

Traducción realizada por Cristina Vicente Notario siendo tutor el profesor Fernando Luis Ibáñez Lopéz-Pozas, en virtud del Convenio suscrito por la Universidad Nacional de Educación a Distancia, el Ministerio de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)

El TEDH y el Ministerio de Justicia no se hacen responsables del contenido o calidad de la presente traducción

# **GRAN SALA**

# ASUNTO MURTAZALIYEVA c. RUSIA

(*Demanda* nº 36658/05)

**SENTENCIA** 

ESTRASBURGO

18 diciembre 2018

Esta sentencia es firme, pero puede ser objeto de revisión editorial.



# MINISTERIO DE JUSTICIA

ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO
DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO



# En el asunto Murtazaliyeva c. Rusia,

el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, reunido en Gran Sala compuesta por:

Guido Raimondi, Presidente Angelika Nußberger, Linos-Alexandre Sicilianos, Ganna Yudkivska, Robert Spano, Paulo Pinto de Albuquerque, André Potocki, Valeriu Gritco, Faris Vehabović, Dmitry Dedov, Iulia Antoanella Motoc, Carlo Ranzoni, Armen Harutyunyan, Georges Ravarani, Marko Bošnjak, Tim Eicke,

Péter Paczolay, *jueces*, y Lawrence Early, *Jurisconsulto*,

Tras deliberar a puerta cerrada el 14 de febrero y el 4 de octubre 2018, Dicta la siguiente sentencia adoptada en la última de esas fechas:

#### **PROCEDIMIENTO**

- 1. El asunto se inició mediante demanda (n°36658/05) contra la Federación rusa por una ciudadana rusa, Sra. Zara Khasanovna Murtazaliyeva ("la demandante") ante este Tribunal el 16 de septiembre de 2016, en virtud del artículo 34 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales ("el Convenio").
- 2. La demandante estuvo representada por Sr. K.N Koroteyev, abogado en ejercicio en Moscú. El Gobierno ruso ("El Gobierno") estuvo representado inicialmente por el Sr. G. Matyushkin, representante de la Federación rusa ante el Tribunal Europeo de Derecho Humanos, y posteriormente por su sucesor en el cargo, Sr. M Galperin.
- 3. La demandante alegó que, en particular, los tribunales nacionales no habían garantizado el interrogatorio del testigo A y la testifical de B y K, así como que no se le había permitido visionar ni examinar una cinta de video de una vigilancia secreta que había sido proyectada en la sala de vistas durante el juicio oral.
- 4. La demanda fue turnada a la Sección tercera del Tribunal (Art.52.1 del Reglamento de Procedimiento). El 10 de noviembre de 2010 la demanda fue comunicada al Gobierno.



- 5. El 28 de marzo de 2017 una Sala de esa sección, formada por Helena Jäderblom, Presidente Branko Lubarda, Luis López Guerra, Helen Keller, Dmitry Dedov, Alena Poláčková, and Georgios A. Serghides, jueces, and Fatoş Aracı, Secretario de Sección, dictaron sentencia. La Sala declaró por unanimidad admisibles las quejas concernientes a la violación del artículo 6§1 del Convenio y el resto de la demanda inadmisible. La Sala concluyó por cuatro votos contra tres que no había existido violación del artículo 6§§1 y 3 del Convenio en la queja relativa a la ausencia en el juicio oral del testigo A. y por cinco votos contra dos que no había existido violación del artículo 6§§1 y 3(d) del Convenio en la queja relativa a la ausencia de los testigos B. y K. La Sala además, declaró por unanimidad que no había existido violación del artículo 6§§1 y 1 (b) del Convenio en lo referente a la queja relativa a la imposibilidad del demandante de visionar y examinar efectivamente la cinta de video vigilacia secreta reproducida en el acto de la vista. Se dictaron tres votos particulares: (a) el voto parcialmente concurrente del Juez Serghides; (b) el voto particular parcialmente disidente conjunto de los Jueces López Guerra, Keller y Serghides; y (c) el voto particular disidente conjunto de los Jueces López Guerra y Serghides.
- 6. En en una carta de 9 de agosto de 2017 el demandante pidió que se remitiera el caso a la Gran Sala de acuerdo con el artículo 43 del Convenio, un colegio de la Gran Sala concedió su pretensión el 18 de septiembre de 2017.
- 7. La composición de la Gran Sala fue determinada de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 26.4 y 5 del Convenio y 24 del Reglamento. En las deliberaciones finales Péter Paczolay, juez suplente, reemplazó a Eric Moss que estaba incapacitado para tomar parte en las deliberaciones del caso de acuerdo con el artículo 24.3 del Reglamento.
- 8. Tanto el demandante como el Gobierno presentaron alegaciones por escrito sobre el fondo del asunto (artículo 59.1 del Reglamento)
- 9. La vista tuvo lugar en audiencia pública en el Palacio de Derechos Humanos de Estrasburgo, el 14 de febrero de 2018

# Han comparecido ante el Tribunal:

(a) Por el Gobierno

Mr M. GALPERIN, representante de la Federación rusa ante el Tribunal Europeo de Derecho Humanos,

Ms Y. BORISOVA,

Ms O. OCHERETYANAYA,

Abogados.

(b) Por la demandante

Mr. K.N KOROTEYEV Abogado



La demandante estuvo igualmente presente en el juicio, el Tribunal escuchó las alegaciones del Sr. KOROTEYEV y el Sr. GALPERIN, así como sus respuestas a las cuestiones planteadas por los jueces.

# **HECHOS**

#### I.CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

- 10. La demandante nació en 1983 y actualmente reside en París.
- 11. En septiembre del 2003 llegó a Moscú desde Chechenia y empezó a trabajar en una compañía de seguros. En octubre de 2003 fue a una mezquita en la que conoció a V. y a Ku.; dos jóvenes rusas que se habían convertido al Islam.

# A. La operación secreta de vigilancia.

- 12. En diciembre de 2003 la demandante fue interpelada en la calle por dos policías para serle realizado un control de identidad. Después fue conducida a una comisaría para comprobar su identidad. Según su versión, no fue liberada sino algunos días más tarde después de la intervención de un "tal A", un policía también de origen checheno, adscrito al departamento de lucha contra la criminalidad organizada de la policía de Moscú. En ese intervalo de tiempo, su jefe la había despedido por ausencia no justificada a su puesto de trabajo.
- 13. En febrero de 2004 A. ayudó a la demandante a ser readmitida en su trabajo. Le encontró también un apartamento, en el que la visitó en diferentes ocasiones. La demandante compartió piso con V. y Ku., el piso estaba situado en un inmueble "dormitorio" que pertenecía al departamento de policía. Estaba equipado con dispositivos ocultos de videovigilancia y audiovigilancia. La policía puso a la demandante bajo vigilancia por ser sospechosa de pertenencia a un grupo terrorista relacionado con el movimiento de insurgencia checheno. El tribunal de Moscú autorizó el uso de vigilancia secreta en el apartamento desde el 5 de febrero hasta el 4 de marzo de 2004.

# B. La detención y la búsqueda de la demandante y la instrucción del delito.

14. La noche del 4 de marzo de 2004 la demandante fue parada por una patrulla de policía para un control de identidad porque su apariencia física coincidía con el perfil de una sospechosa en búsqueda de la que tenían noticia. La demandante inmediatamente telefoneó a A. quien habló brevemente con los oficiales de policía que la habían parado. La demandante fue entonces conducida a la comisaría porque su permiso de residencia en Moscú había



- caducado, hecho que constituía una infracción administrativa según la ley rusa.
- 15. En la comisaría, la demandante fue informada de que se encontraba retenida (задержана). Su bolso fue registrado por una mujer policía en presencia de dos testigos В у К. у se le tomaron las huellas dactilares. El acta de su ficha personal mostraba que el registro había durado de 20.35 horas a 21.03h. Durante el registro de la demandante I. halló dos paquetes cuadrados de una sustancia desconocida envueltos en papel de aluminio. Esta sustancia, así como el forro interior del bolso de la demandante y los bolsillos de su chaqueta fueron examinados por la policía científica. El informe señaló que las huellas de la demandante fueron tomadas a las 21:30 h. La policía no buscó ni la presencia de residuos de esa sustancia en las manos de la demandante ni comprobaron que sus huellas se hallaran en los paquetes encontrados en su bolso. Más tarde, el mismo día, la demandante fue detenida en base a indicios de participación en delitos terrorismo e interrogada por la policía. Se abrió una investigación criminal.
- 16. El 12 de marzo de 2004 se realizó un análisis forense de la sustancia encontrada en el bolso de la demandante que reveló que esta contenía 196 Gr de Plastit-4, un explosivo industrial a base de "exógeno". En el curso del análisis, los explosivos fueron destruidos. El análisis del bolso de la demandante y del forro de los bolsillos de su chaqueta revelaron presencia de exógeno.
- 17. La policía registró el piso donde vivía la demandante con V. y Ku. incautó una nota manuscrita por la demandante. La nota criticaba a la policía rusa en Chechenia, criticaba fuertemente a Rusia y a los rusos, glorificaba a los atentados suicidas con bombas, ensalzaba la Yihad y reivindicaba los actos terroristas en Rusia. La nota contenía la siguiente frase "... soñando con morir como mártir, como una *shahid* en el sendero de Alá". La policía también halló varias fotografías de una escalera mecánica del centro comercial Okhotniy Ryad situado en el centro de Moscú.
- 18. La transcripción de las conversaciones grabadas en el apartamento por medio de las cámaras de vigilancia reveló que la demandante hacía proselitismo islamista delante de V. y Ku., expresando su odio hacia los rusos, explicando que era necesario emprender contra ellos una guerra santa, ensalzando a los líderes de la insurrección chechena y hablando a sus compañeras de piso de los campos de insurgentes en el Cáucaso.
- 19. En el transcurso de la instrucción, la demandante representada por su abogado tuvo careos con los testigos V y Ku., así como con los oficiales de policía S. e I, quienes intervinieron en su detención y registro. La demandante tuvo la oportunidad de presentar su versión de los hechos y plantear cuestiones relevantes.



20. El 12 de octubre de 2004 la demandante presentó la siguiente pretensión a las autoridades instructoras del caso:

Hoy 12 de octubre de 2004 he sido inculpada [de preparar un acto de terrorismo]. Niego todos los hechos imputados. Consideró que en mi caso las pruebas de mi inocencia y la falta de conexión de mi persona con este caso no han sido recabadas debidamente.

Ruego me facilite el historial de llamadas de mi teléfono móvil de los días 3 y 4 de marzo 2004, dado que en esas fechas, los policías que fueron a buscarme a mi trabajo y me condujeron a comisaría, donde los explosivos plásticos fueron colocados en mi bolso, hablaron con A.

Le ruego interrogue a A. y le formule las siguientes preguntas:

- 1. ¿Cuándo y bajo qué circunstancias me conoció?
- 2. ¿Me facilitó él el alojamiento en el que he residido hasta mi detención?
- 3. ¿En qué comisaría fui retenida ilegalmente durante tres días? y si él u otros agentes me interrogaron.
- 4. Durante mi detención ¿habló conmigo y con los agentes que me condujeron desde el trabajo a la comisaría?
- 5. ¿Cuál era su relación con V y Ku?
- 21. Al día siguiente, el instructor admitió parcialmente la petición en lo relativo a interrogar a A., le interrogó e informó a la demandante de lo resuelto sobre su petición.
- 22. Durante el interrogatorio A. testificó que, a finales de 2003 por orden de sus superiores había establecido una relación de confianza con la demandante, quién le había presentado a V y a Ku. Además, afirmó que con el apoyo del departamento de policía había ayudado a la demandante a encontrar alojamiento. Ella se mudó a un apartamento en un edificio dormitorio perteneciente al departamento de policía con V. y Ku. El 4 de marzo de 2004, la demandante le había llamado porque había sido parada por una patrulla de policía, él le aconsejó obedecer las órdenes de los agentes y seguirlos hasta comisaría.
- 23. La demandante y su abogado fueron debidamente informados del contenido de la grabación del interrogatorio de A., no intentaron formularle otras cuestiones ni tampoco pidieron al instructor que realizara un careo entre A. y ella, antes del juicio.
- 24. El 2 de diciembre de 2004 la demandante recibió una copia del expediente para su revisión y examen. El 7 de diciembre de 2004 la demandante fue encausada por un delito de preparación de acto de terrorismo con explosivos en el centro comercial de Okhotniy Ryad, y por inducir a A. y a Ku. a cometer actos de terrorismo. El escrito de acusación mencionaba a la vez a A. en la lista de testigos que podían ser interrogados en el juicio como de descargo por la defensa y de cargo por la acusación. Sin embargo, tanto la acusación como la defensa no hacían más que mencionar simplemente el testimonio de A. El escrito de acusación no contenía ninguna información más allá de las declaraciones hechas durante el anteriormente mencionado interrogatorio, las cuales nunca habían sido objeto de contradicción con ninguna otra prueba ni utilizadas para sustanciar ningún otro fundamento fáctico o jurídico.



# C. El juicio.

- 25. El 17 de diciembre de 2004 el Tribunal de la ciudad de Moscú celebró una audiencia preliminar en la que admitió la petición del demandante de ser juzgado por una formación de juez único, señalando fecha para la vista y ordenando que los testigos fueran llamados de acuerdo con las listas presentadas por las partes y el escrito de calificación del fiscal.
- 26. El 22 de diciembre de 2004 el juicio se celebró ante el tribunal de la ciudad, el demandante estuvo asistido por dos abogados de su elección, U.y S.
- 27. El juicio se desarrolló de la manera que se expone a continuación:
- 1. Declaración testifical relativa a las circunstancias del caso.

# (a) Declaraciones de V. y Ku.

- 28. V. declaró en el juicio que Ku. y ella habían conocido a la demandante en la mezquita en octubre de 2003. Se habían hecho amigas y habían comenzado a frecuentar a chats islamistas en internet, así como a navegar las tres, por páginas web "pro-insurgencia" (en favor de la insurrección). Después de un tiempo, habían decidido vivir juntas y formar una comunidad religiosa (dzhamaat) para estudiar el islam. En sus conversaciones la demandante había glorificado el terrorismo y respaldaba los atentados suicidas con bomba así como los métodos y objetivos de los insurgentes chechenos. La demandante les había hablado de un campo cerca de Bakú en Azerbaiyán donde los musulmanes recibían entrenamiento para convertirse en terroristas suicidas con explosivos ("kamikaces"), y de que ella conocía a alguien allí. Había mencionado que ella misma había participado en la guerra chechena en el bando de los insurgentes. Que, juntas habían frecuentado un "cybercafé" en el centro comercial Okhotniy Riad. La demandante había sacado fotos de la escalera mecánica del centro comercial desde diferentes ángulos.
- 29. V. declara que el 3 de marzo de 2004 la demandante les dijo a V y Ku, que, si le ocurría algo, deberían hacer desaparecer del apartamento toda la literatura islámica y su diario personal, y que llamaran a su madre en Chechenia. También les dijo que acababa de recibir una llamada de un amigo recién llegado a Moscú para "inmolarse" que le dijo que ella, [ es decir, la demandante] estaba en peligro y bajo sospecha [por las autoridades]. La demandante no las había amenazado ni las había incitado a cometer ningún acto de terrorismo, pero les había preguntado si serían capaces de hacerlo. Habían ensalzado constantemente la Yihad y les había dado libros islamistas y cassette de audio. Que alguno de esos libros, la demandante los había recibido de su conocido A.
- 30. V. negó haber visto ningún explosivo en el apartamento en el que vivían.



- 31. A petición del Fiscal, el juez permitió la lectura del testimonio prestado por V. en fase de instrucción dado que se contradecía parcialmente con lo manifestado en el juicio. En particular, durante el interrogatorio en instrucción V. había declarado que la demandante había seguido personalmente un entrenamiento terrorista en el campo cerca de Bakú y las había adoctrinado a V y Ku. con el propósito de prepararlas para cometer atentados suicidas. Preguntada por el fiscal para aclarar su contradicción V. declaró que no estaba segura de si la demandante había realmente asistido o no a un campo de entrenamiento terrorista. Sin embargo, sí declaró que la demandante las había preparado a ella y a Ku. para convertirse en kamikazes.
- 32. Durante su interrogatorio contradictorio en la vista del juicio Ku. se retractó parcialmente de sus declaraciones en fase de instrucción, que eran en su mayor parte similares a las declaraciones de V. ya reproducidas *ut supra*. Durante el juicio Ku. confirmó que ella, V y la demandante habían sacado fotos en el centro comercial de Okhotiy Riad a iniciativa de esta última, quien además fotografiaba aleatoriamente. En particular la demandante había sacado fotografías de la escalera mecánica y de la gente que había en ella. Añade que la demandante desaprobaba la existencia de fuerzas policiales de la Rusia federal en el Cáucaso. No obstante, no la había incitado a cometer atentados suicidas. Según la opinión de Ku. la demandante quería simplemente vivir con ellas para rezar, leer, beber y liberarse de la supervisión de sus padres.
- 33. Ku. además, declaró que el conocido de la demandante A. era un policía y que había pagado el apartamento donde vivían las tres, que ocasionalmente les había dado dinero. La demandante una vez le dijo que a ella le gustaba A.
- 34. Ku. declaró además que, durante el interrogatorio en fase de instrucción, el instructor había malinterpretado sus palabras en lo relativo a los atentados suicidas y que nunca había planeado cometer ninguno. Negó haber declarado en fase de instrucción bajo coacción. A la vista de este cambio en su testimonio, el prestado en fase de instrucción fue leído en el acto del juicio oral.

#### (b) Declaraciones de los agentes de policía

- 35. Varios agentes de policía que habían participado en la detención de la demandante y en su registro corporal (P., S., B., I., y Ke.) fueron interrogados en la vista. Declararon que la detención de la demandante había ocurrido durante una ronda de patrulla ordinaria y que ignoraban que su bolso contuviera explosivos.
- 36. P. testificó que, en el día de la detención, había decidido comprobar los documentos de la demandante porque "caminaba sin rumbo, en dirección a la estación de metro Prospekt Vernadskogo". La demandante les mostró su pasaporte y el sello de registro confirmaba que su permiso de residencia en



Moscú había caducado. La policía la llevó a la comisaría. P. señaló que la demandante desde ese momento estuvo agitada y agresiva por lo que decidieron registrar su bolso lo que, aclaró, es "conforme a la ley". P. explicó que había interpelado a la demandante porque no había sido clara al contestar hacia dónde se dirigía cuando se le preguntó y porque se parecía a una chica sobre la que sabían que había una orden de búsqueda en vigor, y porque era "una persona de etnia caucásica [ es decir, de la región Norte del Cáucaso]". P también declaró que la caducidad de este permiso era razón suficiente para detener a la demandante, además declaró que para ellos era algo rutinario la búsqueda de personas cuyos permisos hubieran caducado.

- 37. El testimonio de S. fue similar. Añadió que la demandante caminaba muy deprisa y que comenzó a amenazar a los agentes con sanciones disciplinarias cuando la detuvieron.
- 38. B testificó que habían decidido detener a la demandante porque portaba ropa negra y era de origen étnico caucásico. Añadió que la apariencia de la demandante casaba con la descripción de una persona sobre la que pesaba una orden de búsqueda. Señaló, además, que la demandante llevaba su bolso con ella, hasta el momento de su registro en comisaría.
- 39. El tribunal interrogó a los agentes que estuvieron de servicio en el puesto de policía de Prospekt Vernadskogo el día de la detención de la demandante.
- 40. I. declaró que había registrado a la demandante en presencia de dos testigos y que había encontrado en su bolso dos objetos cuadrados amarillos envueltos en papel de aluminio, los cuales más tarde, se había confirmado que eran explosivos. Las huellas dactilares de la demandante fueron tomadas una sola vez, después de que los objetos fueran descubiertos en su bolso.
- 41. I. declaró que antes del registro, la demandante había tenido todas sus pertenencias personales consigo y que, habían tardado aproximadamente 20 minutos en encontrar a los testigos para que presenciaran el registro.
- 42. La Fiscalía preguntó en profundidad a todos los agentes de policía sobre las circunstancias relativas al registro de la demandante y la toma de huellas. Todos ellos declararon que la demandante había estado en posesión de sus pertenencias, es decir, su bolso de mano, antes del registro y que se habían tomado sus huellas solo una vez registrado este. La defensa solo preguntó a la agente B. si la demandante había estado en posesión de su bolso antes del registro y al agente Ke. sobre la forma en la que escogieron a los testigos. Ambas cuestiones fueron realizadas una sola vez a los testigos arriba mencionados y sus respuestas no aportaron ningún otro dato adicional concluyente.
- 43. La Fiscalía terminó presentando sus conclusiones finales el 12 de enero de 2005 sin haber propuesto la declaración de A. como testigo en la vista o referirse a su declaración prestada en fase de instrucción.



# 2. La declaración de la demandante durante el juicio.

- 44. En el juicio, la demandante solicitó ser declarada inocente de todos los hechos que se le imputaban, Declaró que el 4 de marzo de 2004, después de que la patrulla la condujera a comisaria, la habían llevado en primer lugar a una habitación en la que el agente S. había rellenado algunos papeles. Él le dijo que había sido detenida y que se le tomarían las huellas dactilares. Había dejado su chaqueta y su bolso en la habitación. Otro agente, B. la había llevado a otra habitación, donde el agente L. le había tomado las huellas usando tinta. Después había ido al servicio a lavarse la tinta de las manos. Cuando regresó a la primera habitación, le informaron que se le iba a realizar un registro en presencia de dos *attesting* testigos B y K. El agente había registrado su bolso y encontrado dos paquetes envueltos en papel de aluminio que no le pertenecían. La demandante declaró que le habían tomado las huellas antes y después del registro y que solo habían grabado la segunda vez que se las tomaron.
- 45. La demandante además declaró que un policía le había interrogado en ausencia de letrado y que, entonces habían decidido detenerla. Además, declaró que le habían amenazado con causarle malos tratos sino firmaba un acta de su interrogatorio. Durante los días siguientes, fue golpeada por los policías que la habían interrogado, pero a pesar de ello, continuó negando cualquier implicación en actividad terrorista alguna.
- 46. La demandante declaró que los dos paquetes encontrados en su bolso no le pertenecían, que la policía los había puesto allí y que nunca había incitado a V. y a Ku. a cometer ningún ataque terrorista. Cuando el fiscal le preguntó si no había notado que su bolso era más pesado de lo que lo era antes del registro, contestó que no había notado nada que le llamara la atención.
- 47. Declaró además que las seis fotografías de la escalera mecánica que habían sido incautadas en su piso, las habían sacado ella. Pero que, había estado fotografiando personas al azar en el centro comercial más que concretamente la escalera mecánica, y que lo había hecho únicamente como pasatiempo.
- 48. La demandante admitió haber escrito la nota que fue incautada en su apartamento, pero señaló que la había copiado de un texto de internet porque le había gustado y simplemente quería guardar una copia. El abogado de la demandante alegó que sus palabras habían sido malinterpretadas y que no había nada en ellas que demostraran ninguna conexión con actividades terroristas.
- 49. En ciertos pasajes de su declaración la demandante mencionó incidentalmente a A, señalando que no había tenido una relación personal con él, pero que la había ayudado a encontrar alojamiento de forma gratuita. Además, él le llamaba por teléfono, le había regalado dos libros de historia americana de



Paul Klebnikov y le dijo que siguiera las órdenes de los de los agentes cuando fue detenida.

- 3. Petición relativa a la reproducción de las cintas de video en el acto de la vista
  - 50. El 13 de enero de 2005, durante el último día de la fase probatoria del juicio, el abogado de la demandante U. solicitó que se reprodujeran las cintas de video. La parte más relevante de la grabación del juicio tiene el siguiente contenido:

"Abogado U: Solicito que se reproduzcan las cintas, dado que la acusada señala que hay muchas discrepancias entre la grabación y las transcripciones, también solicitó que se llame a un intérprete para la traducción del dialecto y el visionado de la videocasete 5-489c.

La acusada y los abogados: Ninguna objeción.

**Fiscal:** No estimo que sea necesario llamar a un intérprete, dado que las conversaciones grabadas han sido ya transcritas. Respecto las demás pretensiones, estoy de acuerdo.

El tribunal decidió estimar la petición de la defensa y visionar la cinta 5-489c, pero desestimó la pretensión relativa a la citación de intérprete.

[ la grabación fue visionada durante 30 minutos]

Abogado U preguntó a la acusada: ¿Tuvieron lugar estas conversaciones?

La acusada: No veo nada ilegal en ellas.

- 51. De acuerdo con las actas del juicio, la defensa no planteó más peticiones ni quejas relativas a la calidad de la videograbación o la manera en la que la cinta fue reproducida.
- 4. Peticiones relativas a la audiencia del testigo A. y de los testigos B. y K.
  - 52. Inmediatamente después del visionado de la grabación, el abogado de la demandante S. presentó oralmente solicitud de que se citará a los testigos B. y K. y al policía A.. La parte más relevante de la grabación del juicio tiene el siguiente contenido:

"Abogado S.: Solicito sean citados los *attesting* testigos que estuvieron presentes durante el registro de Murtazaliyeva, esto es, B. y K. para determinar las circunstancias relevantes [y] si los explosivos plásticos fueron o no colocados.

Abogado U: Me adhiero a la petición.

**Acusada:** No niego que los explosivos plásticos fueran incautados en presencia de los testigos, pero mantengo que fueron colocados por los agentes de policía antes de mi registro personal. Tampoco insisto en la pretensión de que estos testigos sean llamados, pero si los abogados lo consideran necesarios estoy de acuerdo con ellos.

**Fiscal:** Me opongo, porque la acusada fue interrogada y ha declarado que la grabación se llevó a cabo sin ninguna vulneración de la ley (...)

El tribunal desestimó la petición de citación de los *attesting* testigos.



**Abogado S.:** Solicito sea citado el testigo A.

[El Juez único informó a las partes que el testigo A. se encontraba fuera de Moscú en una misión profesional y no podría comparecer en la vista]

Fiscal: Solicito entonces que sea leído el testimonio prestado por A en fase de instrucción.

Abogado U. Ninguna objeción.

Abogado S.: Estoy de acuerdo con la lectura de su declaración.

Acusada: Ninguna objeción.

El tribunal decidió de acuerdo con el artículo 281 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, con la conformidad de las partes dar lectura a las declaraciones realizadas por A. en fase de instrucción.

