las legislaciones de varios países europeos hayan optado por incorporar a su legislación interna una regulación de las operaciones encubiertas. Este es el caso de Francia (Loi n.º 91-1264), de Italia (Ley, 26 junio 1990, nr 162), Dinamarca (Ley n.º 748, 1 diciembre 1989) y España (LO 8/1992, 23 de diciembre, incorporando a la Ley de Enjuiciamiento Criminal el nuevo artículo 263 bis). Además, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, la aplicación de estas técnicas de investigación debería reservarse a los casos de criminalidad grave y sólo deberían ponerse en práctica cuando los medios tradicionales de investigación resulten insuficientes. Sin embargo, estos requisitos sólo aparecen expresamente establecidos en la ley danesa, en la que se configura la infiltración policial como una técnica de investigación subsidiaria reservada para la represión de los delitos graves.

En relación con las técnicas de infiltración, hay que distinguir en las operaciones de infiltración en sentido estricto, que son lícitas, y la provocación al delito, que es considerada ilegal e invalida las pruebas obtenidas. El fundamento de la exclusión de responsabilidad se encuentra en los principios de la libre determinación personal y legalidad en la obtención de pruebas<sup>62</sup>. La provocación sólo existe cuando la incitación hace nacer en el autor la resolución de cometer el delito no, en cambio, cuando ésta surge libremente en el sospechoso, sin la intervención del agente infiltrado, que limita su actuación a buscar la ocasión adecuada para que pueda obtener las pruebas de la infracción y conseguir la detención de su autor. En nuestra jurisprudencia se exige que el designio de cometer el delito haya surgido en el autor sin la intervención de la policía, es decir, se excluye la provocación cuando la infiltración policial no persigue provocar la realización del hecho delictivo, sino a descubrir los cauces por los que venía fluyendo la actividad criminal<sup>63</sup>. Sin

<sup>62</sup> SSTS. 25 junio 1990 y 20 febrero 1991.

<sup>63</sup> *Vid.* SSTS. 27 marzo 1990, 10 diciembre 1990, 20 febrero 1991, 10 abril 1991, 16 abril 1991, 13 mayo 1991, 18 septiembre 1991, 21 septiembre 1991, 21 septiembre 1991, 12 diciembre 1991, 4 marzo 1992, 20 marzo 1992.

embargo, dado que estas técnicas de investigación actúan en el proceso mismo de realización de la infracción, resulta muy difícil establecer distinción entre la provocación y la infiltración.

En dos ocasiones se ha suscitado ante La Comisión la cuestión de si la incitación a la comisión del delito es contraria a las garantías procesales consagradas en el artículo 6 del Convenio. En el caso *Manfred Rademacher y Klaus Pferrer c. R.F.A.*<sup>64</sup> los demandantes condenados se quejaban de la intervención de un agente provocador que les habría incitado a cometer un delito relacionado con la falsificación de moneda. Aunque la Comisión excluyó la existencia de violación por las circunstancias del caso, implícitamente parece aceptar que una provocación pueda ser contraria al artículo 6 del Convenio. De igual modo, en el caso *W.A. c. R.F.A.*<sup>65</sup>, también implícitamente, la Comisión parece aceptar que la provocación de la confesión de los sospechosos, utilizando los métodos de la infiltración, constituye un atentado al Derecho a un Proceso Equitativo al quedar privados de su derecho al silencio y resultar limitados los derechos de la defensa.

## 7. Conclusiones

La obtención de las pruebas debe producirse de conformidad con los principios de la Convención Europea de Derechos Humanos. Las pruebas obtenidas de manera ilegal comprometen el derecho al proceso debido. Aunque es criticable, los órganos del Convenio hacen abstracción del medio de prueba ilegal, para examinar si el acusado se ha beneficiado de un proceso equitativo. Los medios de prueba deben producirse ante el acusado, en audiencia pública y en el curso de un debate contradictorio. No obstante, se admite la validez de las declaraciones sumariales, pero sólo si se han respetado los derechos de la defensa y no constituyen el único medio de prueba. Se admite la utilización de agentes infiltrados no provocadores, pero no de testigos anónimos. La interceptación de las comunicaciones, el registro corporal y domiciliario, deben sujetarse al régimen convencional de las excepciones establecidas al derecho a la vida privada.