[ Se da lectura a la grabación del testimonio de A.]

El Fiscal pregunta a la acusada: ¿Está de acuerdo con las afirmaciones del testigo A. que acaban de ser leídas?

**Acusada:** Estoy de acuerdo parcialmente con sus afirmaciones, pero no estoy conforme con la afirmación de que no tuviera contacto con las chicas en mi ausencia o con que solo mantuviera contacto telefónico conmigo".

# 5. Fin de la fase probatoria.

- 53. Inmediatamente después, la defensa solicitó como prueba la audiencia de testigos sobre el carácter de la acusada, así como el examen de sus registros telefónicos y que se llevara a cabo un informe forense psiquiátrico de las testigos V. y Ku; ambas pretensiones, fueron inadmitidas por el tribunal. La defensa realizó alegaciones al respecto.
- 54. El juez presidente del tribunal preguntó a las partes si deseaban continuar con la fase probatoria. Aprovechando esta oportunidad, la acusación solicitó la lectura de extractos del diario de la demandada, la defensa solicitó que tal pretensión fuera desestimada.
- 55. Después de considerar las pretensiones anteriormente mencionadas, el juez volvió a preguntar si las partes estaban preparadas para presentar sus conclusiones finales a pesar de la incomparecencia de ciertos testigos. No hubo objeciones ni de la acusación ni de la defensa, por lo que, el tribunal cerró la fase probatoria y conforme a la petición de la defensa aplazó la presentación de las conclusiones finales del procedimiento al 17 de enero de 2005.
- 6. Las conclusiones finales de las partes y la condena de la demandante.
  - 56. El fiscal en sus conclusiones finales, recapituló todos los elementos de prueba poniendo de relieve las incoherencias en las alegaciones de la demandante que por un lado proclamaba su inocencia y por otro, solicitaba que se declarara la



ausencia de hechos constitutivos de infracción penal (desde ambos puntos de vista, *actus reus y mens rea-* es decir, elementos objetivos y subjetivos del tipo). La fiscal solicitó al tribunal que la declarara culpable de todos los hechos que se le imputaban y la condenara a 12 años de prisión.

57. La acusada y sus abogados U y S en sus conclusiones finales mantuvieron que la demandante era inocente y que la acusación no había logrado probar su culpabilidad. Expusieron su propia versión de los hechos, alegando que lo esencial del caso presentado por la acusación estaba basado en una mala interpretación de las conversaciones de la demandante y de sus actos y que, los explosivos fueron colocados en su bolso por la policía. El discurso del letrado incluyo la siguiente declaración, para describir la postura de la demandante sobre el conflicto en Chechenia y la religión: "Considero que, en todo este caso, es un montaje de las fuerzas del orden contra Murtazaliyeva". Por su parte, las alegaciones finales de la demandante contenían la parte relevante que se señala a continuación:

"en lo que concierne a las conversaciones en el apartamiento muchas cosas no cuadran, ya lo he dicho en el juicio oral. Solicité en forma una confrontación con A., que no ha comparecido. No reconozco mi culpabilidad en la comisión de ninguno de los hechos imputados..."

La defensa en sus conclusiones hizo referencias aisladas a que los explosivos habían sido colocados por la policía en el bolso de la demandante, pero no hizo de nuevo referencia a la tesis de la doble toma de huellas ni a que la demandante perdió de vista sus pertenecías durante la primera de ellos, antes del registro ni a ninguna cuestión relativa al modo de elección o a la intervención de los dos *attesting* testigos.

- 58. El 17 de enero de 2005 el tribunal condenó a la demandante por preparación de actos de terrorismo (una explosión), por incitar a otros a cometer actos de terrorismo y por transportar explosivos. La condenó a 9 años de prisión. El tribunal valoró las siguientes pruebas:
  - i. Las declaraciones prestadas por V. y Ku. en fase de instrucción y en fase de juicio oral, así como las actas de los careos con la demandante en fase de instrucción.
  - ii. Las declaraciones de los agentes de policía S.,I.,P.,B.,y Ke., prestadas en fase de instrucción y de juicio oral; así como las actas de los careos con la demandante en fase de instrucción.
  - iii. Las actas del registro llevado a cabo en el apartamento de la demandante y de su registro personal.
  - iv. El informe de la policía científica sobre los explosivos.
  - v. Seis fotografías de la escalera mecánica del centro comercial, incautadas en el apartamento en el que vivía la demandante, así como el informe de una inspección realizada en los locales de este.



- vi. La nota manuscrita que contenía frases extremistas incautada en el apartamento en el que vivía, y el informe caligráfico sobre esta realizado por la policía científica.
- vii. Las transcripciones de las cintas de video grabadas en el apartamento.
- viii. La declaración de A. prestada en fase de instrucción.
- ix. Las declaraciones de otros testigos presentados por la acusación durante el juicio.
- x. La declaración de otros testigos de descargo presentados por la defensa y oídos en el juicio, las referencias a la personalidad de la demandante provenientes de sus lugares de residencia, estudios o de trabajo.
- 59. La sentencia solo hacía referencia a las declaraciones de A. en una parte, que señalaba lo siguiente:

"El testigo A. (un agente de policía) declaró que a finales de diciembre de 2020 estableció una relación de confianza con Murtazaliyeva, por orden de sus superiores; ella le presentó a sus amigas Ku. y V. quienes se habían convertido al Islam, voluntariamente. Debido a los problemas de alojamiento de Murtazaliyeva, con la ayuda de las autoridades policiales, le proporcionaron una habitación en una residencia a la que se mudó con sus amigas a comienzos de febrero de 2004; en la noche del 4 de marzo de 2004 Murtazaliyeva llamó a A. y le comunicó que la policía la había parado para pedirle su documentación y realizar un control de su identidad y que le habían pedido que los acompañara a comisaría. Él le recomendó seguir las instrucciones de los agentes."

A diferencia de la valoración que había realizado con el testimonio de otros testigos, el tribunal no contrastó las declaraciones de A con las de los otros testigos y no se refirió a ellas para apoyar ninguna de sus conclusiones.

60. La sentencia contenía un detallado análisis de las declaraciones prestadas por V y Ku., las compañeras de piso de la demandante; en el juicio oral y en fase de instrucción, así como de las actas de los careos realizados en fase de instrucción con ella. El tribunal aceptó las declaraciones en fase de instrucción de V. y Ku. y las prestadas en el acto de la vista por V, por considerarlas fundadas y convincentes porque además eran coherentes y compatibles con el resto de la prueba practicada. Sobre el cambio de testimonio de Ku. en el acto del juicio, el tribunal lo consideró como una estrategia para ayudar a la demandante y no las tuvo en cuenta. El tribunal señaló a que Ku. asistida por un abogado defensor, había sido preguntada reiteradamente durante la instrucción y que, además, nunca se había quejado de haber sido objeto de presión o coacción por las autoridades que llevaban a cabo la investigación. Cuando fue preguntada en el juicio oral no contradijo el hecho de que sus declaraciones en fase de instrucción hubieran sido prestadas voluntariamente y sin ninguna influencia física ni psicológica. Ku. no proporcionó ninguna razón al tribunal para que considerase que sus declaraciones previas fueran falaces. Además, señaló en el juicio que después de una conversación con el abogado de la demandante se había quejado formalmente sobre presión psicológica



durante el interrogatorio pero que posteriormente se había retractado de esta, por no ser cierta.

- 61. El tribunal examinó y desestimó la queja de la demandante relativa a que los explosivos habían sido colocados en su bolso, se refirió al testimonio de los agentes de la patrulla y de los agentes de la comisaría que habían negado dichas alegaciones y, en el hecho de que, de acuerdo con el informe oficial, el registro de la demandante había sido anterior a la toma de huellas y que, no existía ninguna prueba de que dichas huellas hubieran sido tomadas dos veces, tal y como la demandante había manifestado.
- 62. El tribunal entendió, además, que la demandante tenía forzosamente que haber redactado el texto de la nota manuscrita y que, no lo había copiado de una página web islamista, como había afirmado, dado que la nota contenía modificaciones y correcciones.

#### D. Recursos de Apelación y revisión.

63. La demandante y sus abogados apelaron contra la condena. Las alegaciones en apelación presentadas por el abogado de la defensa contenían el siguiente extracto:

"... durante el juicio oral, 15 o 16 cintas de video que contenían grabaciones sobre la vigilancia secreta no fueron visionadas y, tenían un valor probatorio significativo porque su comparación con el testimonio de Murtazaliyeva y el de las testigos clave de la acusación V. y Ku. podrían haber tenido una incidencia considerable en la condena.

Murtazaliyeva se quejó y continúa quejándose en apelación de que había discrepancias entre estas grabaciones de video y las transcripciones. Durante el visionado selectivo de una de las cintas, fue privada por razones técnicas de la posibilidad de señalar incoherencias.

El juez no tuvo en consideración mi pretensión de examinar al agente de policía A. como testigo y no se pronunció sobre la misma. Se limitó a decir que el testigo A. estaba en una misión de trabajo fuera de Moscú y que no podría comparecer. Al tiempo de presentar esta apelación, en el expediente no existe ninguna prueba documental sobre dicha información.

El tribunal rechazó interrogar a los *attesting* testigos B. y K.; que habían estado presentes durante el registro personal de Murtazaliyeva, lo que considera irrazonable. [La demandante insistió en que los explosivos plásticos fueron colocados en su bolso por los agentes de policía]. Nadie parece recordar quien convocó a estos testigos, por qué medios o en qué momento...

De acuerdo con las declaraciones del testigo A. leídas durante el juicio oral y mencionadas en la sentencia del tribunal, él habló por teléfono no solo con la demandante sino también con los agentes de policía que la detuvieron; [no se trataba de los agentes de policía interrogados durante el juicio, dado que estos últimos, no mencionaron haber hablado con A. en ninguna de sus múltiples declaraciones prestadas en fase de instrucción y de juicio oral]. Por todo ello, el testimonio de A. contradice el testimonio de los agentes de policía y confirma la tesis defendida por la demandante relativa a que fue arrestada por otros agentes cuando iba a salir de su lugar de trabajo..."

64. En su escrito de apelación el abogado U., señaló que la defensa había solicitado la comparecencia de A. como testigo de la defensa y de la acusación, sin embargo, la petición había sido desestimada por el tribunal



- haciendo referencia a su ausencia, dato que no había sido corroborado con ninguna prueba documental.
- 65. El 17 de marzo de 2005 el Tribunal Supremo de Rusia confirmó la sentencia, pero redujo la condena de la demandante a 8 años y 6 meses de prisión.
- 66. El Tribunal Supremo mantuvo que la cinta de video había sido visionada a petición de la defensa y que no hubo objeciones o quejas, incluyendo que la queja relativa al hecho de la falta de proyección de la totalidad de las cintas no había sido planteada al Tribunal Supremo cuando las cintas habían sido reproducidas.
- 67. El Tribunal Supremo además consideró que, el interrogatorio de A. no había sido posible debido que se encontraba ausente por una misión de trabajo y que, su declaración en fase de instrucción había sido leída con el consentimiento de la defensa de acuerdo con el artículo 281 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Y, en lo relativo a los dos testigos B. y K. su comparecencia en persona no era necesario dado que el demandante se había quejado de que los explosivos habían sido colocados en su bolso antes de su llegada. En todo caso, la defensa estuvo conforme en que se abriera la fase de presentación de conclusiones finales y no presentó ninguna objeción adicional sobre la realización de otras pruebas de descargo.
- 68. En junio de 2005, el abogado de la demandante presentó un recurso de revisión refiriéndose entre otros motivos, a la falta de citación e interrogatorio del testigo A. y de B. y K. por parte del tribunal. Este motivo de revisión, sobre los actos preparatorios de un delito que consiste en reunir, fabricar, utilizar los medios o armas que sirven para la comisión de una infracción penal y solicitar a los cómplices o conspirar con la intención de cometer un delito o todo acto otro acto dirigido deliberadamente a la facilitación de la comisión de un delito incluso si dicho delito no ha sido cometido debido a circunstancias independientes de la voluntad de su autor, su parte más relevante señalaba a A. como "un testigo clave" quien, había seguido las instrucciones de sus superiores y había "cubierto" a la demandante durante más de dos meses, proporcionándole un trabajo y alojamiento y , controlando sus acciones y movimientos, incluida su detención. En lo que concierne a los testigos se señalaba que "su interrogatorio podría haber resuelto contradicciones significativas en las declaraciones y podía haber servido como base para corroborar o refutar las circunstancias inmediatamente anteriores al registro".
- 69. El 13 de septiembre de 2005 el Tribunal Supremo rechazó este recurso.

#### II. DERECHO INTERNO PERTINENTE

#### A. Código Penal Ruso



70. El Código Penal de la Federación rusa de 13 de junio de 1996, que entró en vigor el 1 de enero de 1997, enumera una lista numerus clausus de actos penalmente perseguibles y regula todos los aspectos sustantivos de la ley penal en Rusia

#### Artículo 30. Actos preparatorios y tentativa de delito

"1. Los actos preparatorios consisten en reunir, fabricar o utilizar, los medios u armas [que sirvan para la comisión] de una infracción penal, en solicitar a otros copartícipes o cómplices o en conspirar con la intención de cometer un delito o cualquier otro acto tendente deliberadamente [a facilitar su comisión] incluso si ese delito no llega a cometerse por circunstancias independientes de la voluntad de su autor (...)"

#### Artículo 205. Terrorismo

"1.[El terrorismo, es decir] el hecho de provocar una explosión, un incendio o cualquier acto que ponga en peligro la vida de personas, cause daños materiales considerables o entrañe otras consecuencias peligrosas para la sociedad, si este hecho tiene por objetivo amenazar la Seguridad Pública, a la población o influenciar las decisiones de las autoridades o la amenaza de cometer estos actos con los mismos propósitos, será castigado con pena de prisión de 8 a 12 años..."

# Artículo 205.1 Inducción al terrorismo u otras formas de instigación para cometer actos de terrorismo

"Inducir a una persona a cometer los delitos previstos en los artículos 205, 206, 208, 211, 277 y 360 del presente Código o, buscar la participación de una persona en actividades de una organización terrorista, proporcionar armas o instruir a una persona para la comisión de alguno de los delitos especificados, así como financiar el terrorismo o a una organización terrorista, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años..."

# Artículo 222. Adquisición, transferencia, venta, almacenamiento, trasporte o porte ilegal de armas de fuego, sus principales componentes, munición, explosivos y artefactos explosivos"

"La adquisición, transferencia, venta, almacenamiento, trasporte o porte ilegal de armas de fuego, [o de ] sus principales componentes, munición... explosivos y artefactos explosivos será castigado con pena "limitativa" de libertad de hasta tres años, o pena de "detención" de hasta seis meses o privativa de libertad de hasta cuatro años con o sin imposición de multa de hasta 80.000 rublos o tres meses de salario (u otro ingreso) de la persona condenada"

# B. Ley de Enjuiciamiento Criminal Rusa ("CCrP")

71. La Ley de Enjuiciamiento Criminal de la Federación Rusa de 18 de diciembre de 2001 que entró en vigor el 1 de julio de 2002, regula los aspectos procesales de los juicios penales en Rusia.

#### Artículo 53 Facultades del abogado defensor

"1. Desde el momento de personación del abogado defensor en el expediente tiene el derecho de...

...



- (5) intervenir en los interrogatorios del acusado, así como en otros actos de investigación con la participación del acusado, y plantear pretensiones por su propia iniciativa o en la del acusado.
- (7) tener conocimiento de todos los elementos del expediente penal una vez finalizada de la fase de investigación previa al enjuiciamiento.
  - (8) Presentar incidentes o peticiones de índole procesal o demandas de recusación...
- 2. En todo lo relacionado con una medida de instrucción, el abogado de la defensa formará parte y tendrá el derecho a proporcionar consejo legal al acusado en presencia del investigador, a formular preguntas a las personas interrogadas con el permiso del investigador y a formular observaciones escritas sobre la exactitud o la exhaustividad de estas diligencias de investigación. El investigador puede rechazar formular al acusado las preguntas propuestas por el abogado de la defensa, pero debe dejar constancia de ello en las actas de la diligencia de investigación."

#### Artículo 56 Testigos

"1. Un testigo es una persona que puede tener conocimiento de hechos relevantes para la investigación y resolución de un caso penal y que es citado a declarar...

. . .

7.Si un testigo no comparece sin causa justificada, su comparecencia puede ser acordada coercitivamente"

#### **Artículo 60 Testigos (Attesting)**

- "1. Un testigo es una persona que no tiene interés en la resolución del caso penal y que es "invitada" por el investigador para que certifique que una medida de investigación ha sido ejecutada, así como su naturaleza, desarrollo y resultado.
- 2. No pueden ser testigos:
- 1.Los menores
- 2. Las personas que hayan intervenido en el caso, sus parientes próximos y sus padres
- 3. Agentes de la ley investidos de facultades de investigación criminal.

#### Artículo 119 Personas autorizadas a formular peticiones procesales

"1. El investigado, acusado, su abogado defensor, la víctima, su representante legal o su representante en juicio, la acusación particular, peritos, así como el actor civil, el responsable civil y sus representantes, pueden presentar peticiones para que se lleven a cabo actos procesales o para que se tomen decisiones de carácter procesal en orden a fijar las circunstancias relevantes del caso, para garantizar los derechos e intereses legítimos del peticionario..."

# Artículo 120. Presentación de peticiones procesales.

- "1. Una petición procesal puede ser presentada en cualquier momento durante el transcurso del procedimiento penal, una petición escrita será unida al expediente y una petición oral será reflejada en la transcripción del acto de instrucción o de la audiencia del juicio oral
- 2. La desestimación de una petición procesal, no limita el derecho del peticionario de volver a presentar la misma petición."

#### Artículo 192. Careo- Confrontación



- "1. Si el testimonio de las personas previamente interrogadas contiene contradicciones significativas, el investigador puede dirigir un careo...
- 2. El investigador preguntará a las personas que forman parte del careo si se conocen unos a otros y sus relaciones. Serán preguntadas por turnos, para declarar sobre las circunstancias en relación con las cuáles se haya fijado el objeto del careo. Una vez prestadas, el investigador puede formular preguntas a cada uno de ellos. Las personas que forman parte del careo pueden, además, con el permiso del investigador, formularse preguntas unos a otros."

#### Artículo 235 Petición para excluir un elemento de prueba.

"1. Las partes pueden pedir al tribunal que excluya alguna de las pruebas que hayan sido presentadas ante él.

. . .

4. Cuando el acusado solicite la exclusión una prueba por haber sido obtenida con violación de las previsiones contenidas en el Código Penal, el fiscal tiene la carga de probar la ausencia de dicha violación. En todos los demás casos, la carga de probar la violación incumbe a la parte que la denuncia.

#### Artículo 240 Inmediación y publicidad (Examen de las pruebas)

- "1. Con carácter general, las pruebas son presentadas en el acto del juicio, el tribunal escuchará al acusado, a la víctima y a los testigos y, examinará las pruebas materiales...
- 2. La lectura de las declaraciones practicadas en instrucción solo está permitida bajo [el artículo 281 del Código]..."

#### Artículo 260 Objeciones relativas al [contenido de]las actas del acto del juicio oral.

- "1. Las partes pueden formular objeciones al contenido de las actas de la vista en el plazo de tres días desde su recepción.
- 2. Las objeciones serán examinadas por el presidente del tribunal inmediatamente. Si lo considera necesario mandara citar a quienes la hayan presentado para aclarar su contenido.
- 3. Después de su examen el presidente adoptará la decisión por la que acordará estimar la corrección propuesta o la desestimará. La decisión del presidente será unida a las actas del juicio."

### Artículo 271 Presentación de peticiones y su resolución

"1. El presidente verificará si las partes habían solicitado la citación de nuevos testigos, peritos, o especialistas, la presentación de nuevas pruebas o documentos o la exclusión de las que hayan sido obtenidas con violación de alguna de las disposiciones del código. La persona que haya presentado esta petición debe motivarla.

...

3. La persona cuya petición sea desestimada tiene derecho a presentarla de nuevo durante el curso del procedimiento."

#### Artículo 281 Lectura de las declaraciones de víctima o testigo.



- "1. La lectura de las declaraciones prestadas en fase de instrucción por la víctima o testigos en el juicio solo será permitida con el consentimiento de las partes en el caso de la ausencia (неявка) de la víctima o del testigo ante el tribunal, excepto bajo las circunstancias establecidas en el párrafo segundo de este artículo.
- 2. En caso de incomparecencia de la víctima o el testigo al acto del juicio oral el Tribunal puede de oficio o a petición de parte, decidir dar lectura a las declaraciones prestadas previamente, en caso de:
- (1) muerte de la víctima o el testigo.
- (2) grave enfermedad que le impida comparecer en juicio.
- (3) cuando se trate de un residente en el extranjero y rehúse comparecer en juicio.
- (4) cuando no pueda comparecer debido a una catástrofe natural o circunstancias excepcionales que se lo impidan..."

#### Artículo 291 Fin de la fase probatoria en el juicio oral

"1. Al final de la fase probatoria, el presidente preguntará a las partes si desean realizar alguna petición adicional. Si alguna fuera presentada el tribunal deberá examinarla y resolverla..."

#### Artículo 294 Reapertura de la fase probatoria por el tribunal

"Cuando, ante el tribunal, se pongan de manifiesto nuevos elementos probatorios relevantes para el proceso penal al tiempo de las conclusiones finales o durante el derecho a la última palabra del acusado o, cuándo se solicite el examen de nuevos elementos probatorios en este momento procesal, el tribunal puede reabrir la fase probatoria. Al finalizar, ordenará la reanudación de la fase de conclusiones finales y dará al acusado la posibilidad de ejercitar su derecho a la última palabra"

# III. LEGISLACIÓN INTERNACIONAL Y JURISPRUDENCIA PERTINENTES.

# A. Los Tribunales Penales Internacionales de la ONU.

- 72. El Tribunal Penal Internacional de Ruanda (TPIR) y el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY), actuando en primera instancia o en apelación en asuntos penales individuales, han dado lugar a una importante jurisprudencia y desarrollado principios generales relativos a diversos aspectos del proceso penal incluido el examen de testigos.
- 73. En el asunto *El Ministerio Fiscal c. Krstić* (Sentencia relativa a las citaciones, Caso nºIT 98-33-A. 1 julio 2003) la Sala de Apelaciones del TPIY tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre peticiones de examen de nuevos testigos en segunda instancia. Estableció lo siguiente en relación con los principios generales que presiden las declaraciones testificales y sus citaciones:

"10. El artículo 54 [ del Reglamento de procedimiento y prueba] permite al juez o al tribunal de primera instancia dictar las resoluciones que sean necesarias para la



preparación o conducción del proceso. Esta potestad incluye claramente la posibilidad de librar citaciones cuando la asistencia sea necesaria para la preparación o celebración del juicio. Una citación para comparecer, de acuerdo con el artículo 54, resultará necesaria, si se presenta un motivo legítimo para proceder al interrogatorio. El peticionario antes o durante el juicio debería demostrar que existen motivos razonables para creer que tal testigo podrá proporcionar información valiosa para su defensa, sobre cuestiones que estén claramente determinadas y resulten relevantes para el juicio que vaya a celebrarse.

- 11. La valoración de la probabilidad de que ese futuro testigo sea capaz de dar información que materialmente podría ayudar a la defensa, en su caso dependerá en gran medida, de la posición mantenida por el testigo en relación con los hechos en cuestión, cualquier relación que pueda tener o haya tenido con el acusado que sea relevante para los hechos imputados y, la oportunidad que pueda razonablemente pensarse que tenga o haya tenido de observar aquellos hechos (o de tener conocimiento de estos) y cualquier declaración que haya sido hecha por éste a la acusación o a terceros en relación con tales hechos. Este criterio debería ser aplicado en una forma razonablemente flexible, al igual que en relación con las solicitudes para acceder a material confidencial, la defensa no estará autorizada a emprender en una campaña prospectiva para tantear si dispone de información, en la que el solicitante ignora si la persona dispone de informaciones pertinentes, pero solicita de todas formas que sea interrogada con el único propósito de descubrir de si dicha persona dispone de información que pudiera serle útil."
- 74. En el caso *El Ministerio Fiscal c.Halilović* (Sentencia sobre el la emisión de citaciones, Caso nº. IT-01-48-AR73, 21 junio 2004) el TPIY, Sala de apelaciones señaló que un demandante debe demostrar que existen motivos razonables para creer que el testigo podrá proporcionar información valiosa para su defensa, sobre cuestiones que estén claramente determinadas y resulten relevantes para el juicio que vaya a celebrarse. Además, subrayó, en relación con jurisprudencia ya establecida que "La Sala de primera instancia goza de un poder discrecional para determinar si el solicitante ha cumplido estos requisitos (de demostrar que existen motivos razonables). Esta discrecionalidad deviene necesaria para velar porque esta medida coercitiva de librar citaciones de oficio no se utilice de forma abusiva" y que "no deben librarse citaciones a la ligera, dado que implica la necesidad de recurrir a medidas coercitivas y puede conllevar la imposición de sanciones penales" (ibidem- véase §6). Proporcionó además indicaciones que pueden guiar el proceso judicial de toma de decisiones en esta materia:
- "7. Para decidir si el demandante ha alcanzado el umbral probatorio, la Sala de Primera Instancia puede considerar adecuadamente tanto si la información que el demandante pretende obtener mediante la citación es necesaria para la preparación de su caso como si esta información puede obtenerse por otros medios. El principio sustantivo que informa ambas consideraciones es si, como exige el artículo 54, la emisión de la citación es necesaria "para la preparación o el desarrollo del juicio". Las consideraciones de la Sala de Primera Instancia, por lo tanto, deben centrarse no sólo en la utilidad de la información para el solicitante, sino también en su necesidad general para garantizar que el juicio sea informado y justo".

. . .