---

<sup>64</sup> Rapport de la Comisión, D 12811/78, 11 octubre 1990 (no publicada).

<sup>65</sup> Comisión, D 12127/86 1987 (no publicada).

## BIBLIOGRAFIA

### 1. Obras generales

- ANTONOPOULOS, N.: *La jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'homme*. A.W. Sijthoff-Leyde (1967).
- COHEN-JONATHAN, G.: "La Convention Européenne des Droits de l'Homme", *Economica* (1989).
- FRANCHIMONT, M.; JACOBS, A.; MASSET, A.: *Manuel de Procédure Pénale*, E. du Jeune Barreau de Lège (1989).
- GARCIA DE ENTERRIA, E.: *El sistema europeo de protección de los Derechos Humanos*, Civitas (1983).
- GIMENO, V.; MORENO, V.; ALMAGRO, J.; CORTES, V.: *Derecho Procesal. Proceso Penal*, Tirant lo Blanch (1989).
- MERLE, R.; VITU, A.: *Traité de Droit Criminel. Procédure Pénale*, Cujas (1979).
- PETZOLD, H.: *La Convention européenne des droits de l'homme*, Carl Heymanns Verlag KG (1984).
- SALVIA, M.: *Lineamenti di diritto europeo dei diritti dell'uomo*, CEDAM (1992).
- VELU, J.; ERGEC, R.: *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant (1990).

### 2. Convención y Justicia Penal

- CHIAVARIO, M.: *Processo e garanzie della persona*, Giuffrè editore (1982 y 1984).
- DURAND, D.: "Les garanties apportées par l'application de la Convention dans le procès pénal", en *La Convention européenne des droits de l'homme*, Némesis (1992).
- EISSEN, M. A.: *Jurisprudence relative à l'article 6 de la Convention*, 1985 (inédito).
- KOHL, A.: "Implications de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, en procédure pénale", *Journal des Tribunaux* (1988).
- LOPEZ BARJA DE QUIROGA: *El Convenio, el Tribunal europeo y el derecho a un juicio justo*, Akal (1991).
- MERLE, R.: "La Convention et la justice pénale française", en *La Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*, Extrait de l'université des sciences sociales de Toulouse (1980).
- MORENILLA RODRIGUEZ, J. M.: "Las garantías del proceso penal según el Convenio Europeo de Derechos Humanos", *Poder Judicial II*.
- PONCET, D.: *La protection de l'accusée par la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Librairie de l'université de Genève (1977).
- PETTITI, L. E.: "Les principes généraux de droit pénal dans la Convention européenne des droits de l'homme", *Revue des science criminelle et droit pénal comparé*, 1-1987.
- PETTITI, L. E.: "Les droits de l'inculpé et de la défense selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", en *Droit pénal. Droit européen*, Litec (1992).

TRECHSEL, S.: "La exigencia de equidad en el proceso penal. Jurisprudencia europea", en *Jurisprudencia europea de Derechos Humanos*, Gobierno Vasco (1991).

### 3. La prueba en materia penal

AA.VV.: "La prueba en el proceso penal" *Cuadernos de Derecho judicial*. Consejo General del Poder Judicial, 1-1992.

BARCELONA LLOP, J.: "Escuchas telefónicas y acción de policía de seguridad (a propósito de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el caso Malone)", en *Revista de Administración Pública*, 112-1987.

BEKAERT, H.: "La manifestation de la vérité dans le procès pénal", Bruylant (1972).

BOSLY, H.: "La régularité de la preuve en matière pénale", *Journal des Tribunaux*, 1992.

BURGOS LADRON DE GUEVARA: *El valor probatorio de las diligencias sumariales en el proceso penal español*. Civitas (1992).

CALLEWAERT, J.: "Témoignages anonymes et droits de la défense", en *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 3-1990.

COHEN-JONATHAN, G.: "Les écoutes téléphoniques", en *Protection des droits de l'homme: la dimension européenne*, Carl Heymanns Verlag KG (1988).