- 10... Al ser un mecanismo judicial coercitivo, respaldado por la potestad de imponer sanciones penales en caso de incumplimiento, la citación es un instrumento que debe utilizarse con moderación. Si bien una Sala de Primera Instancia no debe dudar en recurrir a este mecanismo cuando sea necesario para obtener información de importancia para el caso y para garantizar que el acusado cuente con los medios suficientes para recopilar la información necesaria para la presentación de una defensa eficaz, debe evitar que la citación se convierta en un mecanismo utilizado de manera rutinaria como parte de la táctica del juicio. ... Una citación implica el uso del poder judicial de obligar, y como tal, debe utilizarse cuando sirva a los intereses generales del proceso penal, no cuando simplemente facilite la tarea de una parte en el litigio. Si este fuera la conclusión a la que llegase la Sala de Primera Instancia, la inadmisión de la solicitud de citación sería correcta."
- 75. En El Ministerio Fiscal c. Martić (Sentencia de apelación que revoca la de primera instancia sobre la prueba testifical de Milan Babić, Case no. IT-95-11-AR73.2, 14 septiembre 2006) el TPIY Sala de Apelación, examinó extensamente los principios aplicables al interrogatorio de testigos en el juicio. Haciendo referencia a su propia jurisprudencia, así como a la del Tribunal (TEDH), reconoció que los tribunales de primera instancia tienen la competencia para decidir sobre la admisibilidad de las pruebas, así como para definir las modalidades de careo y el ejercicio de este derecho por la defensa resaltó además que esta deferencia, está justificada en el reconocimiento a las salas de primera instancia "de un conocimiento más profundo sobre el comportamiento cotidiano de las partes y de las exigencias prácticas del caso", La Sala de apelaciones subrayó que el derecho del acusado a un interrogatorio de un testigo, efectuado respetando el principio de contradicción de ambas partes de un testigo no es absoluto y que, el derecho a un juicio justo no debe ser únicamente predicado en relación al acusado, sino que implica que la totalidad del procedimiento debe ser llevado a cabo con un total respeto a los derechos procesales y, ciertas restricciones en el derecho a un interrogatorio no implican necesariamente una violación necesariamente incompatibles con el derecho a un juicio justo (ibid. §§ 6, 12).
- 76. En lo que respecta a los principios de este Tribunal (TEDH) relativos a la examinación cruzada de testigos, la Sala de apelaciones estableció lo siguiente:
  - "20. La Sala de Apelaciones observa, en cualquier caso que, los dos principios que la Sala de Primera Instancia extrajo de la jurisprudencia del TEDH; a saber, que (1) la ausencia total o la deficiencia en el interrogatorio contradictorio de un testigo no conducirá automáticamente a la exclusión de la prueba, y (2) que una declaración que no han sido objeto de este interrogatorio y que se refiere a los actos y a la conducta del acusado o que son fundamentales para el caso de la Fiscalía requerirán corroboración si se utilizan para fundamentar una condena; son coherentes con la jurisprudencia del Tribunal Internacional, así como con la de las jurisdicciones nacionales"
- 77. En *El Ministerio Fiscal c. Edouard Karemera y Matthieu Ngirumpatse* (Sentencia sobre la petición de Matthieu Ngirumpatse de citar al testigo YLH, Case no. ICTR-98-44-T, 29 de diciembre 2010) el TPIR, sala de primera instancia, al resolver



sobre si las declaraciones escritas de determinados testigos debían ser admitidas como prueba y si esos testigos debían ser citados para comparecer en juicio, mantuvo los siguientes principios:

- "12. Para que una declaración escrita sea admitida ... debe comprobarse que la declaración no contiene referencias a los actos y la conducta del acusado tal y como se alega en el escrito de acusación y que satisface los criterios establecidos en el artículo 89(C), a saber, que es pertinente y tiene valor probatorio ... Incluso cuando una declaración satisface todas estas condiciones, una Sala debe ejercer su potestad soberana para admitir dicha declaración teniendo en cuenta la necesidad primordial de garantizar un juicio justo. ... [Aun cuando una Sala considere que una declaración es admisible, también deberá determinar si la admite en su totalidad o en parte y si exige que el testigo comparezca para que pueda ser interrogado por todas las partes, contradictoriamente. Además de los elementos relacionados con un juicio justo, otro factor relevante consiste en determinar si la prueba se refiere a una cuestión que reviste aún importancia para las partes, en contraposición a una cuestión periférica o marginalmente relevante."
- 78. En *El Ministerio Fiscal c. Orić* (Resolución de trámite relativa a la duración de la audiencia de testigo de la defensa, Caso nº . IT-03-68-AR73.2, 20 de julio de 2005), el TPIY en su Sala de Apelaciones, estableció los siguiente sobre el derecho a paridad de armas en el llamamiento y audiencia de testigos:
  - "12. La Sala de Apelaciones ha reconocido desde hace tiempo que "el principio de igualdad de armas entre el fiscal y el acusado en un juicio penal es el núcleo de la garantía de un juicio justo". Como mínimo, "la paridad de armas obliga a un órgano judicial a garantizar que ninguna de las partes esté en desventaja al presentar su caso", ciertamente en términos de equidad procesal. Esto no quiere decir, sin embargo, que un acusado tenga necesariamente derecho a la misma cantidad de tiempo o al mismo número de testigos que la Fiscalía. La Fiscalía tiene la carga de contar una historia completa, de construir una narrativa coherente y de probar cada uno de los elementos constitutivos de los delitos imputados, más allá de toda duda razonable. La estrategia de la defensa, por el contrario, consiste a menudo en centrarse en fallos argumentales en el caso presentado por la acusación, una carga que puede requerir menos tiempo y menos testigos. Esto es razón suficiente que explica por qué, es un principio de proporcionalidad básica, más que un principio estricto de igualdad matemática, el que rige generalmente la relación entre el tiempo y el número de testigos asignados a cada una de las dos partes"

La sala de Apelaciones del TPIR resolvió en el mismo sentido en el caso *El Ministerio Fiscal c. Nyiramasuhuko et al. (Butare)* (Sentencia sobre las listas de testigos, Caso no. ICTR-98-42-AR73, 21 agosto 2007, § 26).

#### B. Corte Interamericana de Derechos Humanos

79. La Corte Interamericana de Derechos Humanos resuelve demandas individuales basadas en la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969. Dicho Convenio establece los siguiente en relación con el derecho a interrogar a testigos:



- 1. Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella ...
- 2...Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
- f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, u otras personas, que puedan arrojar luz sobre los hechos"
- 80. En Canese c. Paraguay (Sentencia de 31 agosto 2004, Series C. nº111 §§164-65) la Corte Interamericana consideró que había existido una violación del derecho a un juicio justo del demandante, porque "debido a una negligencia judicial, no se había practicado ninguna prueba testifical [en el juicio oral], eliminando la posibilidad del Sr. Canese de presentar material probatorio de descargo que pudiera "arrojar luz sobre los hechos". Y durante el procedimiento en primera instancia, después de haber acordado citar a los testigos propuestos por el acusado, el juez revocó esta decisión y declaró concluida la fase probatoria.
- 81. En Norin Catrimán et al. c. Chile (Sentencia de 29 de mayo 2014, Series C n°279, §249) La Corte Interamericana, examinando conjuntamente varias demandas relativas al exclusivo y poco extendido uso de las declaraciones de testigos anónimos en los juicios indicó inter alia, refiriéndose a la jurisprudencia de este Tribunal (TEDH) que el uso de testigos anónimos en sus declaraciones debe estar sujeto a control judicial y ser compensado por las medidas de contrapeso, la valoración de ese testimonio con prudencia y corroboración con ayuda otros elementos probatorios disponibles. En lo referente a uno de los demandantes concluyó que "no había podido servirse de ningún elemento de prueba" para su caso, porque, aunque su específica y motivada petición de citación de dos testigos de descargo que había sido inicialmente admitida por el juez de instrucción no fue ejecutada debido a la negativa de los testigos a comparecer. Dado que no se tomó declaración a dichos testigos y, el demandante fue condenado en base al testimonio de tres testigos anónimos, que tampoco comparecieron en el acto del juicio, la Corte Interamericana entendió que había existido una violación del artículo 8.2 f) del Convenio americano (§§258-59).

# LEGISLACIÓN

- I. PRESUNTA VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 6 § § 1 Y 3 DEL CONVENIO EN LO QUE SE REFIERE AL VISIONADO DE LAS GRABACIONES DE VIDEO.
- 82. El demandante se quejó, en virtud del artículo 6 §§1 y 3 b) del Convenio de su derecho a un juicio justo considerado globalmente en el procedimiento criminal entablado contra ella, considerando que se había visto socavado



porque no había tenido la efectiva oportunidad de ver las cintas de video de las vigilancias secretas que fueron reproducidas en la sala de vistas. El artículo 6 del convenio en su parte más relevante señala lo siguiente

- "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...
- 3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

. . .

- b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa;"
- 83. El Gobierno impugnó este argumento.

# A. La sentencia de la Sala en primera instancia.

- 84. La Sala puso de relieve que nada en el expediente permitía establecer que la demandante, durante el juicio en primera instancia o en apelación, se hubiera quejado de que no había tenido la oportunidad de ver la grabación cuando había sido reproducida. Sin embargo, concluyó que no había lugar a pronunciarse sobre esta cuestión, dado que, en todo caso, la demandante había sido capaz de seguir el proceso (ver apartado §§ 71 y 72 de la sentencia de la Sala) Además, entendió que no era estrictamente necesario ver la grabación, dado que el propósito de la demandante para solicitarla reproducción de la cinta de video en el juicio era verificar la exactitud de las transcripciones y para este fin, escuchar la cinta era suficiente.
- 85. La Sala concluyó por unanimidad que no existía violación del artículo 6 §§1 y 3(b) del Convenio, dado que la defensa no había alegado haber tenido problemas al escuchar las pistas de audio y tampoco impugnó la autenticidad de las grabaciones en sí mismas consideradas (véase apartados §§73 y 74 de la sentencia de la Sala).

# B. Alegaciones de las partes ante la Gran Sala

#### 1. La demandante

86. La demandante no se refirió en su petición de reenvío a la declaración de no violación relativa a la posibilidad de ver las grabaciones de vigilancia reproducidas durante el juicio. Sin embargo, en sus pretensiones ante la Gran Sala, invitó al Tribunal a extraer consecuencias del hecho de que el Gobierno no presentara los planos de la sala de vistas ni las modalidades o sistemas de visualización de la grabación de vídeo. Señalando que, solo una cinta había sido reproducida y que, ella había sido privada de participar efectivamente en su visionado debido a la ausencia de mecanismos de video adecuados. Alegó que todo ello constituía una violación del artículo 6 §§1 y 3(b) del Convenio.

#### 2. El Gobierno



87. El Gobierno sostuvo que los fundamentos de la Sala sobre este hecho no habían sido rebatidos por la demandante en su petición de reenvío y, por tanto, debían ser confirmados. Hizo suyas las conclusiones de la Sala. El Gobierno señaló que la demandante había podido seguir el contenido de la grabación y que no había planteado ninguna objeción relevante o queja durante el juicio. Su declaración en apelación meramente hacía referencia a dificultades técnicas durante el visionado, además tampoco había impugnado la legalidad o la autenticidad de la grabación, ni se había quejado de la calidad de la reproducción porque fuera deficiente. Dado que solo había solicitado la reproducción de la cinta para verificar la autenticidad de la transcripción, su proyección no era necesaria porque había podido escuchar la grabación de audio.

# C. Objeto del litigio ante la Gran Sala

- 88. El Tribunal recuerda que tanto el contenido como el objeto del asunto objeto de reenvío ante la Gran Sala están delimitados por la decisión de la Sala sobre su admisibilidad, lo que significa que la Gran Sala solo puede examinar el caso en tanto que haya sido declarado admisible y no puede entrar a valorar aquellas partes de la demanda que hayan sido declaradas inadmisibles (ver. *Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland* [GS], no. 5809/08, § 78, 21 junio 2016). La queja en cuestión fue declarada admisible aun cuando no formaba parte de la petición de reenvío de la demandante.
- 89. La Gran Sala tiene por tanto competencia para determinar, si la demandante como ella misma afirma, no pudo efectivamente estar presente en la proyección de la cinta de video en el acto de la audiencia y si, en caso afirmativo, la equidad global de su proceso penal ha sido vulnerada e implica una violación del artículo 6 §§1 y 3 b) del Convenio.

#### D. Análisis del Tribunal

- 90. Las exigencias del artículo 6 §3 constituyen aspectos particulares del derecho a un juicio justo garantizado por el artículo 6 §1 del Convenio, el Tribunal examinará la queja desde el punto de vista de estos dos apartados considerados conjuntamente (ver. *Simeonovi c. Bulgaria* [GS], no. 21980/04, § 113, 12 mayo 2017; véase también *Lüdi c. Suiza*, 15 junio 1992, § 43, Series A no. 238; y *Vacher c. Francia*, 17 diciembre 1996, § 22, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-VI)
- 91. El Tribunal recuerda que el artículo 6, considerado como un todo, garantiza el derecho del acusado a participar de forma efectiva en el juicio penal lo que incluye *inter alia* no solo su derecho a estar presente sino también a escuchar y a seguir los debates del procedimiento (ver. *Stanford c. Reino Unido*, 23 febrero 1994, § 26, Series A no. 282-A). El derecho a un juicio penal contradictorio implica que tanto la acusación como la defensa deben tener la oportunidad de conocer y alegar sobre las observaciones presentadas y las pruebas propuestas por la otra parte. La legislación nacional puede colmar esta



exigencia de diversas formas, pero, sea cual sea el método adoptado, debe garantizar que la contraparte esté al corriente de la presentación de observaciones y goce de la posibilidad real de alegar sobre ellas (véase *Zahirović c. Croacia*, no. 58590/11, § 42, 25 abril 2013, y la jurisprudencia en ella citada). Estas facultades deben por tanto beneficiar a todo acusado, incluyendo la posibilidad, a fin de preparar su defensa, de conocer el resultado de las investigaciones llevadas a cabo a lo largo de todo el procedimiento (ver. *C.G.P. c. Países Bajos* (dec.), no. 29835/96, 15 enero 1997; *Galstyan c. Armenia*, no. 26986/03, § 84, 15 noviembre 2007; y *Ibrahimov y Otros c. Azerbaiyán*, nos. 69234/11 y otros 2, § 95, 11 febrero 2016, y la jurisprudencia en ellas citada).

- 92. A la vista del material disponible, de los argumentos presentados por las partes y de los principios expuestos anteriormente, el Tribunal no observa ninguna razón para apartarse de las conclusiones alcanzadas por la Sala.
- 93. Señala que, solo una cinta de video de la vigilancia fue visionada durante el juicio oral y fue proyectada tras la petición de la defensa de reproducir esta cinta concreta a fin de verificar la exactitud de la transcripción (ver apartado 50 *ut supra*) No se presentó por la defensa, petición alguna para que el resto de las cintas de vídeo fueran visionadas como tampoco se discutió que las cintas estuvieran disponibles para ser examinadas por el tribunal si las partes lo hubieran pedido. Además, las transcripciones de las conversaciones grabadas en esas cintas estaban incluidas en el expediente penal y disponibles para su examen.
- 94. En lo relativo a la alegación sobre las dificultades técnicas existentes durante el visionado de la cinta mencionadas por la demandante en su escrito de apelación (ver apartado 63 *ut supra*) la demandante no explica ni a los tribunales nacionales ni a este Tribunal cuáles eran dichas dificultades. Además, la grabación del juicio y otros documentos del expediente no contenían ninguna indicación de que la demandante se hubiera quejado de la calidad de la pista de audio de la cinta. El hecho de que el Gobierno no haya proporcionado planos de la sala de vistas o de los sistemas de visionado de video existentes, subraya el Tribunal, no puede por sí misma servir como fundamento para extraer ninguna conclusión sobre la falta de equidad del procedimiento denunciada por la demandante.
- 95. El Tribunal está convencido de que la demandante pudo efectivamente asistir al visionado de la cinta en condiciones que le permitieron satisfacer sus necesidades procesales, a saber, comprobar la exactitud de la transcripción comparándola con la pista de audio de la grabación. Concluye, por tanto, que no ha existido violación del artículo 6§§1 y 3 b) del Convenio a este respecto.
- II. PRESUNTA VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 6§§1 Y 3 DEL CONVENIO EN LO QUE SE REFIERE AL TESTIGO A.
- 96. La demandante se quejó, en virtud del artículo 6 §§1 y 3 b) del Convenio de su derecho a un juicio justo considerado globalmente en el procedimiento



criminal entablado contra ella, considerando que se había visto socavado porque no había tenido la oportunidad de citar e interrogar al testigo A. El artículo 6 del convenio en su parte más relevante señala lo siguiente

- "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...
- 3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos

. . .

- (d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra;
- 97. El Gobierno impugnó este argumento.

# A. La Sentencia de la Sala

- 98. El Tribunal tras haber recordado que, es competencia de los tribunales nacionales decidir sobre la relevancia o pertinencia de los elementos de prueba propuestos por la defensa, señala que es competencia del Tribunal determinar si el proceso, considerado como un todo, ha sido justo y, resolvió el caso de conformidad con los criterios establecidos en la sentencia pronunciada en el asunto *Perna c. Italia* [GC] no. 48898/99, § 29, ECHR 2003-V) y en la jurisprudencia ulterior (apartado 84 de la sentencia de la Sala). Examinó: a) si la solicitud de la demandante estaba suficientemente motivada y era pertinente en relación con el objeto de la acusación y podría haber reforzado la posición de la defensa o incluso haber conducido a la absolución de la demandante; y b) si el tribunal de primera instancia, al no garantizar la comparecencia de un testigo concreto para que declarara a favor de la demandante, había vulnerado su derecho en virtud del artículo 6 § 3 (d) del Convenio.
- 99. En primer lugar, la Sala observó que el testimonio prestado por A. durante la fase de instrucción no había sido impugnado por la demandante. Aunque reconoció que el testimonio de A. podría haber tenido al menos cierta relevancia para los hechos imputados, la Sala respondió negativamente a la primera parte del estándar. Consideró que la defensa no había explicado, ni siquiera brevemente, por qué la comparecencia de A. era importante para su línea de defensa, si sus actos constituían "una trampa" o si había ejercido algún tipo de presión sobre la demandante y, por último, si su testimonio hubiera servido para exonerar a la demandante o, al menos, para reforzar su absolución de algún modo (véase el apartado 87 de la sentencia de la Sala). En cuanto a las alegaciones de la demandante sobre "la trampa", la Sala observó específicamente que se habían planteado por primera vez en las observaciones de la demandante ante el Tribunal. En consecuencia, concluyó que la demandante no había motivado suficientemente su solicitud de interrogar a A. con razones suficientes (ibid.). Además, la Sala examinó la equidad general del procedimiento y concluyó que la condena de la demandante se había



- basado en un conjunto de pruebas. A pesar de la ausencia de A. en el juicio, sus declaraciones en fase de instrucción habían sido leídas en el juicio y la demandante pudo presentar observaciones, así como sobre las demás pruebas.
- 100. Conforme todo lo expuesto, la Sala concluyó, por mayoría, que no había habido violación del artículo 6 §§ 1 y 3 (d) del Convenio en lo que respecta a la ausencia del testigo A. (véanse los párrafos 88-89 de la sentencia de la Sala).

#### B. Alegaciones de las partes ante la Gran Sala

#### 1. La demandante

- 101. La demandante sostiene que A era "un testigo clave" y que sus actividades habían estado dirigidas a la creación de un conjunto de pruebas contra ella y que estos actos son por tanto asimilables a los actos de un agente provocador. Señala que, además había invocado constantemente en fase de conclusiones, ante los tribunales nacionales, la tesis de haber sido víctima de una trampa poniendo de relieve el papel central jugado por A. a los ojos de las autoridades investigadoras y de los tribunales e insistiendo en la importancia de que fuera interrogado en persona.
- 102. Aun admitiendo que su abogado S, había solicitado el interrogatorio de A. en el juicio sin poner de manifiesto ninguna razón específica, estima que la importancia del testimonio de A podía haber sido inferida por las referencias que sobre él se habían realizado en el previo interrogatorio de sus compañeras de piso, así como en el suyo propio.
- 103. De acuerdo con los estándares del Convenio que es de aplicación, la demandante invita a la Gran Sala a revisar el enfoque establecido en la sentencia *Perna*, al menos para los casos en los que la defensa solicita la audiencia de un testigo cuya comparecencia es incapaz de garantizar como, por ejemplo, con un agente de las fuerzas y cuerpos de seguridad, respecto del cual la acusación no solicita su interrogatorio. En su opinión, ese enfoque realizado en *Perna* era "mecánico", carecía de criterios sustantivos y suponía una carga excesivamente gravosa para la defensa, que debía justificar el interrogatorio de un testigo sobre el que la acusación podía tener el control.
- 104. En apoyo de la tesis anterior el demandante se refería a la evolución del estándar aplicable para los testigos de la acusación en *Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido* [GS], nos. 26766/05 y 22228/06, ECHR 2011, y *Schatschaschwili c. Alemania* [GS], no. 9154/10, ECHR 2015, así como las tendencias actuales de la jurisprudencia en materia de "trampas policiales" y reuniones pacíficas (refiriéndose a *Bannikova c. Rusia*, no. 18757/06, § 73, 4 noviembre2010, and *Navalnyy y Yashin c. Rusia*, no. 76204/11, § 83, 4 diciembre 2014). En su opinión, el desarrollo de esta línea jurisprudencial indicaba que los tribunales nacionales debían mantener un criterio más estricto en materia de comprobación de las pruebas de cargo. Haciendo referencia a la práctica reciente de la Corte Interamericana (*Canese v. Paraguay y Norín*



Catrimán et al. c. Chile, apartados 80 y 81 ut supra), las sentencias de la Sala de Apelaciones del TPIY (El Ministerio Fiscal c. Martić; El Ministerio Fiscal c. Halilović; y El Ministerio Fiscal c. Krstić, apartados 73-75 ut supra) y el Tribunal Supremo de los EEUU (Cruz c. New York, 481 US 186 (1987), y Lilly c. Virginia 527 US 116 (1999)), la demandante mantiene que las reglas de derecho internacional relativas al interrogatorio de testigos habían sobrepasado los estándares apuntados en Perna y, que era necesario interrogar no solo a los testigos cuyo testimonio podía conducir a la absolución sino también a "los testigos que tengan conocimiento de los hechos, con carácter general".

105. La demandante señaló que los tribunales nacionales no habían asegurado la presencia del testigo A., a pesar de su papel como agente encubierto. Entiende que se había probado de una forma convincente que era un testigo clave y los tribunales nacionales la habían condenado basándose en su declaración. En su opinión, A. era un testigo tanto de la acusación como de la defensa y los tribunales deberían haberle obligado a comparecer.

#### 2. El Gobierno

- 106. Con carácter preliminar, el Gobierno manifestó estar en desacuerdo con la demandante en dos cuestiones sobre la forma en la que había solicitado el interrogatorio de A..
- 107. En primer lugar, señala que las actas del juicio eran precisas y adecuadas para reflejar el desarrollo del procedimiento. En apoyo de este argumento, se refería al hecho de que la defensa no las había impugnado en lo relativo a la petición de interrogatorio de A., mientras que sí que había manifestado objeciones detalladas y precisas sobre las grabaciones, en lo concerniente a otros puntos. Añade que uno de los abogados de la demandante expresamente manifestó estar de acuerdo con la parte no impugnada de las grabaciones.
- 108. En segundo lugar, el Gobierno estima que las alegaciones de la demandante sobre la tesis de la estrategia policial (trampa) puesta de manifiesto reiteradamente por la defensa contradecían los documentos obrantes en el expediente. Señala que la demandante no había apuntado la tesis del agente provocador hasta la fase de conclusiones finales ante el tribunal cuando solicitó la comparecencia de A. El Gobierno mantiene que las quejas formuladas sobre la existencia de una trampa estaban en todo caso manifiestamente mal fundadas, dado que la demandante había negado toda implicación en el delito que se le imputaba. En apoyo de su postura, el Gobierno se refirió a la decisión del Tribunal en *Koromchakova c. Rusia* (dec.) (no. 19185/05, § 19, 13 diciembre 2016).
- 109. Sobre el fondo de la queja, el Gobierno señala que la equidad o justicia de un procedimiento en los términos de examen de los testigos de la defensa debería ser valorado utilizando los siguientes criterios:- ¿Informó la demandante clara y explícitamente a las autoridades de su deseo de interrogar a un determinado testigo al presentar la correspondiente petición?- ¿Esta petición estaba



- suficientemente motivada, era pertinente para la acusación y podía reforzar la posición de la defensa?- ¿Infringieron los tribunales nacionales el artículo 6, apartado 3, letra d), al no garantizar la comparecencia de un testigo?
- 110. El Gobierno concluyó que la demandada no había ni siquiera satisfecho el primer paso de este estándar subraya que la defensa había presentado tan solo una solicitud para que se interrogara a A., pero no había impugnado la lectura de su testimonio prestado en fase de instrucción, aunque la legislación procesal le confería tal derecho. De hecho, había dado por bueno en gran medida el contenido de las declaraciones leídas, y habiendo dado las partes consentimiento para la lectura de la declaración de A. y, en ausencia de cualquier otra petición para aplazar el procedimiento, el tribunal había continuado con el juicio tal y como las partes habían consentido. Por todo lo expuesto, en opinión del Gobierno, la demandante no había realizado los actos procesales mínimos necesarios para el ejercicio de su derecho a interrogar a A.; se había conformado con la declaración preliminar de este y había renunciado clara y explícitamente a su derecho a que fuera escuchado en juicio.
- 111. A pesar de las conclusiones expuestas ut supra sobre el primer elemento de este estándar, el Gobierno sin embargo procedía a analizar el segundo paso de los criterios arriba expuestos y argumentaba que la demandante tampoco había dado razones suficientes para el interrogatorio de A., El Gobierno subrayó que durante la fase de instrucción la demandante solicitó el interrogatorio de A., 7 meses después de su detención y de que la investigación hubiera comenzado. Que solo le había formulado cuestiones de hecho, no relacionadas con ninguno de los cargos que se le imputaban, y la defensa no le había formulado nuevas preguntas una vez que las primeras le habían sido contestadas.
- 112. Además, señaló que, en ningún caso las preguntas de la demandante habían sido respondidas por otros testigos interrogados en el juicio. Además, la acusación no se refirió al testimonio de A. y el tribunal no basó la condena en este testimonio.
- 113. Dado que la demandante no había satisfecho los dos primeros pasos, concluye que no es necesario examinar el tercero.

# C. Análisis del Tribunal.

- 114. El Tribunal señala que el Gobierno alega que la demandante había renunciado a su derecho a interrogar al testigo en el juicio y considera que esta alegación debe ser examinada como una objeción preliminar a la admisibilidad de la queja (ver, a este respecto, *Palchik c. Ucrania*, no. 16980/06, §§ 36-38, 2 marzo 2017, y *Giurgiu c. Rumania* (dec.), no. 26239/09, § 99, 3 octubre 2017).
- 115. Reitera que bajo el artículo 35§ 4 in fine del Convenio puede rechazar cualquier demanda que considere inadmisible en cualquier estado del procedimiento, incluso durante el examen del fondo del asunto, en virtud de la reserva que establece el artículo 55 del Reglamento, la Gran Sala puede revisar la decisión por la cual la demanda fue declarada admisible si constata que



- debería haber sido declarada inadmisible por alguna de las razones enumeradas en los párrafos 1 a 3 del artículo 35 del Convenio (ver *Regner c. la República Checa [GS]*, no. 35289/11, § 97, 19 septiembre 2017, referencia a *Vučković and Otros c. Serbia* (objeción preliminar) [GS], nos. 17153/11 y otros 29, § 56, 25 marzo 2014, y la jurisprudencia citada en ellas).
- 116. En sus alegaciones ante la Sala y la Gran Sala el Gobierno alegó que la demandante y su abogado habían renunciado clara y explícitamente a su derecho a obtener la presencia y examen del testigo A. cuando consintieron en que se diera lectura en el juicio a las declaraciones practicadas en fase de instrucción.
- 117. Ni en la letra ni en el espíritu del artículo 6 del Convenio se impide a una persona renunciar bajo su propia voluntad de forma expresa o tácita a hacer uso de las garantías de un juicio justo. Sin embargo, para que sea efectiva a efectos del Convenio, dicha renuncia debe establecerse de forma inequívoca y estar acompañada de unas garantías mínimas acordes con su importancia. No es necesario que la renuncia sea explícita, pero debe ser voluntaria y constituir una renuncia consciente y clara de un derecho. Para que pueda decirse que un acusado ha renunciado implícitamente, a través de su conducta, a un derecho de tal importancia como el contenido en el artículo 6, debe demostrarse que podía prever razonablemente cuáles serían las consecuencias de su conducta. Además, la renuncia no debe ser contraria a ningún interés público relevante (véase. Simeonovi, citado ut supra, § 115 y la jurisprudencia en ella citada).
- 118. De todo ello se infiere que, la renuncia al derecho a interrogar a un testigo que figura entre los derechos fundamentales enumerados en el artículo 6§3 constitutivos del concepto de un proceso equitativo, debe ser estrictamente conforme a las exigencias expuestas anteriormente.
- 119. Volviendo al caso concreto, el Tribunal observa que la demandante asistida por sus abogados consintió la lectura de la declaración prestada en fase de instrucción por A. en la audiencia del juicio oral de 13 de enero de 2005 (ver apartado 52 ut supra). Especialmente, puede señalarse que la demandante tampoco impugnó la precisión o exactitud de las actas del juicio ni alegó que no hubiera podido beneficiarse del derecho a consejo legal apropiado sobre este asunto.
- 120. El Tribunal recuerda además que, en numerosos asuntos anteriores que trataban situaciones análogas, había tomado en consideración diversos elementos fácticos y jurídicos antes de concluir que los demandantes habían renunciado a ese derecho (ver, por ejemplo, *Khametshin c. Rusia*, no. 18487/03, § 41, 4 marzo 2010; *Poletan y Azirovik c. la Antigua República Yugoslava de Macedonia*, no. 26711/07 y 2 otros, § 87, 12 mayo 2016; y *Palchik*, citado ut supra, § 36) o sobre la no renuncia al derecho a interrogar a un testigo (ver, por ejemplo, *Bocos-Cuesta c. Países Bajos*, no. 54789/00, § 66, 10 noviembre 2005; *Makeyev c. Rusia*, no. 13769/04, § 37, 5 febrero 2009; y *Gabrielyan c. Armenia*, no. 8088/05, § 85, 10 abril 2012).
- 121. El Tribunal debe ahora determinar si en el presente caso y en las circunstancias de la demandante puede inferirse que había renunciado a su



- derecho a examinar al testigo A. Señala que nada en el expediente indica que todos los actos de esta no fueran voluntarios o que fueran contra un interés público relevante.
- 122. Resulta de las actas del juicio que la defensa estuvo de acuerdo de forma inequívoca en la lectura de las declaraciones en fase de instrucción prestadas por A. El último día de la fase probatoria, el abogado solicitó al tribunal la citación de A. y el presidente informó entonces a las partes que no estaba disponible, momento en el que el Ministerio Fiscal solicitó se diera lectura a las declaraciones prestadas por este en instrucción. El abogado U. no presentó ninguna objeción o impugnación y el abogado S explícitamente estuvo de acuerdo (ver apartado 52 *ut supra*).
- 123. Antes de concluir la fase probatoria, el presidente preguntó a las partes si estaban listas para concluir, incluso con la ausencia de los testigos que no habían podido comparecer. La demandante no hizo ninguna objeción y en particular tampoco reiteró su petición relativa a que este fuera interrogado (ver apartados 52 -55 ut supra).
- 124. No obstante, la Ley de Enjuiciamiento criminal rusa permite a la demandante impugnar la lectura de estas declaraciones, incluso sin invocar ninguna razón particular. Si lo hubiera hecho y si hubiera insistido en que A. fuera citado, el tribunal enjuiciador solo podía haber dado lectura a las declaraciones de A. prestadas en fase de instrucción bajo las especiales circunstancias previstas en el artículo 281 §2 CCrP (ver apartado 71 *ut supra*). Incluso en el caso de que estas condiciones no se hubieran cumplido, existía aún la posibilidad de aplazar las sesiones del juicio oral y citar una vez más al testigo A.
- 125. La demandante en el juicio estuvo asistida por dos abogados profesionales de su propia elección. Nada sugiere que no estuvieran al tanto de las consecuencias de haber consentido con la lectura de las declaraciones de A. Es decir, de que perderían la posibilidad de hacer que A. fuera oído ante la sala y que sus declaraciones podrían ser valoradas por el tribunal al decidir sobre los cargos imputados a la demandante.
- 126. Además, nada en la legislación aplicable o en la práctica judicial impedía a la defensa presentar nuevas peticiones de comparecencia de A. en fase de apelación. Sin embargo, la demandante, de nuevo asistida por dos letrados, escogió no hacer uso de esta posibilidad. Conviene igualmente mencionar que en ningún momento del procedimiento ante las jurisdicciones nacionales, ni tampoco ante este Tribunal, la demandante calificó de inadecuados los servicios prestados por sus abogados.
- 127. Los elementos expuestos anteriormente, son suficientes para permitir al Tribunal concluir que, aceptando la lectura en fase de juicio oral de la declaración prestada en fase de instrucción del testigo A., y no reiterando su petición relativa a que este último fuera citado, la demandante renunció a su derecho a interrogarlo (ver. *Palchik* citado ut supra, § 36). Esta renuncia estuvo revestida de un mínimo de garantías acordes a su importancia. A este respecto, el Tribunal recuerda que la demandante estuvo asistida de dos abogados, que el presidente del tribunal explícitamente le preguntó sí estaba lista para



concluir incluso ante la ausencia de este testigo, a lo cual la defensa no se opuso. El Tribunal observa igualmente que, la demandante hubiera podido hacer alegaciones sobre las declaraciones de A. pero no formuló ninguna impugnación u objeción material a su contenido (ver apartado 50 *ut supra*). Por otra parte, considera que el presente caso no pone de manifiesto ninguna cuestión de interés público que impida la renuncia a las garantías procesales arriba mencionadas (ver *Hermy c. Italia* [GS], no. 18114/02, § 79, ECHR 2006-XII) No existe razón para dudar de que la renuncia de la demandante a su derecho fue consciente, clara y que estuvo asistida de dos abogados que habrían podido razonablemente prever las consecuencias de su conducta (ver, *Khametshin*, citado ut supra, § 41, and, *Palchik*, citado ut supra, § 36; *a contrario*, *Sakhnovskiy c. Rusia* [GS], no. 21272/03, §§ 91-92, 2 noviembre 2010)

128. En consecuencia, el Tribunal estima la objeción preliminar del Gobierno y rechaza, por estar manifiestamente mal fundada, la queja relativa a la ausencia del testigo A. en el acto del juicio oral, en aplicación del artículo 35 § 3 (a) del Convenio.

# III.PRESUNTA VULNERACIÓN DEL ARTICULO 6 §§1 Y 3 d) DEL CONVENIO RELATIVO A LOS TESTIGOS B. Y K.

- 129. La demandante se quejó bajo el artículo 6 §§1 y 3 del Convenio de que la equidad global de su proceso penal ha sido vulnerada porque no tuvo la oportunidad de citar e interrogar en el acto del juicio a los dos *attesting* testigos B. y K.
- 130. El Gobierno impugnó este argumento.

#### A. La sentencia de la Sala

- 131. La Sala señaló que, bajo la ley rusa, los *attesting* testigos son invitados por el investigador para intervenir como observadores neutrales durante una diligencia de instrucción. A diferencia de los testigos "materiales", no se espera de ellos que tengan ningún conocimiento del caso ni que presten testimonio sobre las circunstancias del caso o sobre la culpabilidad o inocencia del acusado (*Shumeyev y Otros c. Rusia* (dec.), no. 29474/07 y otros 3, § 31, 22 septiembre 2015).
- 132. Habiéndose establecido que el tribunal no se basó en ninguna de las declaraciones realizadas durante el proceso por B. y K. ni en favor ni en contra de la demandante, y que ellas solo podrían haber testificado sobre la forma en la que se llevó a cabo el registro y su resultado, la Sala consideró que su testimonio no era capaz de influir en el resultado del proceso de la demandante (ver apartados 96-97 de la sentencia de la Sala).
- 133. La Sala concluyó, por mayoría, que no había existido violación del artículo 6 §§1 y 3 (d) (apartado 98 de la sentencia de la Sala).



# B. Alegaciones de las partes a la Gran Sala

#### 1. La demandante

134. La demandante sostuvo que, si bien ella no había insistido en interrogar a estos testigos, sus abogados sí lo habían hecho. Ellos consideraron que su testimonio había sido relevante para establecer las circunstancias de su registro personal en comisaria y para esclarecer la forma en la que estos testigos habían sido seleccionados. En consecuencia, la demandante considera que ha existido una violación del artículo 6 §§1 y 3 (d) del Convenio.

#### 2. El Gobierno

135. El Gobierno hizo suyas las conclusiones de la Sala en este punto. Estima que la citación de los *attesting* testigos no era necesaria dado que los tribunales nacionales no habían apoyado su decisión en estas declaraciones. Señala que estas dos personas habrían sido incapaces de testificar en base a la tesis, según la cual, los explosivos habían sido colocados en el bolso de la demandante, dado que este hecho tal y como había sido invocado, era anterior al registro conducido bajo su presencia. La petición para que fueran citados se presentó en una única ocasión, fue desestimado por los tribunales nacionales y la defensa no volvió a plantearlo. Apoyándose en la decisión dada en la sentencia *Shumeyev y otros* antes citada, añade que nada indicaba que los *attesting* testigos pudieran haber proporcionado elementos probatorios más allá de aquellos de los que ya disponían los tribunales.

#### C. Análisis del Tribunal

- 136. El Tribunal observa que el proceso penal ruso contiene regulaciones separadas para los testigos materiales (свидетели) y los attesting (понятые) y utiliza términos diferentes para referirse a los mismos. Los attesting testigos son invitados por el instructor para intervenir como observadores neutrales en una diligencia de investigación. No son considerados testigos ni de la acusación ni de la defensa, dado que, a diferencia de los testigos materiales, no tienen conocimiento del caso y no testifican sobre circunstancias de este o sobre la culpabilidad o inocencia. La ausencia de los attesting testigos en el acto del juicio no vulnera las garantías del artículo 6 §§1 y 3 d) del Convenio, puesto que su testimonio está limitado a la forma en la que se lleva a cabo la diligencia de investigación, lo que resulta en esencia una prueba redundante (ver Shumeyev y otros, citada ut supra, § 37)
- 137. Sin embargo, ha de señalarse que los principios expuestos anteriormente fueron desarrollados en un contexto en el que el testimonio de los *attesting* testigos fue solicitado por la acusación.
- 138. En el presente caso, fue la defensa quien intentó utilizar las declaraciones de los *attesting* testigos B. y K. para apoyar la tesis según la cual los explosivos



fueron colocados en el bolso de la demandante antes de su registro personal. Desde ese enfoque, la declaración de B. y K. podría haber ido más allá de las meras modalidades de registro y de las informaciones consignadas después en las actas de la policía. Debían, por tanto, ser considerados como "testigos de parte" en el sentido del artículo 6§ 3 (d) del Convenio.

1.Principio generales establecidos en la jurisprudencia en materia de audiencia de testigos de la defensa

- 139. El Tribunal recuerda que bajo el artículo 6 del Convenio, la admisibilidad de las pruebas se rige principalmente por la legislación nacional y la misión del Tribunal consiste, no en pronunciarse sobre si las declaraciones de los testigos fueron debidamente admitidas como prueba, sino más bien en asegurarse de que el procedimiento, considerado como un todo, incluida la forma en la que las pruebas fueron recabadas, fue justo ( ver entre otras , *Van Mechelen y Otros c. Países Bajos*, 23 abril 1997, § 50, Serie 1997 III, y *Perna*, citado anteriormente, § 29). El Articulo 6 § 3 (d) del Convenio vale no impone la comparecencia e interrogatorio de cada 1 de los testigos de parte de la acusación el propósito fundamental de este artículo cómo está indicado es asegurar, "en las mismas condiciones" una plena "paridad de armas" en la materia (ver *Engel y Otros c. Países Bajos*, 8 junio 1976, § 91, Series A no. 22, y *Vidal c. Bélgica*, 22 abril 1992, § 33, Series A no. 235 B).
- 140. En su sentencia dictada en el caso *Perna* (citado *ut supra*, §29) abundantemente citado por las partes y por la Sala, el Tribunal expuso los principios aplicables a la citación e interrogatorio de testigos de la defensa. En primer lugar, como principio general, corresponde a los tribunales nacionales valorar las pruebas presentadas ante ellos, así como la pertinencia de cada elemento probatorio que la defensa proponga y, el artículo 6 §3 (d) les otorga la función, de nuevo como principio general, de valorar si resulta pertinente citar a un testigo u otro para que comparezca. En segundo lugar, no resulta suficiente que la defensa se queje de que no se le ha permitido interrogar a ciertos testigos, debe además fundar esta petición, explicando por qué es relevante qué tales testigos sean oídos y que esta prueba resulte necesaria para el establecimiento de la verdad.
- 141. El estándar formulado en *Perna* esencialmente consiste en dos cuestiones: en primer lugar, si el demandante había fundamentado su petición de citar a un testigo en particular, refiriéndose a la relevancia de su testimonio para el establecimiento de la verdad y, en segundo lugar, si los tribunales nacionales al inadmitirlo habían menoscabado la equidad global del proceso (ver, *Perna*, citada ut supra §§29,32).
- 142. Resulta útil examinar el desarrollo del estándar establecido en *Perna* en la jurisprudencia ulterior y las dificultades que su aplicación práctica ha revelado.
- 143. Ha sido reiteradamente precisado por el Tribunal que cuando el testimonio de un testigo de la defensa es capaz de establecer motivadamente una coartada



para el acusado este testigo es considerado *prima facie* como relevante (ver por ejemplo *Polyakov c. Rusia* no. 77018/01, § 34 29 de enero de 2009) Por el contrario, en un caso en el que el interrogatorio de un testigo de la defensa haya sido solicitado para establecer una cuestión que va más allá del objeto de la acusación o el testimonio no había podido demostrar la inocencia del acusado, se consideró que la ausencia del testigo no había comprometido la equidad del proceso penal (véase *Tymchenko c. Ucrania*, nº 47351/06, § 92, 13 de octubre de 2016). El Tribunal también ha subrayado que un tribunal nacional no está obligado a responder a las solicitudes claramente abusivas de citar a testigos de la defensa (véase *Dorokhov c. Rusia*, no. 66802/01, § 72, 14 febrero 2008).

- 144. Un demandante satisface las exigencias del articulo 6 §3 (d) si presenta una demanda suficientemente motivada, pertinente para lo que constituye el objeto de la acusación y tiene la capacidad de reforzar la posición de la defensa y conducir a su absolución (ver, *Dorokhov*, citado ut supra, §§ 67-72, y *Polyakov*, citado ut supra, § 34). Los demandantes deben explicar a los tribunales naciones con suficiente claridad por qué el interrogatorio de ese testigo en particular resulta necesario (ver *Miminoshvili c. Rusia*, no. 20197/03, § 122, 28 junio 2011).
- 145. El valor de la declaración de un testigo de la defensa se valora en función de su capacidad para influir en el resultado del proceso. Por ejemplo, no será necesario citar a un testigo, cuya declaración se afirma que, podría apoyar la tesis del acusado, según la cual, fue objeto de tortura para hacerle confesar el delito, si la confesión impugnada no juega un papel crucial para determinar la culpabilidad del demandante. (ver *Tarasov c. Ucrania*, no. 17416/03, § 105, 31 octubre 2013). Una vez que las autoridades nacionales reconocen la pertinencia de la declaración de un testigo de la defensa, por ejemplo, citándolo en el escrito de calificación y estimando reiteradamente las peticiones de citar a este testigo en caso de que este último no sea finalmente citado durante el curso del procedimiento, puede que no resulte necesario para la defensa proporcionar a los tribunales nacionales, otras razones adicionales y detalladas para que se acuerde su interrogatorio (ver *Pello c. Estonia* no. 11423/03, § 33, 12 abril 2007).
- 146. Cuando la defensa solicita el interrogatorio de un testigo que hubiera podido fundadamente reforzar su posición o cuyo testimonio pudiera haber conducido a una absolución, los tribunales nacionales deben motivar suficientemente la desestimación de esta petición (ver *Topić c. Croacia*, no. 51355/10, § 42, 10 octubre 2013) En este contexto, la referencia hecha por los tribunales a otros hechos del caso que indican por qué un testigo no podría haber proporcionado nueva o importante información, pueden ser suficiente (ver *Sergey Afanasyev c. Ucrania*, no. 48057/06, § 70, 15 noviembre 2012, y *Janyr c. La República Checa*, no. 42937/08, §§ 81-82, 31 octubre 2013).
- 147. El Tribunal considera que esta decisión de citar a los testigos de la defensa en un momento determinado durante la instrucción o durante el juicio y su ausencia ulterior en el juicio es significante pero no por sí misma decisiva



(compárese *Popov c. Rusia*, no. 26853/04, § 188, 13 julio 2006, en la que la ausencia del testigo condujo a declarar la violación del artículo 6 del Convenio, y *Andrey Zakharov c. Ucrania*, no. 26581/06, §§ 61-62, 7 enero 2016, en la que no fue declarada tal violación). No obstante, una vez que los tribunales nacionales admiten, al menos en principio, que el interrogatorio de un testigo de la defensa es relevante, tienen la obligación de tomar medidas "efectivas" para asegurar la presencia de este en el acto del juicio oral o al menos de librar citaciones a tal efecto (ver *Polufakin and Chernyshev c. Rusia*, no. 30997/02, § 207, 25 septiembre 2008) u ordenar a la policía que conduzca al testigo para que comparezca ante el tribunal (ver *Pello*, citado *ut supra*, §34).

- 148. Solo circunstancias excepcionales podrán llevar al Tribunal a concluir que la falta de audiencia de un testigo es incompatible con el Artículo 6 del Convenio (ver *Bricmont c. Bélgica*, 7 julio 1989, §89, Series A, no. 158) La desestimación de esta petición, por parte de los tribunales nacionales, carente de motivación o "el silencio" en relación con una petición suficientemente motivada y relevante de llamar a un testigo de la defensa, no conducirá necesariamente a declarar una violación del Artículo 6 (ver, *Dorokhov*, citado ut supra, §§74-75). Dado que qué la equidad general del proceso es un principio esencial bajo el prisma del artículo 6, el demandante debe demostrar no solo que el testigo de descargo en cuestión no fue escuchado, sino también que su citación era necesaria y qué el rechazo a su llamamiento perjudicó su derecho de defensa (ver, *Guilloury c. France*, no. 62236/00, § 55, 22 junio 2006, y la jurisprudencia allí citada).
- 149. Debe reiterarse una vez más, que no es función de este Tribunal entrar a conocer de los errores de hecho o de derecho presuntamente cometidos por los tribunales nacionales, a no ser que con ello se hayan vulnerado los derechos y libertades amparados por el Convenio (ver, Gäfgen c. Alemania [GS], no. 22978/05, § 162, ECHR 2010). Para determinar si el juicio fue justo, este Tribunal no actúa como un tribunal de cuarta instancia, decidiendo si las pruebas fueron obtenidas ilegalmente de acuerdo con la ley nacional, sobre su admisibilidad o sobre la culpabilidad del demandante (ver, mutatis mutandis, Gäfgen, citado ut supra, § 162; Tseber c. República Checa, no. 46203/08, § 42, 22 noviembre 2012; y Nikolitsas c. Grecia, no. 63117/09, § 30, 3 julio 2014). En línea con el principio de subsidiariedad, esta cuestión pertenece a la competencia de las jurisdicciones internas y no corresponde al Tribunal sentenciar hasta el punto de determinar si las pruebas practicadas son suficientes para fundar la condena del demandante, ni sustituir por su propia valoración de los hechos y de las pruebas, la ya realizada por las jurisdicciones nacionales. La única tarea del Tribunal consiste en determinar si el procedimiento ha sido equitativo y si, en un asunto determinado, se ha respetado el Convenio, teniendo en cuenta sus circunstancias específicas, su naturaleza y su complejidad (véase, Taxquet c. Bélgica [GS], no. 926/05, § 84, ECHR 2010, y Al-Khawaja y Tahery, citado ut supra, § 118).



#### 2. Aclaración de los principios generales

- 150. En sus observaciones ante la Gran Sala, la demandante la invita a revisar el enfoque establecido en la sentencia *Perna*, dado que su opinión, los principios enunciados eran de aplicación "mecánica", carecía de criterios sustantivos y suponían una carga excesivamente gravosa para la defensa. Señala que las reglas de derecho internacional en materia de interrogatorio de testigos habían evolucionado considerablemente, más allá de los estándares establecidos en *Perna*, en el sentido de que la carga de la defensa de demostrar la necesidad de llamar a un testigo concreto para interrogarlo había disminuido y el examen del tribunal de primera instancia de los motivos de la incomparecencia y de las consecuencias de dicha incomparecencia para la equidad general del proceso había adquirido una mayor relevancia. La demandante hizo referencia *inter alia* a la práctica de la Sala de Apelaciones del TPIY y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (ver apartado 104 *ut supra*).
- 151. Después de haber examinado atentamente la práctica arriba mencionada de otras jurisdicciones internacionales, el Tribunal no aprecia ningún elemento susceptible de apoyar la tesis de la demandante. Al contrario, la jurisprudencia de la Sala de Apelaciones del TPIY y la de La Corte Interamericana de Derechos Humanos muestra que los principios generales empleados por estos tribunales para la evaluación de la equidad general de los procedimientos penales son similares, sino idénticos, a los principios desarrollados por este Tribunal. Este Tribunal también observa que los tribunales internacionales arriba mencionados se han referido extensamente a la jurisprudencia de este Tribunal al formular sus propios principios (ver apartados 75 y 81 *ut supra*)
- 152. Como se ha señalado, el Tribunal considera que resulta útil en el presente caso clarificar los principios generales relativos al examen de los testigos de la defensa, tal y como han sido formulados en su jurisprudencia relativa al artículo 6 §§1 y 3 del Convenio.
- 153. El estándar de la sentencia Perna consiste en formularse dos preguntas: Primera, si el demandante había fundamentado su petición de que se citase a un testigo determinado refiriéndose a la relevancia de su testimonio en particular para "el establecimiento de la verdad" y, segunda, si la negativa de los tribunales nacionales de citar a dicho testigo había vulnerado o menoscabado la equidad general del proceso (ver apartado 141 ut supra).
- 154. Sin embargo, un cuidadoso estudio de la jurisprudencia revela que a pesar de que generalmente se ha seguido el estándar anteriormente expuesto, el Tribunal también analiza sistemáticamente la forma en la que las jurisdicciones nacionales se pronuncian sobre la petición de audiencia del testigo en cuestión. La conducta y la toma de decisiones de los tribunales nacionales han sido objeto de una comprobación independiente y han constituido factores de peso en el análisis que ha realizado el Tribunal en la mayoría de los asuntos, anteriores y posteriores a la sentencia *Perna* (ver entre otros muchos ejemplos, *Bricmont*, citado *ut supra*, § 89; *Destrehem c. Francia*, no. 56651/00, §§ 41-45, 18 mayo 2004; *Asci c. Austria* (dec.), no. 4483/02, 19 octubre 2006; *Popov*, citado ut supra, § 188; *Polyakov*, citado *ut*



- supra, § 35; Tarău c. Rumania, no. 3584/02, §§ 74-76, 24 febrero 2009; y Topić, citado ut supra, § 42). El examen cuidadoso y minucioso realizado por el Tribunal de la motivación dada por los tribunales nacionales está en consonancia con los principios establecidos relativos a que, en primer lugar, esos tribunales son los más indicados para evaluar la pertinencia y la admisibilidad de las pruebas y, en segundo lugar, que sólo circunstancias excepcionales llevarán al Tribunal a concluir que la falta de audiencia de una persona concreta como testigo es incompatible con el artículo 6 del Convenio.
- 155. Por tanto, la cuestión de si los tribunales nacionales tuvieron en cuenta la relevancia de un testimonio concreto y motivaron suficientemente su decisión de no interrogarlo en juicio, debe ser considerada como un elemento independiente y esencial bajo el prisma del artículo 6 § 3 (d) del Convenio.
- 156. Parece que la valoración judicial sobre pertinencia del testimonio de un testigo y la motivación de la respuesta dada por los tribunales nacionales a la solicitud de la defensa de interrogar a un testigo, proporcionan el vínculo lógico entre los dos elementos del estándar *Perna* y operan como un elemento sustantivo implícito de dicho estándar. El Tribunal considera deseable en aras a la claridad y consistencia de su práctica judicial, considerarlo como un elemento explícito (ver, en el mismo sentido, *Perez c. Francia* [GS], no. 47287/99, § 54-56, ECHR 2004 I).
- 157. Esta evolución resulta conforme con la reciente jurisprudencia dictada en relación con el artículo 6 del Convenio, subrayando la importancia capital de la obligación de los tribunales de realizar un examen minucioso de las cuestiones relevantes si la defensa ha motivado suficientemente su petición. Por ejemplo, el Tribunal en la sentencia de Gran Sala en el caso Dvorski c. Croacia ([GS], no. 25703/11, § 109, ECHR 2015) mantuvo que, cuando las autoridades nacionales tienen ante sí una cuestión de derecho susceptible de influir en la equidad general del procedimiento, deben realizar un examen minucioso del asunto, tomar las medidas necesarias para establecer las circunstancias relevantes y proporcionar una motivación adecuada a sus decisiones. En una forma similar, en los casos relativos a agente provocador, el Tribunal ha establecido que, "confrontados con una plausible e incluso discutible alegación" de trampa, los tribunales "deberían haber tenido en cuenta si los resultados de los tribunales "deberían haber tenido en cuenta si los resultados de las "compras de prueba" (test purchase) eran admisibles como prueba, en particular verificando que no estaban contaminados por la incitación" (véase, Lagutin y Otros c. Rusia, nos. 6228/09 y otros 4, § 118, 24 abril 2014).
- 158. Cuando la solicitud de interrogatorio de un testigo de parte del acusado se ha realizado de acuerdo con la ley nacional, el Tribunal, teniendo en cuenta las consideraciones arriba mencionadas, utiliza un estándar dividido en los tres elementos siguientes:
  - 1. Si la solicitud de interrogatorio de un testigo estaba suficientemente motivada teniendo en cuenta el objeto de la acusación



- 2. Si los tribunales nacionales valoraron la relevancia del testimonio y motivaron suficientemente su decisión de no interrogarlo.
- 3. Si la decisión de los tribunales nacionales de no interrogar al testigo menoscabó la equidad general del procedimiento.
- 159. El Tribunal considera que la jurisprudencia existente ofrece ya una base sólida para la aplicación de estos tres pasos, pero considera apropiado proporcionar las siguientes indicaciones para el examen de futuros asuntos.