DE NAUW, A.: "La provocation à l'infraction par un agent de l'autorité", en *Revue de Droit Penal et de Criminologie*, 1980.

DE NAUW, A.: "Les règles d'exclusion relatives à la preuve en procédure pénale belge", en *Revue de Droit Penal et de Criminologie*, 1990.

DECLERCO, R.: *La preuve en matière pénale*, Swinnen (1988).

FRANCHIMONT, G.: "Les droits de la défense et leur contexte procédural", en *Les droits de la défense en matière pénale*, E. Jeune Barreau de Liège (1985).

KERCHOVE, M.: "La preuve en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour et de la Commission européennes des droits de l'homme", en *Revue des science criminelle et droit pénal comparé*, 1-1992.

LECLERC, H.: "Les limites de la liberté de la preuve. Aspects actuels en France", en *Revue des science criminelle et droit pénal comparé*, 1-1992.

LEVASSEUR: "Le régime de la preuve en droit répressif français", en *La présentation de la preuve et la sauvegarde des libertés individuelles*, Bruylant (1977).

LEVY-BRUHL, H.: *La preuve judiciaire*, Librairie Marcel Rivière et Cie (1963).

LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Akal (1989).

LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: "Esquema general del régimen legal de las intervenciones telefónicas", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 88-1993.

MASSET, A.: "Limites de certains modes de preuve", en *Les droits de la défense en matière pénale*. E. Jeune Barreau de Liège (1985).

MELCHIOR, M.: "Le procès équitable dans la jurisprudence de la Cour et de la Commission européennes des droits de l'homme", en *Les droits de la défense en matière pénale*. E. Jeune Barreau de Liège (1985).

MEYER, J.: De "Le droit de la vie privée et familiale, du domicile et des communications privées et les obligations qui en résultent pour les Etats Parties à la Convention", en *Vie privée et droits de l'homme*, Bruylant (1973).

- NICOLOPOULOS, P.: "La procédure devant les juridictions répressives et le principe du contradictoire", en *Revue des science criminelle et droit pénal comparé*, 1-1989.
- PERELMAN ES FORIERS: *La preuve en droit* (Bruylant 1981).
- QUARRE, Ph.: "Le droit au silence", en *Journal des Tribunaux*, 1974.
- QUARRE, Ph.: "Por une nouvelle conception du témoignage à l'audience pénale," en *Revue de Droit pénal et de Criminologie*, 1-1975.
- RIGAUX, F.: *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruylant (1990).
- ROUX, A.: "La protection de la vie privée dans les rapports entre l'Etat et les particuliers", en *Economica* (1983).
- RUIZ ANTON: "El delito provocado, construcción en la jurisprudencia del Tribunal Supremo".
- SACE, J.: "L'audition contradictoire des témoins", en *Revue Trimestrielle des droits de l'homme*, 9-1992.
- SCREVENS, R.: "La preuve pénale en droit belge", en *La présentation de la preuve et la sauvegarde des libertés individuelles*, Bruylant (1977).
- SCREVENS, R.: "Le statut du témoin et sa protection avant, pendant et après le procès pénal", en *Revue du Droit Pénal et de Criminologie*, 1-1989.
- SCREVENS, R.: "Réflexions sur l'expertise en matière penale", en *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 2-1964.
- SPREUTELS, J. P.: "Maintien de l'ordre et vie privée", en *Mantien de l'ordre et droits de l'homme*, Bruylant (1987).
- TROUSSE, P. E.: "La preuve des infractions", en *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1958.
- VALKENEER, CH.: "L'infiltration et la Convention européenne des droits de l'homme", en *Revue Trimestrielles des Droits de l'Homme*, 14-1993.
- VELU, J.: "La Convention européenne des droits de l'homme et le droit au respect de la vie privée, du domicile et des communications", en *Vie privée et droits de l'homme*, Bruylant (1973).
- VIENNE, R.: "Les écoutes téléphoniques au regard de la Cour européenne des droits de l'homme", en *Droit pénal. Droit européen*, Litec (1992).