## (a) Si la solicitud de interrogatorio de un testigo estaba suficientemente motivada teniendo en cuenta el objeto de la acusación

- 160. En relación con este primer elemento, el Tribunal señala que, bajo el estándar Perna la respuesta a la pregunta de si un acusado había motivado suficientemente su petición de interrogatorio de un testigo de parte, se decidía en referencia a la relevancia que tuviera este testimonio para "el establecimiento de la verdad", mientras que, algunos casos posteriores a Perna ya examinados, se han decidido en función de si, el testimonio era relevante para "el establecimiento de la verdad", en otros casos, sobre si era capaz de influir en el resultado de un juicio (ver Tarasov, citado ut supra §105), si razonablemente podía proporcionar una coartada al acusado (ver, Poliakov, citado ut supra §34), o que pudiera conducir objetivamente a una absolución (ver, Dorokhov, citado ut supra, §72) o, reforzar la posición de la decisión defensa en vista a permitir la absolución el demandante (Topić. citado ut supra §42). El elemento que parece unir todos estos estándares es la relevancia que tenga el testimonio del testigo para el objeto de la acusación y su capacidad para influir en el resultado del procedimiento. A la luz de la evolución de la jurisprudencia dictada al amparo del artículo 6 del Convenio, el Tribunal considera necesario aclarar este estándar englobando en su campo de aplicación, las peticiones de la defensa tendentes a la audiencia no solo de testigos susceptibles de influir en el resultado del proceso sino también, de testigos de los que pueda razonablemente esperarse que reforzarán la posición de la defensa.
- 161. La pertinencia de este testimonio también resulta determinante para la valoración de si, el demandante ha motivado suficientemente su petición de citar a un testigo, la cualidad "suficiente" de una motivación dependerá del papel jugado por el testimonio en cuestión, teniendo en cuenta las circunstancias del caso (ver *Pello* citado *ut supra* § 33 que mantiene en gran medida este enfoque). Es imposible apreciar en abstracto si, determinadas razones invocadas para justificar la audiencia de un testigo pueden ser juzgadas como suficientes y pertinentes en relación al objeto de la acusación, esta apreciación implica necesariamente que deban tenerse en cuenta las circunstancias del caso, lo que incluye las disposiciones de derecho nacional aplicables, el estado y la fase en la que se encuentra el procedimiento, los argumentos y las estrategias adoptadas por las partes y su comportamiento durante el transcurso del procedimiento. Es cierto que, en determinados casos, la pertinencia de la declaración de un testigo de descargo pudiera ser evidente,



hasta tal punto que, que incluso un escaso razonamiento de la defensa sería suficiente para responder afirmativamente a la primera pregunta del estándar (comparar con *Pello*, citado *ut supra* § 33).

## (b) Si los tribunales nacionales valoraron la relevancia del testimonio y motivaron suficientemente su decisión de no interrogarlo

- 162. El segundo elemento de este estándar requiere que los tribunales nacionales consideren la relevancia del testimonio solicitado por la defensa y les obliga a proporcionar una motivación suficiente en sus resoluciones. Estos requisitos se encuentran ya consolidados en la jurisprudencia del Tribunal (ver, por ejemplo, *Popov*, citado *ut supra* § 188 y *Topić*, citado *ut supra* §42).
- 163. El Tribunal reitera que, por una parte, bajo el artículo 6 del Convenio, la regulación de la admisibilidad de las pruebas es competencia de la legislación nacional y que los tribunales nacionales están mejor posicionados para decidir sobre ella, y, por otra parte, el artículo 6 § 3 (d) del Convenio no exige la comparecencia e interrogatorio de cada testigo propuesto por la defensa, sino que tiende a garantizar "la paridad de armas" en el asunto concreto. En este marco compete en primer lugar a los tribunales nacionales examinar detalladamente las cuestiones pertinentes cuando la defensa ha formulado una petición suficientemente motivada tendente al interrogatorio de un testigo.
- 164. Toda valoración de esta índole implica necesariamente la consideración de las circunstancias del caso y la motivación de los tribunales debe ser proporcional, es decir, adecuada, en términos de alcance y nivel de detalle, a las razones aducidas por la defensa.
- 165. Toda vez que el Convenio no exige la comparecencia e interrogatorio de cada uno de los testigos propuestos por el acusado, los tribunales no es están obligados a dar una respuesta detallada a cada una de las peticiones de la defensa pero sí deben proporcionar una motivación adecuada ( en una lógica similar cuando se trata de la obligación hecha a las jurisdicciones nacionales de responder a cada uno de los motivos de apelación (ver, *Van de Hurk c. Países Bajos*, 19 abril 1994, § 61, Series A no. 288, y *Boldea c. Rumania*, no. 19997/02, § 30, 15 febrero 2007).
- 166. Con carácter general, la relevancia de un testimonio y la suficiencia de las razones aducidas por la defensa, de acuerdo con las circunstancias del caso determinará el alcance y el nivel de detalle de la motivación de los tribunales nacionales sobre la necesidad de garantizar la presencia e interrogatorio de un testigo. En consecuencia, cuanto mayor sean la fuerza y el peso de los argumentos introducidos por la defensa, mayor debe ser el nivel de detalle y más convincente deben resultar las motivaciones de los tribunales nacionales cuando desestiman la petición de la defensa de examinar un testigo.
  - (c) Si la decisión de los tribunales nacionales de no interrogar al testigo menoscabó la equidad general del procedimiento



- 167. El Tribunal considera que es indispensable en cada caso, el examen del impacto que, la decisión de inadmitir el interrogatorio de un testigo de la defensa en juicio tendrá sobre la equidad global del procedimiento (ver, en contextos diferentes *Ibrahim y Otros c. Reino Unido* [GS], nos. 50541/08 y otros 3, §§ 250-52, 13 septiembre 2016; *Dvorski*, citado *ut supra*, § 82; y *Schatschaschwili*, citado *ut supra*, § 101). El respeto a los requisitos de un juicio justo debe ser examinado en cada caso, teniendo en cuenta el desarrollo del procedimiento considerado como todo y no sobre la base de considerar de forma aislada un aspecto particular o incidente en concreto (ver, *Ibrahim y* Otros citado *ut supra* §251).
- 168. En la opinión del Tribunal, preservar la equidad global como punto de referencia definitivo en la valoración de un proceso, permite impedir que la prueba de los 3 pasos antes mencionada no se vuelva excesivamente rígida ni mecánica en su aplicación. Si bien las conclusiones de las dos primeras fases de la prueba son, por lo general, muy indicativas de la equidad del procedimiento, no puede excluirse que, en determinados casos, ciertamente excepcionales, las consideraciones de equidad justifiquen una conclusión contraria.

#### 3. Aplicación de estos principios al presente caso

## (a) Si la solicitud de interrogatorio de los testigos B. y K. estaba suficientemente motivada teniendo en cuenta el objeto de la acusación

- 169. Como las actas del juicio indicaban, los abogados de la demandante solicitaron al Tribunal la citación de B. y K. para determinar las circunstancias exactas del registro, en vista a establecer, si los explosivos habían sido colocados a la demandante. Esta por su parte señaló que, no había insistido en que se personaran, dado que, en su opinión, los explosivos ya habían sido colocados por los agentes de policía antes de que tuviera lugar el registro. Sin embargo, había apoyado la petición, porque sus abogados consideraron que la presencia de B. y K. era necesaria (ver apartado 52 *ut supra*).
- 170. Conviene señalar que, en el transcurso del juicio, fue la acusación quien interrogó de manera más extensa a los policías que habían participado en la detención, en el registro y en la toma de las huellas dactilares de la demandante (apartado 42 *ut supra*). Todos declararon que la demandante había mantenido su bolso junto a ella hasta el momento del registro y que le habían tomado las huellas solo una vez, y fue tras el registro. Por su parte la defensa, realizó por su parte, con carácter general, un interrogatorio de estos más pasivo, tan solo les formuló dos preguntas tendentes a revisar de una forma más detallada los hechos arriba expuestos.
- 171. El Tribunal observa, que la defensa no proporcionó nada más que una breve indicación sobre la relevancia que pudiera tener el testimonio de B. y K. Sin embargo, no incluyó ningún argumento fáctico o legal especifico al respecto, ni precisó en términos concretos, cómo de este testimonio podía razonablemente esperarse que reforzarse su posición. Tampoco lo hizo en fase



de apelación (ver apartado 63 *ut supra*). Dado que la demandante, por sí misma, había señalado que los explosivos le fueron colocados antes de la llegada de los testigos (ver apartado 52 *ut supra*) hubiera sido necesaria que la defensa motivara de forma más detallada la petición tendente a que fueran interrogados.

## (b)Si los tribunales nacionales valoraron la relevancia del testimonio de B. y K. y motivaron suficientemente su decisión de no interrogarlos en juicio

- 172. El Tribunal observa que, las actas del juicio no mencionan las razones dadas por el tribunal de primera instancia para desestimar la petición de la defensa de citar a los testigos (véase el apartado 52 ut supra). Sin embargo, el Tribunal Supremo, en calidad de tribunal de apelación con competencia para revisar tanto los hechos como las cuestiones de derecho, razonó que la comparecencia personal de B. y K. no había sido necesaria ya que la propia demandante había afirmado que los explosivos habían sido colocados en su bolso antes de ser registrada. Además, señaló que la defensa había aceptado proceder a la fase de conclusiones finales y no había planteado ninguna objeción ni formulado ninguna solicitud adicional para la práctica de nuevas pruebas (véase el apartado 67 ut supra).
- 173. Aunque los tribunales nacionales no desestimaron la petición del demandante por considerarla infundada o irrazonable, es evidente que la importancia del posible testimonio de los testigos, tal como fue alegada por la defensa, y desde la perspectiva del tribunal, sólo era remotamente relevante para el objeto de la acusación.
- 174. Teniendo en cuenta la pasividad general de la defensa durante el interrogatorio de los agentes de policía sobre los hechos que rodearon a la presunta colocación de los explosivos y, la ausencia de cualquier especifico argumento fáctico o jurídico sobre la necesidad de interrogar a los testigos. El Tribunal concluye que el Tribunal Supremo motivó suficientemente su decisión de no examinarlos en el juicio, la motivación dada fue apropiada a las circunstancias del caso y en consonancia con ellas, es decir, era adecuada en cuanto a su alcance y nivel de detalle, a los argumentos expuestos por la defensa.

#### Si la decisión de los tribunales nacionales de no interrogar a B. y K. menoscabó la equidad general del procedimiento

175. El Tribunal subraya que la demandante asistida por dos abogados profesionales fue capaz de conducir su defensa de forma efectiva, confrontar y examinar a los testigos que testificaron contra ella, realizar alegaciones sin obstáculo sobre las pruebas incriminatorias, aportar las pruebas que consideró pertinentes y presentar su versión de los hechos ante los tribunales nacionales. Su condena por preparar un acto de terrorismo e incitar a otros a cometerlo se basó en un considerable conjunto de pruebas de cargo obrantes en autos, entre las que se encontraban las declaraciones de varios testigos de cargo, el material (una nota extremista y fotografías) incautado en el piso de la



demandante, los informes de la policía científica y las transcripciones de las cintas de vídeo de vigilancia policial.

176. Teniendo en cuenta todas estas consideraciones, el Tribunal concluye que la decisión de los tribunales nacionales de no interrogar a B. y a K. en el acto del juicio, no menoscabó la equidad general del procedimiento.

#### (c) Conclusión

177. En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal teniendo en cuenta su función, tal y como se ha explicado anteriormente (véase el apartado 149), considera que no se han violado los derechos del demandante en virtud del artículo 6, § § 1 y 3, (d), del Convenio en lo que respecta a los testigos B. y K.

#### POR CUANTO ANTECEDE, ESTE TRIBUNAL

- 1. Confirma, por mayoría, la objeción preliminar del Gobierno relativa a que la demandante renunció a su derecho a interrogar al testigo A. y declara inadmisible la queja relativa a la ausencia del testigo A. en el juicio de la demandante:
- Considera, por unanimidad, que no se ha vulnerado el artículo 6 § §1 y 3
   (b) del Convenio, en lo relativo al visionado de las cintas de video vigilancia secreta.
- 3. Considera, por quince votos contra dos, que no se ha vulnerado el artículo 6 §1 y 3 (d) del Convenio en lo relativo a los testigos B. y K.

Redactado en inglés y francés y notificado en audiencia pública en el Edificio de los Derechos Humanos el 18 de diciembre 2018, de conformidad con la Regla 77 §§ 2 y 3 del Reglamento del Tribunal.

Lawrence Early Jurisconsulto

Guido Raimondi Presidente

De acuerdo con el articulo 45 §2 del Convenio y con la Regla 74 §2 del Reglamento del Tribunal, los siguientes votos particulares se anexan a esta sentencia:

- (a) Voto particular parcialmente disidente del Juez Bošnjak
- (b) Voto particular disidente del Juez Pinto de Alburquerque



T.L.E.



#### VOTO PARTICULAR PARCIALMENTE DISIDENTE DEL JUEZ BOŠNJAK

1. Aunque estoy de acuerdo con la mayor parte de la formulación del estándar de los tres elementos aplicable a la valoración de las situaciones en las que un tribunal deniega el examen de un testigo de descargo (véase párrafo 158 de la presente sentencia) Lamento no poder compartir la conclusión que declara que no ha existido violación del artículo 6 § § 1 y 3 (d) del Convenio en lo relativo a la inadmisión por parte de los tribunales nacionales de la audiencia de los testigos B. y K. (en adelante *attesting* testigos). En el presente voto particular deseo (a) clarificar mi postura en relación con los tres elementos del estándar y (b) explicar por qué la aplicación de esos elementos al presente caso debería conducir a declarar una violación.

#### I. El estándar de los tres elementos

2. El derecho a citar a testigos de descargo es uno de los elementos centrales de los requisitos de un juicio justo consagrado por el artículo 6 como un todo. En su jurisprudencia, nuestro Tribunal ha enfatizado que el derecho a un juicio justo ocupa una posición preeminente en toda sociedad democrática y que no puede haber justificación para interpretar el artículo 6 § 1 del Convenio de forma restrictiva<sup>1</sup>, esto es, incluso más cierto en relación con los derechos garantizados por el artículo 6§3, dado que expresamente se califican como "derechos mínimos". Además de estos derechos, el Tribunal ha incluido dentro del artículo 6 §1 otros derechos que son considerados como fundamentales para el concepto de derecho a un juicio justo, especialmente el derecho a presentar el caso ante un tribunal y a participar efectivamente en la audiencia pública<sup>2</sup>, la paridad de armas y el privilegio de no auto incriminarse<sup>3</sup>. En consecuencia, ningún derecho contemplado en el artículo 6§3 (d) debería interpretarse de forma restrictiva ni desvincularse del resto de garantías de un juicio justo.

#### (a) La defensa solicita el interrogatorio de un testigo

3. El estándar de los tres elementos, tal y como se ha formulado por el Tribunal en el presente caso, se pregunta en primer lugar, si la solicitud de interrogar al testigo estaba suficientemente motivada y era pertinente teniendo en cuenta el objeto de la acusación. Como se describe en el apartado 160 de la sentencia, el concepto de relevancia alcanza no solo a las peticiones de la

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Véase *Pérez c. Francia* [GS], no. o 47287/99, TEDH 2004-I

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Véase, por ejemplo, *Stanford c. Reino Unido*, 23 de febrero 1994, Series A no.282-A

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Véase, por ejemplo *Saunders c. Reino Unido*, 17 diciembre 1996, Recopilación de sentencias y autos 1996-VI, en el que el Tribunal afirmó que el derecho a guardar silencio descansa en el corazón del derecho a un juicio justo consagrado en el artículo 6.



defensa de llamar a testigos que sean capaces de influir en el resultado del juicio, sino también a aquellos testigos de los que pueda, razonablemente esperarse, que reforzarán la posición de la defensa. Acojo con satisfacción esta definición amplia de pertinencia. El acusado puede específicamente beneficiarse de ciertas decisiones que afectan al curso del procedimiento, aunque su potencial influencia en el resultado del juicio o su relación con el contenido de las imputaciones no sea concluyente (por ejemplo, una decisión relativa a la capacidad del acusado para ser juzgado, o sobre la admisibilidad de las pruebas).

- 4. No debería esperarse que el tribunal enjuiciador escuchase todas las pruebas solicitadas por la defensa, pero en su decisión respecto a las peticiones de esta sí debería tener en cuenta, inter alia, las exigencias del principio de paridad de armas, participación efectiva y derecho a permanecer en silencio. En el presente caso, la petición de presentar pruebas hecha por la defensa debería estar en pie de igualdad con la hecha por la acusación, este requisito se deriva también de lo previsto en el artículo 6§3 (d) en sí mismo, al estipular que la comparecencia de los testigos de descargo debe asegurarse en las mismas condiciones que la de los testigos de cargo. La legislación nacional y la práctica de los tribunales nacionales no deberían depositar en la defensa la carga de motivar la pertinencia de su petición y de proporcionar razones más extensas que las que se exigen a la acusación. Debe señalarse que, en algunos, incluso en muchos ordenamientos jurídicos, a la acusación ni siquiera se le exige que fundamente sus peticiones de prueba, al menos no antes del inicio del juicio oral, por lo que, en estos casos, debería adoptarse un enfoque similar para las peticiones formuladas por la defensa.
- 5. Si bien es comprensible que, el tribunal enjuiciador solo escuche los testimonios que resulten pertinentes y que, a la defensa le sea exigida; bajo la reserva del apartado cuarto del presente voto particular; que motive suficientemente sus peticiones al respecto, no debería limitarse el concepto de pertinencia a los elementos de prueba que, tenidos individualmente en cuenta, podrían dar la vuelta al curso o al resultado del procedimiento. En este punto, quisiera atraer la atención del lector sobre el artículo 401 del Reglamento federal de prueba en vigor en los Estados Unidos, según el cual, una prueba es pertinente cuando (a) tiene alguna tendencia a hacer un hecho más o menos probable de lo que lo sería sin esa prueba y (b) que el hecho tenga consecuencias en la determinación de la acción. Esto puede servir como una fuente de inspiración comparativa en el presente asunto.
- 6. En principio, cuando formula una petición relativa a una prueba la defensa debería especificar qué hecho desea probar (por ejemplo, una coartada, la falta de un elemento constitutivo del tipo que se ha imputado al acusado, la falta de credibilidad de un testigo de cargo, la justificación o excusa para un acto del acusado o la inadmisión de una prueba de la acusación). Este hecho como en los ejemplos arriba descritos aparecerá frecuentemente como una posible consecuencia para el posterior curso o resultado del proceso. Es cierto que puede haber situaciones en las que el potencial enlace causal no sea suficientemente evidente (por ejemplo, el hecho de que el testigo A



- conozca al testigo B) en dichas situaciones se esperará de la defensa que haga un esfuerzo adicional en motivar este enlace causal.
- 7. Si bien es cierto que una petición de oír a un testigo debería demostrar su tendencia a convertir el hecho en más o menos probable de lo que lo sería sin esta prueba, existen varias reglas al respecto que deberían señalarse:
  - (a) En primer lugar, debe reiterarse que -en línea con el principio de paridad de armas- la defensa no debería soportar una carga más pesada en este punto que la que soporta la acusación.
  - (b) Lo que necesita probarse aquí es simplemente, la tendencia, en términos de probabilidad y no de fijación definitiva de un hecho. Por dar un ejemplo, un testigo suficientemente relevante si su<sup>4</sup> interrogatorio puede incrementar la probabilidad de que el acusado actuó en defensa propia y no solo cuando se espera que este interrogatorio pruebe que el acusado actuó en defensa propia. Al valorar si el testimonio de un testigo determinado puede incrementar la probabilidad de un resultado o al menos dar un giro en el procedimiento que fuera favorable a la defensa, debería tenerse en mente que, a menudo, es imposible especular anticipadamente sobre cómo va a declarar a un testigo o sobre cómo su testimonio puede afectar a las valoraciones del tribunal sobre un hecho relevante. Esto es aún más cierto, cuando el testigo en cuestión no ha sido oído nunca antes (por ejemplo, en fase de instrucción) ni ha realizado ninguna declaración escrita sobre el contenido previsto de su testimonio.
  - (c) El derecho del acusado a citar a testigos de descargo es una manifestación de su derecho a presentar su versión del caso ante el tribunal. Al decidir sobre una petición de la defensa de oír a determinada persona como testigo, el tribunal debería valorar si la defensa ya ha tenido suficientes oportunidades para presentar ante él<sup>5</sup>, sus argumentos sobre el hecho en cuestión y/o si existen otras formas equivalentes o al menos más convenientes de hacerlo<sup>6</sup>. A este respecto, es de particular importancia que el tribunal enjuiciador no alcance o fije sus conclusiones sobre los hechos relevantes del caso sobre la única base de las pruebas de la acusación, es decir, antes de oír las pruebas que la defensa desea que se realicen ante a él con un propósito determinado. Es irrazonable esperar que la mente de un tribunal (sea un juez o un jurado) permanezca en blanco y sin ninguna conclusión sobre hechos relevantes durante el curso del juicio oral Sin embargo, cuanto más fuertes o convincentes sean las

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Esta nota presente en la versión inglesa que distingue "her o his", posesivo masculino y femenino del "poseedor" no resulta pertinente en la versión española ni se ha hecho en la francesa.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Por ejemplo, si la defensa afirma que 10 personas estuvieron presentes y pueden confirmar la coartada del acusado, y tres de ellos ya han sido escuchados, bajo esa misma petición y con respecto al resto, no sería necesario escuchar a los otros siete testigos.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Por ejemplo, escuchar a una persona que presuntamente presenció un hecho será más conveniente para establecer el curso de los hechos que escuchar a una persona que solo conoce supuestamente alguna de sus remotas consecuencias.



- pruebas de la acusación, estas conclusiones mentales deberían permanecer solo de forma preliminar, pero no deben privar a la defensa de alegar sobre los mismos u otros hechos relevantes y de estar en posición de dar un giro al curso o al resultado del procedimiento.
- (d) Al presentar su caso ante el tribunal, la defensa debe tener garantizada una considerable de autonomía para determinar su estrategia<sup>7</sup>, lo que puede incluir la elección de los hechos sobre los que desea argumentar y la forma en la que desea hacerlo. Mientras que la intención de la defensa en algunas situaciones es clara y directa, este no es siempre el caso. En esta última situación, es necesario poner de relieve que no debe exigirse que la defensa desvele la integridad de los propósitos sobre los que funda su petición<sup>8</sup>. Por otra parte, toda exigencia de motivación de una petición escuchar a un testigo, formulada por la defensa, debe ser ponderada con el derecho del acusado a guardar silencio. Si se le exige a este último que explique de manera extensa de qué forma la declaración en cuestión podría acrecentar la probabilidad de su absolución, podría resultar en algunos casos, una renuncia a su derecho a guardar silencio. Este puede ser especialmente el caso que se dé, en un estado anterior del procedimiento, antes incluso de que al acusado se le haya tomado declaración. Por tanto, toda exigencia que resulte excesiva a este respecto debería evitarse.

La sentencia dictada en el presente caso no aborda estas cuestiones específicas y pertinentes del proceso penal. Es comprensible, al menos en cierta medida, dado que las reglas sobre prueba son competencia de la ley nacional. Sin embargo, la recogida y práctica de las pruebas, a menudo confluyen con los derechos humanos y las libertades fundamentales garantizadas por el Convenio y he considerado que sería beneficioso tanto para el futuro desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal como

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Sobre los argumentos en favor de la autonomía de la defensa, me remito a mi voto particular unido a la sentencia *Correia de Matos c. Portugal* [GS], no 56402/12, 4 de abril 2018.

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> Cualquier expectativa de que la petición de la defensa para escuchar a los testigos en nombre del acusado se motive a fondo está estrechamente vinculada a la cuestión de la revelación de la defensa, es decir, el deber de la defensa de revelar los antecedentes y cualquier otra información de la que pueda estar en posesión con respecto a las pruebas que se van a escuchar en el tribunal. Este deber es muy controvertido y se considera problemático, tanto en la teoría como en la práctica de los tribunales penales internacionales, desde el punto de vista de los principios básicos del derecho penal, especialmente el derecho a guardar silencio y la presunción de inocencia. Véase, por ejemplo, A. L.-T. Choo, "Give Us What You Have"—Information, Compulsion and the Privilege against Self-incrimination as a Human Right' in P. Roberts and J. Hunter, Criminal Evidence and Human Rights: Reimagining Common Law Procedural Traditions (Hart: Oxford, 2012); también Masha Fedorova, Disclosure of Information as an Instrument Ensuring Equality of Arms in International Criminal Proceedings, in: Mayeul Hiéramente, Patricia Schneider (ed.) The Defense in International Criminal Trials: Observations on the Role of the Defense at the ICTY, ICTR and ICC (1st edition 2016). Sobre jurisprudencia internacional, véase la decisión del TPIY en El Ministerio Fiscal c. Tadić, (decision on Prosecution Motion for Production of Defence Witness Statements, IT-94-I-T, 27 November 1996).



para los profesionales del derecho llamados a aplicar los principios de esta sentencia en los sistemas legales nacionales, atraer la atención sobre estas consideraciones. Sea como fuere, ilustran que, en general, el primer elemento del estándar de los tres elementos debe aplicarse de forma razonablemente liberal<sup>9</sup>.

#### (b) La valoración y motivación de los tribunales nacionales

8. El segundo elemento de este estándar de los tres pasos exige que los tribunales nacionales valoren la pertinencia del testimonio solicitado por la defensa y que motiven suficientemente sus resoluciones. No pueden añadirse muchas más aclaraciones a las ya realizadas por la mayoría sobre este elemento en §§162.66 de la presente sentencia. Deseo sin embargo enfatizar una cuestión, dado que el derecho amparado en el artículo 6 §3 (d) del Convenio es una de las mínimas garantías de un juicio justo, las motivaciones de los tribunales nacionales al rechazar la petición de la defensa deberían ser proporcionales a su importancia.

#### (c) La equidad general del procedimiento.

- 9. El tercer elemento valora la equidad general del procedimiento, jugando este un papel esencial en la jurisprudencia reciente del Tribunal relativa a las quejas basadas en el artículo 6 § 3 <sup>10</sup>.Incluso si se trata de una evolución lógica y bienvenida, dado que el principio clave que rige la interpretación del artículo 6 es el concepto de equidad<sup>11</sup>. La jurisprudencia del Tribunal continúa siendo de alguna manera un poco incierta sobre la cuestión de saber si la equidad debe considerarse desde el punto de vista del procedimiento o también del fondo, en otras palabras, ¿es la equidad del procedimiento lo que importa o es la equidad del resultado del proceso o, posiblemente ambos?
- 10. La apreciación sobre la equidad general fue desarrollada en relación con situaciones donde era razonable no tener en cuenta infracciones menores producidas en el procedimiento teniendo en cuenta que, dicho procedimiento considerado como un todo que era justo<sup>12</sup>. Sobre esta cuestión, el Tribunal debe examinar en qué medida una reducción de las garantías en una fase del procedimiento puede haber sido compensada por otras<sup>13</sup>. En su jurisprudencia el Tribunal ha desarrollado varios elementos constitutivos del concepto de justicia o equidad en el procedimiento, a saber, a) la paridad de

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Compárese con la decisión de la Sala de Apelaciones del TPIY en El Ministerio Fiscal c. Krstić (decision aplicable a las citaciones, Case no. IT-98-33-A, 1 julio 2003, § 11).

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> Véase, entre otras, *Ibrahim and Otros c. Reino Unido* [GS], nos. 50541/08 and 3 otros, 13 septiembre 2016; *Schatschaschwili c. Alemania* [GS], no. 9154/10, ECHR 2015; *Simeonovi c. Bulgaria* [GS], no. 21980/04, 12 mayo 2017.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> Véase, por ejemplo, *Kamasinski c. Austria*, 19 diciembre 1989, Series A no. 168; *Hadjianastassiou c. Grecia*, 16 diciembre 1992, Series A no. 252; y *Vacher c. France*, 17 diciembre 1996, Reports 1996 VI.

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> Véase, por ejemplo, Barberá Messegué y Jabardo c. España, 6 diciembre 1988, Series A no.146.

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> Véase, por ejemplo, *Pullicino c. Malta* (dec), no 45441/99 ECHR 2000-II.



armas<sup>14</sup> b) la naturaleza contradictoria de los procedimientos<sup>15</sup> c) la efectiva participación en el procedimiento<sup>16</sup> d) la exigencia del que la decisión sea motivada<sup>17</sup> e) el principio de inmediación <sup>18</sup> f) la apariencia de una administración de justicia eficaz y justa<sup>19</sup> g) el principio de seguridad jurídica<sup>20</sup>. Estos elementos complementan la lista de requisitos no exhaustiva y que está expresamente estipulada en el artículo 6 del Convenio. He incluido y examinado algunos de ellos en el marco de los dos primeros elementos de este estándar. Algunas sentencias, que son ciertamente de carácter histórico y que, entre otras cosas, examinaron supuestos fallos relacionados con la obtención de pruebas, concedieron un peso importante al valor probatorio de dichas pruebas. Esto entraría en conflicto con el "enfoque procesal" de la apreciación de la equidad, haciendo que este examen se acerque más a un examen de carácter sustantivo. Por ejemplo, en *Ibrahim* y Otros<sup>21</sup>, al examinar el impacto que las infracciones procesales cometidas en fase de instrucción tenían en la equidad general del procedimiento criminal, el Tribunal declaró que, inter alia, debían tenerse en cuenta, la calidad de las pruebas y si las circunstancias en las cuales fueron obtenidas podía sembrar dudas sobre su fiabilidad o exactitud, teniendo en cuenta el grado y naturaleza de la coacción, y también el uso que se había hecho de esa prueba, en particular, si esa prueba formaba parte integrante o significativa del conjunto del acervo probatorio de cargo sobre el que se funda la condena, así como de la fuerza de las demás pruebas obrantes en el expediente, dado que el procedimiento es examinado en su conjunto, esta es la forma de medir las consecuencias de los fallos procesales sobrevenidos producidas en esa fase de instrucción sobre la equidad global del proceso penal. Estos elementos sustantivos de la valoración de la equidad general del proceso permanecen a la sombra de un gran número de los elementos exclusivamente de carácter procesal. No puede decirse lo mismo del examen de las quejas referentes a la utilización de pruebas obtenidas con menoscabo de derechos del Convenio. En la sentencia Bykov, <sup>22</sup> el Tribunal ha subrayado que es necesario examinar la calidad del elemento probatorio y si existía alguna duda en relación con la calidad de la prueba, incluidas las circunstancias en las cuales fueron obtenidas, si siembran dudas sobre su fiabilidad o exactitud y, sobre si

<sup>14</sup> Véase por ejemplo *Bulut c. Austria*, 22 febrero 1996, Reports 1996 II; *Öcalan c. Turkey* [GS], no. 46221/99, ECHR 2005 IV; también Omkar Sidhu, The Concept of Equality of Arms in Criminal Proceedings under Article 6 of the European Convention on Human Rights, Intersentia, 2017.

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> Este principio está estrechamente conectado con el principio de paridad de armas. Implica que cada parte debe gozar, en principio, de la oportunidad de tomar conocimiento y hacer alegaciones sobre todas las pruebas y observaciones presentadas que pueda influir en la decisión del tribunal. Véase- *Meftah and Otros c. Francia [GS], nos. 32911/96 and Otros 2, ECHR 2002 VII.* 

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> Véase, por ejemplo, *Standford c. Reino unido*, citado mas arriba.

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> Véase, por ejemplo, *Ruiz Torrija c. España* 9 diciembre 1994. Series A no.303-A

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> Véase, por ejemplo, *Cerovšek and Božičnik c. Eslovenia*, nos. 68939/12 and 68949/12, 7 marzo 2017.

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> Véase, por ejemplo, *Borgers c. Bélgica*, 30 octubre 1991, Series A no.214 B.

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> Véase, por ejemplo, *Nejdet Şahin and Perihan Şahin c. Turquía* [GS], no. 13279/05, 20 octubre 2011.

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> Ibrahim y Otros c. Reino unido. Citado ut supra

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> Bykov c. Rusio [GS]. no.4378/02, 10 marzo 2009.



- existían otras pruebas que corroboraran la condena del acusado. Este enfoque fue criticado antes y después de la sentencia arriba mencionada<sup>23</sup>.
- 11. El hecho es que la jurisprudencia del Tribunal sobre este punto es incoherente y que la Gran Sala no ha aprovechado la oportunidad en la presente sentencia para aclarar su posición al respecto. Aunque es perfectamente comprensible que el Tribunal no pueda tomar partido por ninguna teoría jurídica concreta de la justicia y la equidad, me gustaría argumentar que el enfoque debería seguir siendo procesal y evitar, en la medida de lo posible, cualquier valoración de la equidad del resultado. Las razones para ello son múltiples. En primer lugar, el elemento primordial en la resolución de quejas en virtud del artículo 6.3 del Convenio es la equidad (general) del procedimiento, y no el resultado. En segundo lugar, esto es una consecuencia lógica del hecho de que el artículo 6 garantiza derechos procesales fundamentales. Por otra parte, no existe ningún derecho en virtud del Convenio o de sus Protocolos que garantice un resultado concreto en los procedimientos penales. En tercer lugar, como el Tribunal subraya constantemente, no es un tribunal de cuarta instancia y no puede, por principio, pronunciarse sobre las cuestiones de errores de hecho<sup>24</sup>. consecuencia, no puede ni podría ponderar si las pruebas presentadas contra el acusado en un determinado proceso penal nacional fueron suficientes, fiables o precisas, y si su condena fue justa. Lo que sí puede hacer en su lugar, es verificar si el proceso penal como tal, fue justo. Los elementos constitutivos del concepto de equidad, tal como se describen en el punto 10 de esta opinión disidente, pueden servir de fuente de inspiración.

#### II. Aplicación del estándar de los tres elementos al presente caso

#### (a) El contexto de la petición de la demandante

- 12. Volviendo a las circunstancias del presente caso, podemos observar que al menos en la petición escrita presentada durante la fase de instrucción el 12 de octubre de 2004, la demandante afirmó que los explosivos plásticos encontrados en su bolso durante el registro en la comisaría habían sido colocados por la policía. En el juicio oral, solicitó ser declarada no culpable de los hechos que se le imputaban e insistió en que le habían colocado los explosivos. Describió de forma detallada el desarrollo de los hechos acaecidos en la comisaría. Su versión difería considerablemente de aquella ofrecida por los agentes, particularmente en el punto relativo a si, antes de que el registro comenzase, ella había dejado su bolso y su chaqueta sin vigilancia en una habitación diferente.
- 13. El 13 de enero de 2005, cuatro días antes de la finalización del procedimiento ante el tribunal de primera instancia, uno de los abogados del demandante apoyado por el otro, presentó una solicitud para citar a los

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> Ver mi voto concurrente con el Juez Pinto de Alburquerque en *Dragoş Ioan Rusu c. Rumania*, no. 22767/08, 31 octubre 2017.

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> Véase por ejemplo, Gäfgen c. Alemania [GS], no. 22978/05, ECHR 2010



attesting testigos que estuvieron presentes durante el registro del bolso de la demandante a fin de determinar si los explosivos plásticos fueron o no colocados. La demandante, por sí misma, ya que aparentemente no estaba muy conforme con ocupar un segundo plano en la conducción de su defensa, reiteró que los explosivos fueron colocados por la policía antes del registro, y que tampoco insistía en citar a dichos testigos. Sin embargo, estuvo de acuerdo en que fueran interrogados si sus abogados insistían.

#### (b) El primer elemento: la petición de la demandante

- 14. El examen de esta situación procesal bajo el ángulo del primer elemento (es decir, si la petición de interrogatorio del testigo estaba suficientemente motivada y era relevante para el objeto de la acusación), permite observar, *ab initio*, que su alegación de que los explosivos le habían sido colocados constituye el núcleo de su defensa, dado que, si conseguía sembrar la duda sobre la forma en la que el registro se llevó a cabo, esto podría probablemente ejercer cierta influencia sobre la admisibilidad de este elemento de prueba determinante y, menoscabar la credibilidad de los cargos mantenidos contra ella. La petición de los abogados claramente especificaba el hecho que deseaban probar (es decir, la colocación de los explosivos) lo que, por su parte, hubiera podido tener repercusiones sobre la continuidad del procedimiento, así como sobre su resultado.
- 15. La versión de los hechos de la demandante no puede ser, prima facie, inadmitida por inverosímil. Fue parada por motivos, y en circunstancias que aún permanecen en gran medida oscuros y controvertidos. Los testimonios de los agentes de policía sobre este punto variaron considerablemente y resultaron difícilmente compatibles con los estándares de "detención y registro" en un Estado de Derecho. Según los agentes de policía, la demandante fue parada porque caminaba sin rumbo (agente P) o porque iba caminando muy rápido (agente S.), algunos agentes señalaron que fue parada "porque no estaba claro adónde iba" "porque era una persona de etnia caucásica" y "porque llevaba ropa de color negro". En mi opinión, la única razón que es posiblemente aceptable es que "se parecía a una chica en relación con la cual tenían conocían que existía de una orden de búsqueda" tal y como declaró uno de los cinco agentes que tomaron parte en su arresto y registro. Sin embargo, acto seguido los propios policías señalaron que la demandante no era la persona buscada y aunque no se quejó ante el Tribunal sobre la detención, estas circunstancias siembran dudas sobre la actuación de buena fe de la policía en el presente caso. Dudas que no pueden ser disipadas con la versión de la policía, que por sí misma no resulta particularmente creíble, que señalaba que habían parado por azar a una mujer en las calles de Moscú, sin ninguna razón imperiosa la habían llevado a la comisaría, habían realizado un registro de su bolso en el que, (de nuevo sin ninguna razón imperiosa a la situación que tenían en manos) encontraron dos paquetes con explosivos. Este desarrollo de los hechos es, o una extraordinaria



- coincidencia o una indicación que hace sospechar que los agentes cometieron un grave abuso policial.
- 16. El contraste entre la versión dada por la demandante y la ofrecida por los policías, en mi opinión debería ser examinado a la luz de ciertos hechos paralelos. No se discute que después del registro del bolso, a la demandante no se le realizó ninguna prueba para determinar si tenía residuos de explosivos, aunque se trata de un test rutinario. Asimismo, el papel de aluminio que envolvía a los explosivos no fue nunca examinado a fin de tomar huellas o ADN, ya fueran de la demandante o de un tercero. Nadie proporcionó ninguna explicación a estas omisiones, aunque cualquiera podría razonablemente esperar de una investigación llevada a cabo de buena fe que se tomarán estas medidas para dilucidar el papel exacto de la demandante (si es que lo había) así como para buscar posibles cómplices. Dado que resultaba altamente improbable que una mujer de 21 años hubiera organizado un ataque terrorista sin ayuda de terceros. Sin embargo, la policía examinó su chaqueta y el bolso para determinar si contenían residuos de explosivos, que de acuerdo con la versión de la demandante fueron dejados sin vigilancia por algún tiempo. Si bien la policía niega que la demandante fuera trasladada a una habitación diferente para que le sacaran las fotografías de la ficha policial y le tomaran las huellas, con carácter previo al registro de su bolso y señala que esta tuvo con ella la chaqueta y el bolso durante todo el tiempo. De acuerdo con la versión de la demandante, que no puede ser calificada prima facie como inverosímil: En la versión de la policía, la demandante fue conducida a la comisaría para realizarle un control de identidad, por lo que la toma de huellas y de fotografías serían los pasos más lógicos para dicho control de identidad y, las fotografías tomadas para la ficha policial normalmente son realizadas sin que el sospechoso porte chaqueta o bolso.
- 17. Mi intención al describir estas circunstancias no es demostrar que los explosivos plásticos fueran de hecho colocados por la policía (lo que en ningún caso sería compatible con el papel del Tribunal) sino demostrar que el hecho señalado por la defensa era pertinente y suficientemente creíble para justificar una investigación más exhaustiva. Sobre la consideración de si el interrogatorio de los testigos podía haber hecho más plausible la alegación de la defensa de que los explosivos le fueron colocados, puede observarse que la defensa no precisó suficientemente esta cuestión, ni durante la audiencia principal en el juicio oral, pero tampoco en apelación o en el recurso de revisión, ni en el procedimiento ante este Tribunal. Además, la demandante por sí misma sembró dudas sobre la relevancia de esta petición. Debemos admitir que este es el punto débil del caso de la demandante ante nuestro Tribunal, sin embargo, debe tenerse en mente las particularidades de su situación procesal<sup>25</sup>. La defensa no disponía de ningún otro elemento

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> Sobre la cuestión del examen de alegación sobre abuso policial. Véase, por ejemplo, David N. Dorfman, Proving the Lie: Litigating Police Credibility, 26 Am.J.Crim.L. 455 (1999), http://digitalcommons.pace.edu/lawfaculty/533/.



probatorio para corroborar la tesis de la demandante. Si bien es cierto que los tribunales nacionales escucharon a los agentes que intervinieron en el arresto y el registro, y la acusación les preguntó en el juicio oral sobre las circunstancias más relevantes, estos agentes no eran solo testigos de cargo en el sentido del artículo 6§3 (d) del Convenio sino también, prima facie, hostiles a la defensa sobre este punto en particular. Admitiendo que la hipótesis mantenida por la demandante hubiera sido cierta ¿cuál era la probabilidad de que los policías reconocieran que habían colocado las pruebas en su bolso?, es irrazonable no verificar una alegación de esta índole nada más que escuchando aquellos que hubieran podido ser responsables de tal abuso. Ningún tribunal hubiera absuelto a un acusado basándose exclusivamente en el hecho de que hubiera negado ser culpable. Si la igualdad de trato es el principio clave en el examen de las peticiones formuladas por la defensa, éstas no podían ser desestimadas simplemente por el hecho de que la policía negara las afirmaciones de esta. Por todo ello, encuentro sorprendente que la mayoría subraye el interrogatorio de los agentes de policía como un elemento significativo para rechazar la pertinencia de la petición de la defensa de interrogar a los attesting testigos (ver apartado 170 de la sentencia).

18. Al examinarse si la petición de la defensa estaba suficientemente motivada, ha de tenerse en cuenta que los *attesting* testigos nunca fueron interrogados durante la fase de instrucción ni tampoco realizaron declaraciones escritas que la defensa hubiera podido reproducir o sobre la cual se hubiera podido apoyar. En estas circunstancias era imposible especular sobre el contenido exacto de su potencial testimonio. Sin embargo, sí era razonable pensar que estaban al tanto de las circunstancias relativas registro del bolso de la demandante o del desarrollo de los hechos acaecidos inmediatamente antes de dicho registro. El hecho de que alguna de estas circunstancias aumentara o no la probabilidad de la versión mantenida por la demandante era una cuestión que correspondía a la valoración de los hechos, que a su vez sólo podía realizarse después de haber escuchado su testimonio.

### (c) El segundo elemento: La valoración y la motivación de los tribunales nacionales

- 19. El Tribunal nacional de primera instancia desestimó la petición de oír a los a *attesting* testigos. Bajo el segundo elemento del estándar de los tres elementos estaba obligado a proporcionar una motivación suficiente a esta decisión. No obstante, no proporcionó ninguna, ni en el juicio oral ni en la sentencia. Es cierto que el Tribunal Supremo sí motivó un poco su decisión, pero desafortunadamente no puedo estar de acuerdo con la mayoría que manifiesta que las razones expuestas fueron apropiadas y adecuadas.
- 20. Como se expone en el apartado 67 de la presente sentencia, el Tribunal Supremo consideró que la comparecencia en persona de los testigos no era necesaria dado que: (a) la demandante por sí misma había señalado que los explosivos le habían sido colocados en el bolso antes de que ellos llegaran



- (b) la defensa no había planteado ninguna objeción después de que se rechazase el interrogatorio ni (c) había hecho peticiones adicionales para que se interrogase a los testigos. Aunque la reacción de la demandante sobre la petición de sus abogados estaba, de hecho, lejos de ayudar a su defensa, el relato del Tribunal Supremo sobre su declaración no se corresponde con su verdadero contenido. En particular, la demandante no alegó que los explosivos hubieran sido colocados antes de la llegada de los testigos, sino al inicio del registro. Esta diferencia es importante Por otra parte, por las razones mencionadas en los apartados 18 y 19 *ut supra*, existían diferentes razones para considerar esta petición como pertinente, a pesar de la intervención de la demandante.
- 21. Mientras que la primera razón señalada por el Tribunal Supremo no refleja el desarrollo real de los acontecimientos en la sala de vistas, las otras dos no resultan mucho más convincentes. Si bien, puede esperarse de las partes en un juicio que impugnen las peticiones de la parte contraria o una resolución dictada por el tribunal, es difícil imaginar una impugnación contra una decisión procesal del tribunal que se toma en el transcurso mismo del procedimiento: estas decisiones son generalmente impugnadas mediante los recursos existentes contra ellas. El Tribunal no tiene conocimiento sobre cuáles son los recursos en este caso concreto. Finalmente, a la vista del hecho de que no existían pruebas alternativas disponibles para la defensa para que pudiera corroborar la teoría de que los explosivos fueron colocados, la tesis según la cual el Tribunal Supremo esperaba que la defensa formulase nuevas peticiones de interrogatorio de los testigos, no resulta convincente. Por último, creo que la motivación del Tribunal Supremo fue inapropiada y, en consecuencia, la decisión tomada por el tribunal nacional sobre este asunto no satisface el segundo elemento del estándar de los tres elementos.

#### (d) El tercer elemento: La equidad general del procedimiento

- 22. En mi opinión, la valoración de la mayoría sobre la equidad general del procedimiento es más bien lapidaria. Además, centra su atención de una forma muy importante en la fuerza y cantidad del acervo probatorio sobre el cual se basa la condena de la demandante. Por las razones que he señalado, en el apartado 12 de este voto particular, creo que este enfoque debería haberse evitado. Como acertadamente se subrayó en el apartado 149 de la presente sentencia, no corresponde a este Tribunal juzgar si las pruebas practicadas eran suficientes para la condena de la demandante.
- 23. En su valoración sobre la equidad, la mayoría también subrayó diversos elementos procesales, los cuales, en su opinión, garantizaron la equidad del procedimiento en su conjunto. Si bien estoy de acuerdo con alguno de estos argumentos, por todas las razones arriba mencionadas, mantengo mi creencia sobre la cuestión nuclear de si, la prueba decisiva para este caso fue colocada en el bolso, la demandante fue privada de presentar todas las todas las alegaciones y todos los elementos de prueba pertinentes ante la jurisdicción nacional y por su parte, los tribunales nacionales examinaron esta cuestión



concreta de forma inadecuada. Teniendo en cuenta la importancia de las alegaciones de la demandante, junto con las circunstancias de su detención y registro, esta deficiencia no pudo ser subsanada o contrarrestada por el correcto desarrollo del procedimiento respecto a otras cuestiones. Consecuentemente estimo que se ha producido a una violación del artículo 6§§1 y 3 (d) del Convenio.



# VOTO PARTICULAR DEL JUEZ PINTO DE ALBUQUERQUE

1. *Murtazaliyeva* era una ocasión de oro para que el principio de inmediación ganara nuevamente terreno en la jurisprudencia del Tribunal. Desafortunadamente, ha ocurrido lo contrario. Considero inadmisible la objeción preliminar del Gobierno relativa a la queja de la demandante sobre la ausencia del testigo A. Después de descartar esta excepción, este voto particular se centrará en el también denominado estándar de los dos elementos enunciado en la sentencia Perna<sup>26</sup> y sobre la nueva versión en tres pasos de *Murtazaliyeva*, mediante el análisis de cada uno de ellos de forma separada. Mis conclusiones sobre la ausencia de testigos de descargo en el presente asunto recaen sobre una crítica lógica filosófica y legal de este estándar y, lo que es más importante, de la valoración que sobre "la equidad global del procedimiento" comporta este estándar. Sobre esta base, concluyo que ha existido violación del artículo 6§§1 y 3 (d) del Convenio en relación con la ausencia de los testigos A., B y K.

#### La objeción preliminar del Gobierno

2. El Gobierno alega que la defensa renunció a su derecho a interrogar al testigo A. en el juicio. Es cierto que el demandante y uno de sus abogados manifestaron que no había ninguna objeción a la lectura del testimonio de A y el segundo abogado estuvo de acuerdo. Sin embargo, no lo hicieron hasta que fueron informados por él magistrado presidente que A. estaba una en una misión de trabajo y que no podría, por tanto, comparecer ante el tribunal. Ninguna mención a la fuente de esta información proporcionada por el tribunal nacional se ha hecho ante este Tribunal. El día en el que el tribunal enjuiciador decidió que no escucharía al testigo en persona, además acordó aplazar las sesiones del juicio oral para permitir a las partes preparar sus conclusiones finales. En consecuencia, la necesidad de asegurar por la celeridad del proceso no puede servir de justificación para rehusar la audiencia del testigo A. Dadas estas condiciones y, en ausencia de toda mención expresa a su renuncia al derecho de interrogar a A.; la forma en la que la defensa expresó su postura no puede ser interpretada como una renuncia inequívoca a su derecho garantizado por el artículo 6 § 3 (d) del Convenio<sup>27</sup>

<sup>26</sup> Perna c. Italia [GS], no. 48898/99, ECHR 2003-V.

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> Compare *Makeyev c. Rusia* no. 13769/04, § 37, 5 febrero 2009, y *Khametshin c. Rusia*, no. 18487/03, § 41, 4 marzo 2010



- 3. De hecho, las alegaciones hechas por la demandante en fase de apelación relativas a que el juez había decidido no interrogar a A. y no había proporcionado ninguna prueba sobre que la ausencia de éste estuviera relacionada con una misión de trabajo, indicaba claramente que la defensa no había renunciado a su derecho a interrogarlo<sup>28</sup> ni el Tribunal Supremo actuando como tribunal de apelación, consideró explícitamente que se hubiera producido dicha renuncia. El Tribunal Supremo se refiere en su sentencia no solo al consentimiento de la defensa para la lectura de la declaración de A. sino también a las razones por la que este estuvo ausente del juicio<sup>29</sup>.
- Por otra parte, la mayoría no considera que el caso plantee ninguna cuestión de interés público lo que hubiese sido contrario a la renuncia<sup>30</sup> de las garantías procesales que se afirma realizada por la defesa. Considero que uno de los puntos de mayor de divergencia entre las partes se refiere a si la demandante había señalado de antemano su argumento sobre haber sido objeto de una trampa ante los tribunales nacionales. Este punto tiene un gran peso en el examen que hace el Tribunal de la presente queja en lo relativo a la falta de citación e interrogatorio del testigo A. De hecho, el abogado de la demandante U. señaló claramente durante la fase de conclusiones finales qué "la totalidad del caso contra Murtazaliyeva estaba construido por los agentes de las fuerzas del orden<sup>31</sup>". Esta declaración debe ser interpretada propiamente como la puesta de manifiesto por la defensa de la tesis de la trampa a la vista del conjunto de elementos del expediente, de donde resulta que la estrategia de la defensa ante las jurisdicciones nacionales consistía esencialmente en reclamar su inocencia y en particular en la tesis según la cual la policía había colocado los explosivos en su bolso. A este respecto, conviene señalar que, contrariamente a lo que afirma el Gobierno<sup>32</sup>, el hecho de que la acusada niegue su culpabilidad no excluye automáticamente su posibilidad de recurrir a la tesis de la existencia de una provocación policial. Por otra parte, en virtud del principio nemo tenetur, al acusado no se le debe exigir elegir entre solicitar ser declarado inocente e invocar un medio de defensa como el de la trampa de la policía. Todo acusado puede simultáneamente, alegar que no cometió el delito imputado (porque o bien el delito nunca llegó a

<sup>28</sup> Ver apartado 63 de esta sentencia.

Apartado 37 de la sentencia
32 Apartado 108 de la sentencia

-

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> Ver apartado 67 de la sentencia y comparar con *Bocos-Cuesta c. Países Bajos* no 54789/00, §66, 10 noviembre 2005.

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup> Hermi c. Italy [GS], no. 18114/02, § 79, ECHR 2006-XII.

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> Apartado 57 de la sentencia



- ser consumado o porque fue cometido por otra persona) y que fue<sup>33</sup> empujada a cometerlo).
- 5. En la medida en que la tesis de la trampa ya había sido formulada y existían *prima facie* indicios de esta en el expediente, las autoridades judiciales deberían haber examinado los hechos relacionados con ella y tomar las medidas necesarias para descubrir la verdad, en orden a determinar si hubo alguna provocación policial. Teniendo en cuenta los indicios que permitían claramente pensar en una trampa policial y el papel crucial jugado por el testigo A. en la estrategia seguida por la policía, el tribunal enjuiciador tenía la obligación de interrogarlo. En vista de todo anterior, no puedo compartir la tesis de la mayoría sobre su decisión de estimar fundada la objeción planteada por el Gobierno.

## Doble estándar para la acusación y la defensa Tratamiento desigual de los testigos de cargo y de descargo

- 6. La mayoría de la Gran Sala se apoya esencialmente sobre el estándar de los dos elementos señalado en la sentencia *Perna*<sup>34</sup> que exige en primer lugar que, la demandante haya fundamentado su petición indicando la pertinencia del testimonio para "el establecimiento de la verdad" y, en segundo lugar, la prueba de que el rechazo a interrogar al citado testigo menoscaba la equidad global del procedimiento. Como consecuencia, los estándares legales desarrollados por el Tribunal en *Al-Khawaja and Tahery* <sup>35</sup> [GS] and Schatschaschwili<sup>36</sup> [GS] para que un testigo de cargo no sea interrogado durante el juicio, no son aplicables al presente caso<sup>37</sup>.
- 7. Aunque el articulo 6 §3(d) establece el derecho a que toda persona a la que se le imputa un delito pueda interrogar "a testigos de descargo bajo las mismas condiciones que a los testigos de cargo" la clasificación de una persona como testigo de la defensa o de la acusación comporta en la práctica de este Tribunal la aplicación de un estándar legal diferente. Este tratamiento desigual resulta muy problemático, a la vista de la clara exigencia formulada por el Convenio, de que ambos tipos de testigos sean interrogados "bajo las mismas condiciones" 38.

<sup>35</sup> *Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido [GS]*, nos. 26766/05 y 22228/06, ECHR 2011.

<sup>36</sup> Schatschaschwili c. Alemania [GS] no. 9154/10, ECHR 2015

<sup>&</sup>lt;sup>33</sup> Contra, *Bagaryan y Otross c. Rusia (dec.)*, no. 3343/06, § 5, 12 noviembre 2013, y *Koromchakova c. Rusia*, no. 19185/05, 13 diciembre 2016, §§ 17-20.

<sup>&</sup>lt;sup>34</sup> Perna c. Italia citado más arriba

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> El Tribunal no ha sido siempre coherente con esta división. En *Pello c. Estonia* (no. 11423/03, §§ 26 and 30, 12 abril 2007), el criterio *Perna* se aplicó para testigos de cargo.

<sup>&</sup>lt;sup>38</sup> Tampoco se ajustan al derecho penal internacional. Véase *Prosecutor v. Orić*, Case No. IT-03-68-AR73.2, <u>Interlocutory Decision on Length of Defence Case</u> (Appeals Chamber), 20 July 2005, paragraphs



- 8. Además, resulta muy cuestionable si este doble estándar puede mantenerse a la vista de las numerosas circunstancias bajo las cuales un testigo puede testificar o ser citado para comparecer en juicio. En primer lugar, la clasificación de un testigo como presentado "a favor" o "en contra" de un acusado no es un ejercicio sencillo cuando un testigo presentado por la fiscalía proporciona un testimonio favorable al acusado y, viceversa, cuando un testigo solicitado por el acusado proporciona un testimonio en su contra. En segundo lugar, la comparecencia de un testigo puede ser solicitada tanto por el acusado como por el fiscal, en cuyo caso ni el criterio establecido en Al-Khawaja and Tahery [GS] and Schatschaschwili [GS], ni el establecido en Perna, serían, estrictamente hablando, aplicables. En tercer lugar, un testigo, que haya sido citado de oficio por el tribunal para comparecer, no pertenecería a ninguna de estas dos categorías. En cuarto lugar, un testigo que haya sido interrogado por la acusación durante la fase de instrucción y sobre el cual la defensa solicite que sea oído en el juicio oral, podría rehusar comparecer o no estar en posición de hacerlo<sup>39</sup>. En quinto lugar, un perito es en principio un testigo independiente llamado a hacer una declaración que ni es "de cargo ni de descargo".
- 9. A la vista de las variadas situaciones que pueden presentarse, la jurisprudencia del Tribunal ha considerado siempre que el término "testigo" tiene un significado autónomo en el sistema del Convenio, sin tener en cuenta las clasificaciones de la ley nacional<sup>40</sup>, y que un testigo es considerado de cargo si sus declaraciones sirven de una manera sustancial como base de la condena<sup>41</sup>. En cada asunto, la cuestión relativa a si la comparecencia y el interrogatorio de un determinado testigo han sido solicitados por la acusación o por la defensa, lo que constituye un punto de partida para la valoración del Tribunal. Este

7-8; Prosecutor v. Karemera et al., Case No. ICTR-98-44-AR15bis.3, Decision on Appeals Pursuant to Rule 15bis (D) (Appeals Chamber), 20 April 2007, paragraph 27; Prosecutor v. Nyiramasuhuko et al., Case No. ICTR-98-42-AR73, Decision on Joseph Kanyabashi's Appeal Against the Decision of Trial Chamber II of 21 March 2007 Concerning the Dismissal of Motions to Vary His Witness List (Appeals Chamber), 21 August 2007, paragraph 26; Prosecutor v. Karemera et al., Case No. ICTR-98-44-AR73.14, Decision on Mathieu Ngirumpatse's Appeal from the Trial Chamber Decision of 17 September 2008 (Appeals Chamber), 30 January 2009, paragraph 29; Prosecutor v. Ngirabatware, Case No. ICTR-99-54-T, Decision on the Defence Motion for Reconsideration or Certification to Appeal the Oral Decision of 13 July 2011, and on the Reduction of the Defence Witness List (Trial Chamber II), 26 August 2011, paragraph 56

Esta es la situación de *Cardot c. France*, no. 11069/84, Series A no. 200.

<sup>&</sup>lt;sup>40</sup> Kostovski c. Países Bajos, 20 noviembre 1989, § 40, Series A no. 166, y Damir Sibgatullin c. Rusia, no. 1413/05, § 45, 24 abril 2012

<sup>&</sup>lt;sup>41</sup> Lucà c. Italia, no. 33354/96, § 41, ECHR 2001 II, y Kaste y Mathisen c. Noruega, nos. 1885/04 y 21166/04, § 53, ECHR 2006 XIII. El demandante ignoró esta jurisprudencia al tiempo que solicitaba un "enfoque más flexible teniendo en cuenta el contenido de las declaraciones de un determinado testigo …" (observaciones de la demandante del 20 noviembre 2017, apartado 24).



elemento sin embargo tampoco es decisivo para el Tribunal. La valoración del Tribunal dependerá de alto valor probatorio ("en materia sustantiva") que las declaraciones del testigo tengan en el establecimiento de la culpabilidad del acusado hecha por los tribunales nacionales. Este criterio para la calificación del testigo, que tiene en cuenta las conclusiones sobre el fondo del asunto, plantea problemas importantes para los tribunales nacionales a la vista de su naturaleza imprecisa y de que solo puede ser apreciado *a posteriori*. Para estos tribunales, la prueba para valorar si el testigo debiera haber sido citado y oído, así como interrogado contradictoriamente, debe ser una prueba precisa y realizada *ex ante*, y basada en el momento en que los tribunales están llamados a pronunciarse sobre la petición de comparecencia del testigo<sup>42</sup>.

- 10. Las circunstancias en el presente caso son elocuentes a este respecto. Observo en efecto que, si en el escrito de acusación, el testigo A. figuraba inicialmente en la lista de testigos, como uno de los trece testigos de la acusación, así como testigo de la defensa, finalmente no fue llamado por la acusación, pero su declaración sirvió, entre otros elementos de prueba, para fundamentar la condena de la demandante. Su declaración en fase de instrucción leída en el acto del juicio oral y mencionada en los fundamentos de los tribunales internos, contenía afirmaciones de hecho, y las declaraciones de A. no fueron cotejadas con las de los otros testigos. A pesar de ello, A. fue considerado por las jurisdicciones nacionales como un testigo de descargo, dado que fue la defensa la que había solicitado su interrogatorio en fase de instrucción y de juicio oral.
- 11. Además, los testigos B. y K. fueron presentados por la acusación, pero fue la defensa la que quiso basarse en su testimonio<sup>43</sup>.
- 12. Para resumir este punto introductorio, el tratamiento desigual que el Tribunal aplica a los testigos de cargo y los de descargo así como el concepto impreciso y *a posteriori* de lo que sea un testigo de cargo sobre el cual se funda este tratamiento, contradicen la letra y el espíritu del Convenio, crea innecesarias dificultades prácticas para los tribunales nacionales y, provoca una incertidumbre necesaria en un ámbito del derecho en el que la claridad y la precisión resultan de gran importancia.

#### El estándar original de Perna

-

<sup>&</sup>lt;sup>42</sup> Este es también el estándar de los tribunales internacionaes penales. Ver *El Ministerio Fiscal c.. Ngirabatware*, Case No. ICTR-99-54-T, <u>Decision on the Defence Motion for Reconsideration or Certification to Appeal the Oral Decision of 13 July 2011, and on the Reduction of the Defence Witness List (Trial Chamber II), 26 August 2011, apartado 47.</u>

<sup>&</sup>lt;sup>43</sup> Apartado 137 y 138 de la sentencia.



- 13. El enfoque mantenido en la sentencia *Perna* estaba basado en una distinción clara entre los testigos de cargo y de descargo, fundada sobre la única cuestión de saber qué parte había solicitado su interrogatorio, independientemente del tenor de la declaración prestada por cada uno de ellos.
- 14. A los fines de apreciarse si una petición de oír a un testigo, formulada por la defensa, la sentencia *Perna* establece un elemento estrictamente material fundado en la exigencia de que la defensa, en su petición, "haya precisado la importancia de este interrogatorio y explicado por qué este testimonio es importante para el establecimiento de la verdad". Contrariamente a lo que afirma la mayoría <sup>45</sup>, la sentencia *Perna* no requiere una apreciación preponderante de "la equidad global del procedimiento" dado que la equidad se valora exclusivamente desde el punto de vista del artículo 6§ 1 (e) del Convenio y, teniendo en cuenta la forma en la que la prueba se presenta ante este. Es importante citar el pasaje de la sentencia *Perna* que resulta aplicable al caso:

"El Tribunal considera que las resoluciones en virtud de las cuales las autoridades nacionales rechazaron las peticiones de la demandante no están abiertas a crítica al amparo del artículo 6. Dado que este no había demostrado que sus peticiones para practicar prueba documental y de audiencia del demandante y de los testigos fueran útiles para probar la realidad de la conducta específicamente imputada a Mr. Caselli. Desde ese punto de vista, no puede considerarse que el procedimiento de difamación iniciado por Mr. Caselli contra el demandante fuera injusto teniendo en cuenta la forma en la que se presentaron las pruebas" 46.

15. A la vista de la letra y del espíritu de la sentencia *Perna*, la equidad global del procedimiento no puede por tanto ser considerada como un elemento preponderante que se impone al demandante para que demuestre que el rechazo de la audiencia de un testigo prejuzga la equidad global de todo el procedimiento<sup>47</sup>. Sin embargo, el estándar *Perna* era demasiado estricto y, por tanto, injusto para la defensa. Necesitaba ser revisado desde una perspectiva más respetuosa con los derechos humanos, es decir una revisión que la haga más cercana a los principios del Convenio en materia de producción de prueba en el procedimiento penal, pero esto no es lo que ha hecho la mayoría. Como demostraré a continuación.

#### El primer elemento del estándar Murtazaliyeva

<sup>45</sup> Apartado 141 de la sentencia

<sup>46</sup> *Perna* citado más arriba §32

<sup>44</sup> Perna citado más arriba §29

<sup>&</sup>lt;sup>47</sup> Contrastar con *Guilloury c. Francia*, no. 62236/00, § 55, 22 junio 2006, y *Erich Priebke c. Italia* (dec.), no. 48799/99, 5 abril 2001



- 16. El estándar inicial de *Perna* estaba formulado en estos estrictos términos: la audiencia de testigos de descargo es admisible a condición de que fuera "necesaria" para el establecimiento de la verdad. La práctica del Tribunal ha suavizado su rigor para volver al criterio, más liberal, de la audiencia de testigos "considerados a priori como relevantes", con múltiples formulaciones realizadas a lo largo de los años<sup>48</sup>. Entre estos dos criterios tan distintos la mayoría ha escogido ahora aquella del testigo capaz de influir en el resultado del juicio o del que puede razonablemente esperarse que reforzará la posición de la defensa<sup>49</sup> a primera vista parece que la mayoría haya escogido el criterio más liberal y suavizado. Esto también lo indica la posición de la mayoría en el sentido de que un escaso razonamiento por parte de la defensa puede ser suficiente para responder afirmativamente a la primera pregunta del estándar<sup>50</sup>. Opción que también estaría en consonancia con la jurisprudencia de la Sala de Apelaciones del TPIY, según la cual un solicitante debe demostrar que existen motivos razonables para creer que existe una alta probabilidad de que el posible testigo esté en posición de dar información que le ayude materialmente en su caso, en relación con cuestiones claramente identificadas como relevantes para el juicio que haya de celebrarse<sup>51</sup>.
- 17. El punto de vista aparentemente liberal de la mayoría no se limita a graduar la relevancia o necesidad del testimonio, sino que se extiende igualmente a su alcance, lo que incluye si la citada prueba será pertinente para el resultado del juicio y para la tesis de la defensa en general. Esto tiene una consecuencia obvia, cualquier testimonio de un testigo de descargo relacionado con la legalidad fiabilidad y credibilidad del resto de pruebas, así como con la legalidad de la conducta observada por las autoridades públicas que intervengan en el caso, incluyendo la de los jueces, fiscales y las fuerzas y cuerpos policiales que actuaron o debieron haber actuado en el caso del acusado, puede reforzar la posición de la defensa, incluso si finalmente no influye en el resultado del juicio. Por ejemplo, resulta obligatorio llamar a un testigo respecto del que se manifiesta que puede corroborar la alegación del acusado de que fue objeto de malos tratos para hacerle confesar un delito, incluso si la confesión impugnada no juega un papel crucial en el establecimiento de

<sup>48</sup> Apartado 143 de la sentencia. Sin embargo, eso no ha evitado que el tribunal de vez en cuando haya usado la vieja formula de "necesidad" (ver *Miminoshvili c. Rusia*, no. 20197/03, § 122, 28 junio 2011).

<sup>50</sup> Apartado 161 de la sentencia

<sup>&</sup>lt;sup>49</sup> Apartado 160 de la sentencia

<sup>&</sup>lt;sup>51</sup> Apartado 73 y 73 de la sentencia



la culpabilidad del demandante<sup>52</sup>. Y todo ello por dos razones: en primer lugar, porque la prueba de tortura o malos tratos puede tener efecto en la posición de la defensa dado que es una cuestión que puede examinarse a la luz del artículo 6§1 tanto en cuanto, un elemento de prueba pueda haber sido obtenido con violación del artículo 3 del Convenio. Incluso si la admisión de dicho elemento de prueba no ha sido ni determinante ni crucial en la decisión sobre la culpabilidad<sup>53</sup>. En segundo lugar, porque el criterio aplicable al examen de una petición de citación de un testigo de descargo, así como de los testigos de la acusación, debería ser *a priori* un criterio independiente de las conclusiones que alcance el tribunal enjuiciador.

18. En efecto, la mayoría aplica el primer criterio de una forma más restrictiva, dado que critica la petición de la defensa relativa a la comparecencia de los testigos B. y K. sobre la base de que "no contenía ningún argumentó particular de hecho ni de derecho, ni precisaba en términos concretos de qué forma podía razonablemente esperarse que ese testimonio reforzase la tesis de la defensa"<sup>54</sup>. Volveré sobre este punto más tarde.

#### El segundo elemento del estándar Murtazaliyeva

- 19. La cuestión sobre si los tribunales nacionales han examinado la pertinencia de un testimonio determinado y proporcionado motivación suficiente a su decisión de que dicho testigo no sea examinado en el juicio, no es nueva<sup>55</sup>. De hecho, era ya una parte constitutiva del estándar original *Perna*, dado que el Tribunal en este caso valoró la motivación dada por los tribunales nacionales y concluyó que la decisión sobre la cual las autoridades nacionales habían rechazado las peticiones del demandante no estaba abiertas a crítica a la luz del artículo 6<sup>3,56</sup>. En el caso *Perna*, el rechazo para interrogar al testigo estaba motivado por la valoración del tribunal, según la cual, incluso en el caso de ser ciertas sus declaraciones, los hechos habrían resultado jurídicamente irrelevantes.
- 20. En la presente sentencia, la mayoría añade que la motivación de los tribunales nacionales debe ser "proporcional", es decir, adecuado en términos de alcance y nivel de detalle, a las razones aducidas por la

-

<sup>&</sup>lt;sup>52</sup> Por ello, encuentro que el apartado § 105 de *Tarasov c. Ukraine*, no. 17416/03, 31 octubre 2013, es problemática.

<sup>&</sup>lt;sup>53</sup> Ver Jalloh c. Alemania [GS], no. 54810/00, §§ 99 y 108, 11 julio 2006.

<sup>&</sup>lt;sup>54</sup> Apartado 171 del judicial. En el apartado 174 de la sentencia la mayoría se refiere a argumentos específicos fácticos y jurídicos". No está claro si el término "particular" en el apartado 171 y "específico" del apartado 174 pretenden tener el mismo significado.

<sup>&</sup>lt;sup>55</sup> *Topić c. Croacia*, no. 51355/10, § 42, 10 octubre 2013.

<sup>&</sup>lt;sup>56</sup> *Perna* citado más arriba § 32



- defensa<sup>57</sup>. Esta idea, engañosamente simple, no es suficiente en un procedimiento penal sometido al principio de legalidad y en un Estado de Derecho.
- 21. Con carácter general, el tribunal no puede rehusar la audiencia de un testigo sin señalar una buena razón que además resulte bastante<sup>58</sup>, esto comporta también un criterio mínimo antes de poder rehusar que se cite o se realice un interrogatorio a los testigos de cargo, como se estableció en *Al-Khawaja and Tahery and Schatschaschwili* <sup>59</sup>. Los testigos de la defensa no pueden tratarse de forma diferente a los de la acusación tal y como establece el principio esencial de paridad de armas<sup>60</sup>, debe existir una buena razón que además resulte bastante para que el testigo de descargo<sup>61</sup> no comparezca.
- 22. En consecuencia, la desestimación de una petición sin dar razones o guardando silencio por parte de los tribunales nacionales en lo relativo a una petición de llamar a testigos de la defensa realizada de forma suficientemente motivada y pertinente, necesariamente conduce a declarar la violación del artículo 6<sup>62</sup>. La motivación debería estar relacionada con las circunstancias específicas de la situación de cada testigo<sup>63</sup>. En particular el hecho de que un testigo de descargo no tenga la capacidad de probar la inocencia del acusado no es una razón buena para

<sup>57</sup> Apartado 164 de la sentencia

<sup>58</sup> Vidal c. Bélgica, 22 abril 1992 § §34 35 , serie A n235B -B

<sup>59</sup> Al-Khawaja and Tahery precitado y Schatschaschwili precitado § §119-122

<sup>60</sup> Bajo este principio a la luz del Convenio ver Omar Sidhu *The Concept of Equality of Arms in Criminal Proceedings under Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Cambridge, Intersentia, 2017; Summers, *Fair Trials: The European Criminal Procedure Tradition and the European Court of Human Rights*, Oxford, Hart, 2007; Trechsel, *Human Rights in Criminal Procedure*, Oxford, Oxford University Press, 2005; and Wasek-Wiaderek, The *Principle of "Equality of Arms" in Criminal Procedure under Article 6 of the European Convention on Human rights and its Functions in Criminal Justice of Selected European Countries: A Comparative View*, Leuven, Leuven University Press, 2000.

<sup>61</sup> Esta es también la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales. Ver *El Ministerio Fiscal c.. Nyiramasuhuko et al.*, Case No. ICTR-98-42-AR73, <u>Decision on Joseph Kanyabashi's Appeal Against the Decision of Trial Chamber II of 21 March 2007 Concerning the Dismissal of Motions to Vary His Witness List (Sala de apelaciones), 21 agosto 2007, apartados 18-19; *El Ministerio FIscal c. Karemera et al.*, Case No. ICTR-98-44-AR73.14, <u>Decision on Mathieu Ngirumpatse's Appeal from the Trial Chamber Decision of 17 September 2008</u> (Appeals Chamber), 30 enero 2009, apartados 19-21.</u>

<sup>62</sup> Vidal, citado más arriba, §§ 34 and 35, Popov c. Rusia, no. 26853/04, § 188, 13 julio 2006, y Pello, citado más arriba § 35. El pasajede los apartados §§ 74-75 de Dorokhov c. Rusia, no. 66802/01, 14 febrero 2008, es inaceptable. Resulta que el Tribunal considere "lamentable" que el tribunal de primera instancia no haya examinado debidamente la solicitud de la defensa de llamar a dos testigos que eran "claramente relevantes" y, sin embargo, no haya encontrado ninguna violación. Equivocadamente, el Tribunal examinó el valor probatorio de las declaraciones de los testigos no examinados frente al conjunto de pruebas contra el demandante, y concluyó que las declaraciones de los testigos ausentes no habrían conducido a la absolución del demandante. Nechto v. Russia, no. 24893/05, § 127, 24 January 2012.

63 Nechto c. Rusia, no. 24893/05, § 127, 24 enero 2012.

.



rehusar su interrogatorio<sup>64</sup>, por la simple razón de que el acusado no tiene que probar su inocencia. Basta con que alegue que dicho testigo está en una posición de sembrar dudas sobre los hechos de la acusación<sup>65</sup>. Al solicitar la comparecencia de un testigo de descargo, la defensa puede tener otros intereses distintos a la absolución, tales como obtener una condena por un delito menos grave que el que le fue inicialmente imputado, probar circunstancias atenuantes, o sembrar dudas sobre la credibilidad del caso presentado por la acusación, etc.

- 23. Más importante aún, el tribunal enjuiciador no debe solo proporcionar razones bastante y buenas que fundamenten su decisión de rehusar la comparecencia de un testigo de descargo, sino también debe señalarse que no le está permitido anticipar el resultado el resultado del examen de los elementos de prueba en cuestión (*Verbot der Beweisantizipation*) excepto si es en favor del acusado. Al decidir sobre esta petición de prueba, el tribunal debe presumir que su realización se tornará siempre en favor del acusado. Desde esta perspectiva el tribunal puede decidir no citar al testigo de la defensa si asume que i) el hecho que podría ser probado por esta prueba, ya ha sido probado en favor del acusado o ii) si puede demostrar que el hecho que sería demostrado por esta prueba carece de importancia para la resolución del caso<sup>66</sup>.
- 24. En este último caso, el tribunal enjuiciador se encuentra doblemente limitado. Un tribunal no puede mencionar otras pruebas para demostrar que la comparecencia de un testigo de la defensa carece de importancia para la resolución del asunto. Citar algún otro elemento probatorio del expediente para demostrar que un testigo no es susceptible de proporcionar nuevas informaciones importantes o significativas, no puede constituir en ningún caso un motivo admisible para no citar al testigo<sup>67</sup>. Esto constituiría una violación flagrante de la prohibición de anticipar el resultado de la valoración de los elementos probatorios. Además, después de haber desestimado la petición de comparecencia e interrogatorio de un testigo de descargo bajo el motivo de que su declaración no sería susceptible de probar sino hechos que carecen de importancia para la resolución del asunto, el tribunal enjuiciador se

<sup>64</sup> Por tanto el pasaje en § 92 de *Tymchenko c. Ucrania*, no. 47351/06, 13 octubre 2016, es erróneo.

66 Jorgic c. Alemania no. 74613/01, §§ 86 y 88, 12 julio 2007.

<sup>67</sup> A este respecto, entiendo que los pasajes § 70 de *Sergey Afanasyev v. Ukraine*, no. 48057/06, 15 noviembre 2012, y §§ 81-82 de *Janyrev. La República Checa*, no. 42937/08, 31 octubre 2013, simplemente son erróneos.

-

<sup>&</sup>lt;sup>65</sup> El Ministerio Fiscal c. Nzabonimana, Case No. ICTR-98-44D-T, <u>Decision on Nzabonimana's Extremely Urgent Motion for Reconsideration and/or Certification to Appeal the "Consolidated Decision on Prosecutor's Second and Third Motions to Compel the Defence to Comply with the Trial Chamber <u>Decision of 3 February 2010" rendered on 26 March 2010</u> (Sala tercera de primera instancia) §32, 7 mayo2010</u>



- encontraría vinculado por esta constatación en su decisión de fondo y no podría basar ningún argumento en este este hecho particular<sup>68</sup>.
- 25. En resumen, el segundo elemento de Murtazaliyeva está todavía muy lejos de completarse y de ofrecer un estándar de protección más bajo que el establecido al derecho de presentar testigos de cargo. De hecho, la mayoría insiste erróneamente en que, solo circunstancias excepcionales podrían llevar a concluir que la falta de audiencia de testigos de descargo contraviene el artículo 6<sup>69</sup>. No existe razón alguna para este tratamiento tan dispar. El artículo 6 §§ 1 y 3 (d) del Convenio contiene una prohibición del uso de pruebas de referencia contra un acusado en un proceso penal, pero la exclusión del uso de pruebas "de referencia" también se justifica cuando se considera que dichas pruebas pueden ayudar a la defensa<sup>70</sup>. En otras palabras, los apartados 1 y 3 (d) del artículo 6 no sólo consagran el derecho del acusado a interrogar de forma contradictoria a los testigos de la acusación y a interrogar a los testigos de la defensa, sino que garantizan el principio de inmediación<sup>71</sup>, que exige que el tribunal enjuiciador pueda observar la conducta de los testigos y tener así una impresión propia sobre su fiabilidad<sup>72</sup>.

#### El tercer elemento del estándar Murtazaliyeva

26. Según la mayoría, el Tribunal debe examinar si el tribunal enjuiciador ha implementado garantías para asegurar que, incluso en el caso de que se produzca una evidente desviación de las reglas establecidas en el artículo 6§3 del Convenio, se mantenga la equidad global del procedimiento. Ello

<sup>70</sup> Thomas c Reino Unido (dec.), no. 19354/02, 10 mayo 2005, y la decisión de la Comisión en Blastland c. Reino Unido, no. 12045/86, 7 mayo 1987.

\_

<sup>&</sup>lt;sup>68</sup> Los tribunales penales internacionales pueden llegar a la conclusión de que el testimonio de un testigo llamado por la defensa es "excesivo" o "irrelevante" sobre la base de su examen de los declaraciones escritas de dicho testigo, normalmente acompañados al escrito que la defensa presenta entre, el final del caso presentado por la acusación y antes de que la defensa presente el suyo. Ver *El Ministerio Fiscal c. Nyiramasuhuko et al.*, Case No. ICTR-98-42-T, Decision on Joseph Kanyabashi's Motions for Modification of his Witness List, the Defence Responses to the Scheduling Order of 13 December 2006 and Ndayambaje's Request for Extension of Time within which to Respond to the Scheduling Order of 13 December 2006 (Trial Chamber II), 21 marzo 2007, apartado 35; El Ministerio Fiscal *c. Nyiramasuhuko et al.*, Case No. ICTR-98-42-AR73, Decision on Joseph Kanyabashi's Appeal Against the Decision of Trial Chamber II of 21 March 2007 Concerning the Dismissal of Motions to Vary His Witness List (Appeals Chamber), 21 agosto 2007, apartado 16; *EL Ministerio Fiscal c. Ngirabatware*, Case No. ICTR-99-54-T, Decision on the Defence Motion for Reconsideration or Certification to Appeal the Oral Decision of 13 July 2011, and on the Reduction of the Defence Witness List (Trial Chamber II), 26 agosto 2011, apartado 47.

<sup>&</sup>lt;sup>69</sup> Apartado 148 de la sentencia

<sup>&</sup>lt;sup>71</sup> Škaro c. Croacia, no. 6962/13, § 24, 6 diciembre 2016; *Tolmachev c. Estonia*, no. 73748/13, § 52, 9 julio 2015; *Matytsina c. Rusia*, no. 58428/10, § 153, 27 marzo 2014; *Beraru c. Rumania*, no. 40107/04, § 64, 18 marzo 2014; *Cutean c. Rumania*, no. 53150/12, § 60, 2 diciembre 2014; *Pichugin c. Rusia*, no. 38623/03, § 199, 23 octubre 2012; *Graviano c. Italia*, no. 10075/02, § 39, 10 febrero 2005; y P.K.c. *Finlandia* (dec.), no. 37442/97, 9 julio 2002.

<sup>&</sup>lt;sup>72</sup> *Damir Sibgatullin c. Rusia*, no. 1413/05, § 57, 24 abril 2012



- sugiere qué tal garantía debería impedir que el estándar Perna llegue a ser mecánico<sup>73</sup>. Siendo claro: aquí es dónde se sitúa la verdadera novedad y el núcleo del presente asunto y no en el pretendido segundo elemento, como afirma la mayoría<sup>74</sup>.
- 27. Si la equidad global del procedimiento bajo el artículo 6 §1 es aceptada como un correctivo para valorar el cumplimiento de las previsiones del artículo 6§3, entonces tiene que ser necesariamente entendida como una garantía adicional a las garantías individuales establecidas en el artículo 6 §3. Estas están conectadas y derivan del principio de equidad del artículo 6 §1<sup>75</sup>, sin embargo, el estándar de la equidad global no debería entenderse de forma independiente, sino como un sustitutivo preponderante de las garantías establecidas en el artículo 6 §3 capaz de corregir violaciones de derechos descritas en esta disposición<sup>76</sup>.
- 28. La ambigüedad que acompaña al enfoque de la mayoría hacia un sentido primordial de equidad general despoja por completo al artículo 6 § 3 (d) de su significado. El estándar Perna revisado por la mayoría, está construido intencionadamente para permitir al Tribunal, incluso si las respuestas a las dos primeras preguntas se consideran como un fuerte indicio de violación, declarar una no-violación. La clara previsión de los derechos mínimos como expresión del principio de equidad, se sacrifica en aras a preservar un margen de apreciación para los tribunales nacionales. Aunque la mayoría señala la posibilidad de llegar a conclusiones que difieran, en cualquier sentido, de las indicaciones proporcionadas por los dos pasos anteriores, el menoscabo de un derecho mínimo para la defensa conducirá, en consecuencia, más a menudo, a una carga indebida que va a recaer en la defensa.
- 29. Es cierto que el Tribunal como la Comisión Europea de Derechos Humanos antes que él, ha examinado regularmente la equidad global del procedimiento en su conjunto para pronunciarse sobre el cumplimiento del artículo 6 §1 del Convenio. Sin embargo, hasta *Dvorski*<sup>77</sup>, este

<sup>74</sup> Apartado 141 de la sentencia.

<sup>&</sup>lt;sup>73</sup> Apartado168 de la sentencia.

<sup>&</sup>lt;sup>75</sup> Los tribunales penales internacionales utilizan una valoración holística del tratamiento del proceso realizado por el tribuna enjuiciador solo para determinar si este a conferido tiempo adecuado facilidades a la defensa para su preparación (Prosecutor v. Šainović et al., Case No. IT-05-87-A, Judgement (Sala de apelaciones), 23 enero 2014, apartados 122, 135-137).

<sup>&</sup>lt;sup>76</sup> La breve historia de esta tendencia en la jurisprudencia del Tribunal puede seguirse en el voto particular de Judges Sajó and Karakas in Al-Khawaja and Tahery, citado más arriba; el voto particular concurrente y conjunto de Judges Spielmann, Karakas, Sajó y Keller in Schatschaschwili, citado más arriba; el voto particular parcialmente divergente y conjunto de Judges Sajó and Laffranque en *Ibrahim and Others v*. the Reino Unido [GS], nos. 50541/08 and 3 others, ECHR 2016; y el voto particular parcialmente disidente de Judges Sajó, Lazarova-Trajkovska and Vučinić, al que se unió Judge Turković, av el voto particular parcialmente disidente de Judge Serghides en Simeonovi c. Bulgaria [GS], no. 21980/04, 12 mayo 2017

<sup>&</sup>lt;sup>77</sup> *Dvorski c. Croacia* [GS], no. 25703/11, 20 octubre 2015.



ejercicio se dirigía a valorar la justicia del procedimiento, la equidad de los procesos que eran además conformes con los derechos mínimos enumerados por el artículo 6 §3 c) del Convenio. Según la interpretación tradicional del Tribunal, un proceso podía ser globalmente injusto incluso si era conforme con el artículo 6 §3, de lo que se deduce *a contrario sensu*, que un procedimiento puede ser globalmente justo incluso si no es conforme con el artículo 6§3 - dicho de otra forma - la equidad global del procedimiento puede permitir que no se tengan en cuenta las violaciones del artículo 6§3 y no solo es lógicamente un error sino que desnaturaliza igualmente la esencia misma del artículo 6§3. Un examen en mayor profundidad de la jurisprudencia del Tribunal permitirá clarificar este punto.

30. El asunto *Nielsen c. Dinamarca* fue el primero en la historia de Estrasburgo en el que se utilizó este estándar. En este caso la Comisión tuvo que pronunciarse sobre una queja referida a una presunta admisión equivocada de incorporar datos médicos como prueba en un proceso penal. La Comisión declaró:

"El artículo 6 del Convenio no define la noción de "juicio justo" en un caso penal. El apartado 3 del artículo enumera ciertos derechos específicos que constituyen elementos esenciales de esa noción general... Sin embargo, las palabras "derechos mínimos" indican claramente que los seis derechos enumerados en el apartado 3 no son exhaustivos, y que un juicio puede no ajustarse a la norma general de un "juicio justo", incluso si los derechos mínimos garantizados por el apartado 3 -y también los derechos establecidos en el apartado 2- se han respetado."78.

31. Por si esto no fuera suficientemente clarificador la Comisión consideró útil precisar que:

"La relación entre la disposición general del apartado 1 y las disposiciones específicas del apartado 3, parece ser la siguiente: En un caso en el que no se constata ninguna violación del apartado 3, la cuestión de si el juicio se ajusta a la norma establecida por el apartado 1 debe decidirse sobre la base del examen del juicio en su conjunto [...]"

32. Esta asimetría existente entre los artículos 6 §1 y 6 §3 fue recordada por el tribunal en la sentencia *Deweer c. Bélgica*, en la que resolvió que, mientras "que los diferentes derechos, que no constituyen una lista *numerus clausus*, regulados en el artículo 6 § 3 son elementos constitutivos entre otros de la noción de juicio justo en los procedimientos penales", dado que el demandante en este caso, fue totalmente privado de dicho juicio, la cuestión de si los derechos de los artículo 6 §2 y 6§3 se respetaron no tiene una significancia real en este aspecto ya que, este es enteramente absorbido por la cuestión de si, el

<sup>&</sup>lt;sup>78</sup> Nielsen c. Dinamarca n°343/57, informe de la Comisión 1960, §52

<sup>&</sup>lt;sup>79</sup> Ibidem.



- artículo 6§1 fue respetado<sup>80</sup>. De nuevo, un proceso puede ser injusto incluso si se acomoda perfectamente al artículo 6§3, pero nada en este caso sugiere que el proceso pueda ser considerado justo si esos derechos mínimos no se respetaron.
- 33. Desde entonces, el Tribunal ha aplicado la equidad general del procedimiento con muchos propósitos, sin embargo la relación entre el párrafo 1 y el párrafo 3 del artículo 6, tal y como se expresó en *Nielsen* parece haber estado en el corazón de sus razonamientos hasta la sentencia *Dvorsky*, la sentencia a menudo citada *Barberá*, *Mességué y Jabardo*<sup>81</sup> constituye una piedra angular de su jurisprudencia, en la cual el Tribunal concluyó que una acumulación de defectos procesales (ninguno de los cuales por sí mismos podía constituir una violación de alguno de los derechos explícitamente enumerados en los artículos 6§2 y 6 § 3) significa que el procedimiento en cuestión, considerado en su conjunto, no satisfacía los requisitos de un proceso público y justo<sup>82</sup>.
- 34. Bajo esta perspectiva, el análisis de la equidad global del procedimiento ha devenido progresivamente omnipresente incluso en el caso de quejas basadas en el artículo 6 § 3. En algunos casos el Tribunal ha examinado también asuntos relativos al artículo 6 § 3 bajo el ángulo de la apreciación global del procedimiento en el asunto *Goddi*<sup>83</sup>, por ejemplo, el Tribunal afirmó que las garantías del artículo 6 §3 "constituyen elementos" de la noción general de un juicio justo establecido en el apartado 1 y por tanto, el Tribunal examinó separadamente cada uno de las partes de la queja, para después realizar una valoración de conjunto <sup>84</sup>. En otros casos, el Tribunal ha subrayado la necesidad de interpretar el párrafo 3 del artículo 6 con un enfoque teleológico, para garantizar un juicio justo. Esto se revela en una cita que el Tribunal ha utilizado a menudo:

""Los diversos derechos que no constituyen una lista numerus clausus en el apartado 3, reflejan ciertos aspectos de la noción de juicio justo en el proceso penal... Cuando se revisa el cumplimiento del apartado 3, no debe olvidarse su finalidad básica ni separarse de sus raíces<sup>85</sup>"

35. Sin embargo, una lectura del caso sobre el que estas sentencias fueron formuladas revela que, la motivación expuesta, descansaba sobre una intención diferente a la que ha sido señalada por la mayoría en la presente sentencia. El Tribunal, en *Artico c. Italia*<sup>86</sup> al redactar estas

85 Correia de Matos c.Portugal [GS] nº 56402/12 §119, 4 abril 2018.

<sup>&</sup>lt;sup>80</sup> Deweer c. Bélgica 27 febrero1980, §56, serie A n°35

<sup>81</sup> Barberá. Messegué y Jabardo c. España (Pleno) no.10590/83, 6 diciembre 1988

<sup>&</sup>lt;sup>82</sup> Ibidem §89

<sup>83</sup> Goddi c. Italia. 9 abril 1984 §28, serie A nº 76

<sup>&</sup>lt;sup>84</sup> Ibidem §28

<sup>&</sup>lt;sup>86</sup> Artico c. Italia 13 mayo 1980 §32 serie A n°37.



sentencias parece haber querido decir exactamente lo opuesto. En Ártico, el Tribunal trataba de asegurar que la asistencia legal que el Gobierno afirmaba haber proporcionado al demandante había sido realmente efectiva a los fines del artículo 6, y que no se trataba tan solo de un derecho "ilusorio". En la precitada sentencia, el Tribunal llega a la conclusión de que, a pesar de la designación de un abogado, el demandante no había disfrutado de una asistencia letrada efectiva<sup>87</sup>.

36. Tradicionalmente, uno de los principales aspectos en los que el criterio de la equidad global es utilizado, es el de la asistencia letrada. Bajo el pretexto de apreciar la equidad global del procedimiento, el Tribunal se ha distanciado de sus previos estándares en favor del acusado, para adoptar una proposición más cercana a la acusación. Hasta la sentencia Dvorski, el Tribunal siempre había examinado el artículo 6 § 3 c) del Convenio de forma coherente con los principios descritos anteriormente. Es cierto que en algunos casos el Tribunal realizó una especie de ejercicio de ponderar las razones que justifican ciertas restricciones al derecho de escoger libremente un abogado y de las implicaciones que ello tiene para la equidad global del procedimiento, considerado en su conjunto, pero el Tribunal lo hizo solo tras reconocer que tales razones existían. La sentencia John Murray<sup>88</sup> constituye un hito en la jurisprudencia el Tribunal, en la que expuso lo siguiente:

> "[...]En el mismo caso, el artículo 6 exige normalmente que el detenido pueda beneficiarse de la asistencia de un abogado desde las primeras fases de los interrogatorios de la policía. Este derecho, que el Convenio no establece de forma expresa, puede no obstante estar sometido a unas restricciones por unas causas válidas. Se trata de saber en cada caso si, a la luz del procedimiento en su conjunto, la restricción ha podido privar al detenido de un juicio justo 89".

37. Una diferencia central salta inmediatamente a la vista: dado que el derecho a la asistencia letrada sólo puede restringirse "por motivos justificados", la evaluación holística del Tribunal en John Murray sólo se produce después de que se hayan demostrado tales motivos, ya que "incluso un poder de restricción ejercido legalmente puede privar a un acusado, en determinadas circunstancias, de un procedimiento justo"90. El Tribunal, además, se mostró extremadamente cauto en su valoración de la equidad global en este caso, declarando finalmente la existencia de una violación: "no corresponde al Tribunal especular sobre cuál habría sido la reacción del demandante, o el consejo de su abogado, si no se le hubiera denegado el acceso durante este período inicial"91

<sup>&</sup>lt;sup>87</sup> Ibidem §33

<sup>88</sup> John Murray c. Reino Unido no. 18731/91, §63, 8 febrero 1996

<sup>&</sup>lt;sup>89</sup> Ibidem §63.

<sup>&</sup>lt;sup>90</sup> Ibidem §65.

<sup>&</sup>lt;sup>91</sup> Ibidem §68



38. En la sentencia *Salduz*<sup>92</sup> el Tribunal perfeccionó y desarrolló su posición relativa a la invalidez de las restricciones realizadas sin motivación al derecho de asistencia legal. En este asunto memorable de la Gran Sala, el demandante se había visto privado de toda asistencia legal durante su custodia policial en el transcurso de la cual fue interrogado y realizó declaraciones respecto de las cuales se retractó posteriormente ante el juez de instrucción y el fiscal el Tribunal reiteró entonces, la motivación del asunto *John Murray* que dice lo siguiente:

"El artículo 6 exige normalmente que el detenido pueda beneficiarse de la asistencia de un abogado desde las primeras fases de los interrogatorios de la policía. Este derecho, que el Convenio no establece de forma expresa, puede no obstante estar sometido a unas restricciones por unas causas válidas. Se trata de saber en cada caso si, a la luz del procedimiento en su conjunto, la restricción ha podido privar al detenido de un juicio justo".

39. Resulta innegable de la cláusula subrayada que la apreciación de la equidad global del procedimiento no puede analizarse sino una vez que la restricción ha sido considerada como justificada. El Tribunal ha recordado en numerosas ocasiones que toda restricción al derecho de asistencia legal debe estar justificado, para que él pueda entrar a examinar su impacto sobre la equidad global del procedimiento:

"el artículo 6, apartado 1 exige que, con carácter general, la asistencia del abogado se produzca desde el primer interrogatorio policial al sospechoso, a menos que se pruebe, a la luz de las circunstancias particulares de cada caso, que existen razones imperiosas para limitar este derecho. Además, aunque existan razones imperiosas que, excepcionalmente, justifiquen denegar el acceso a un abogado, esta restricción —cualquiera que sea su justificación—no debe menoscabar indebidamente los derechos del acusado que reconoce el artículo 6<sup>3,94</sup>

40. Siguiendo con este razonamiento en la aplicación de los principios generales Enel asunto mencionado, El Tribunal observó que:

"Para justificar el rechazo a que el acusado tuviese acceso a un abogado, no se ha dado otra justificación que el hecho de que así deriva de la aplicación sistemática de las disposiciones legales pertinentes. Esta práctica, por sí sola, ya incumple las exigencias del artículo 6 sobre el particular" <sup>95</sup>

41. Las sentencias *John Murray* y *Salduz* enuncian claramente que los Estados no pueden restringir legítimamente el acceso a la asistencia letrada sin razones válidas. Como lo muestran las citas más arriba. Es en efecto, difícil pensar en una *ratio de decidendi* distinta en estos asuntos. En 2010, el Tribunal aplicó este razonamiento y concluyó que la ausencia de razones válidas para justificar las restricciones al

<sup>94</sup> Ibidem §55.

<sup>95</sup> *Ibidem §56*.

<sup>92</sup> Salduz c.Turquia [GC] nº 36391/02, § §12-17. ECHR2008

<sup>&</sup>lt;sup>93</sup> Ibidem §52.



demandante al acceso a un abogado era suficiente para declarar la violación del artículo 6:

"En cualquier caso, no es necesario realizar más comprobaciones a este respecto en el presente caso, ya que al haber declarado que la restricción previa al juicio, del derecho a la asistencia letrada del demandante no estaba justificada, el Tribunal no necesita seguir examinando qué efecto tuvo dicha restricción en la equidad general del proceso penal contra el demandante..."<sup>96</sup>.

42. El Tribunal hizo una declaración igualmente directa en el caso *Pishchalnikov contra Rusia*, un caso relativo a confesiones realizadas durante los procedimientos previos al juicio después de que se denegara la asistencia de un abogado<sup>97</sup>. En este caso, el Tribunal analizó en primer lugar si "se restringió el acceso del solicitante a la asistencia letrada" y si esta "restricción de los derechos de defensa estaba justificada". Inmediatamente después de realizar esta doble valoración, el Tribunal señaló:

"Al considerar que la restricción del derecho a la asistencia letrada del demandante no estaba justificada, el Tribunal, en principio, no necesita seguir examinando el efecto que dicha restricción tuvo en la equidad general del proceso penal, ya que el propio concepto de equidad consagrado en el artículo 6 exige que el acusado cuente con la asistencia de un abogado ya en las fases iniciales del interrogatorio policial, a menos que la restricción del derecho a la asistencia letrada se imponga excepcionalmente por una causa justificada <sup>98</sup>".

43. En *Dvorski c. Croacia* se refería más a "la negativa a nombrar abogado de su elección" más que a la negativa en si misma de asistencia letrada. Sin citar ningún precedente en apoyo de su conclusión, la mayoría señaló lo siguiente:

"El Tribunal considera que es necesario comenzar por determinar si[...] existían motivos relevantes y suficientes para anular u obstaculizar la voluntad del acusado en cuanto a la elección de su representación legal. Si no existían tales motivos, el Tribunal debe evaluar la equidad general del procedimiento penal" 99

44. Esta ha sido la primera vez que el Tribunal ha retomado la motivación que había apuntado en *John Murray y Salduz*. Sin embargo, deben realizarse dos matizaciones. Primera, a diferencia de los casos precedentes en los cuales se trató sobre" la denegación de acceso" a un abogado, la sentencia *Dvorski* se refería a "la denegación del derecho a designar un abogado de su elección", que el Tribunal consideró como un problema "menos serio" <sup>100</sup>. Segunda, y aún más importante, la valoración de la equidad global del procedimiento parece haberse realizado sobre la base de una seria presunción de que la confesión

<sup>99</sup> Dvorski, citado más arriba §82

<sup>100</sup> Ibidem §81

<sup>96</sup> Pavlenko c. Rusia nº42371/02 §118 1 abril 2010

<sup>&</sup>lt;sup>97</sup> Pishchalnikov c. Rusia n.7025/04, 24 septiembre 2009.

<sup>&</sup>lt;sup>98</sup> Ibidem §81.



inicial de la demandante hecha en ausencia de un abogado libremente elegido tuvo "una repercusión probablemente significativa" sobre el resultado del proceso penal dirigido contra él<sup>101</sup>. La naturaleza de esta "probabilidad" no se infiere claramente, pero sin violentar el texto, podríamos leerlo como un reconocimiento de que todo rechazo a elección de un abogado en las fases cruciales del procedimiento penal, podría tener repercusiones que comprometan la equidad del procedimiento en su conjunto<sup>102</sup>. Esta lectura de la sentencia *Dvorski* presentaría cierta coherencia, aunque imperfecta, con la sentencia *Salduz*.

- 45. Solo en el caso Ibrahim y otros contra el Reino Unido, la Gran Sala, al tiempo que afirma estar "aclarando" Salduz, 103 se aparta de la jurisprudencia anterior sobre el artículo 6 § 3 (c) del Convenio. El Tribunal afirma que "la ausencia de razones imperiosas (para restringir el derecho de un acusado a la asistencia letrada) no conduce por sí misma a la constatación de una violación del artículo 6"104. De hecho, al igual que en John Murray y Salduz, cuando "se constata la existencia de razones imperiosas, debe realizarse una evaluación holística de la totalidad del procedimiento para determinar si fue "justo" a los efectos del artículo 6§1"105. Sin embargo, cuando "no existen razones imperiosas para restringir el acceso al asesoramiento jurídico, el Tribunal debe aplicar un control muy estricto a su evaluación de la equidad106". Curiosamente, el Tribunal no presenta esto como una innovación, sino como una lectura correcta de *Salduz*<sup>107</sup>. Como demuestra ampliamente el voto particular de los jueces Sajó y Laffranque en *Ibrahim y otros*<sup>108</sup>, resulta difícil de mantener esta postura.
- 46. Los apartados precedentes demuestran que, contrariamente a lo que afirma el Tribunal, el razonamiento seguido en *Ibrahim y otros* contradice la jurisprudencia consolidada que se alcanzó con la sentencia *Dvorski*. Incluso si esta declara que *Ibrahim y otros* "clarifica o desarrolla" el criterio ya enunciado en la sentencia *Salduz*, el tribunal en realidad ha abandonado esta jurisprudencia y con ella la motivación que había mantenido durante los últimos cincuenta años que separan la sentencia *Nielsen c. Dinamarca* de la sentencia *Ibrahim y otros*. Aún

1

<sup>&</sup>lt;sup>101</sup> *Ibidem §111*.

Para una interpretación en este sentido de *Dvorski*, ver el apartado 19 del voto particular concordante conjunto de los jueces Kalaydjieva, Pinto de Albuquerque and Turković,.

<sup>&</sup>lt;sup>103</sup> *Ibrahim y otros*, citado anteriormente §257

<sup>&</sup>lt;sup>104</sup> Ibidem §262

<sup>&</sup>lt;sup>105</sup> Ibidem §264

<sup>&</sup>lt;sup>106</sup> Ibidem §265

<sup>&</sup>lt;sup>107</sup> Ibidem §260 y 262

<sup>&</sup>lt;sup>108</sup> *Ibidem* los votos particulares parcialmente disidentes y parcialmente concordante de os jueces Sajó y Laffranque



- peor, este giro radical en la jurisprudencia del Tribunal no solo se ha limitado al artículo 6 §3 (c) sino que se ha extendido al apartado (d).
- 47. En la jurisprudencia relativa a la admisión de las pruebas obtenidas con violaciones del artículo 3, el Tribunal ha aplicado constantemente una línea roja que invalida los procedimientos que se fundan en dicha prueba<sup>109</sup>. La posición del Tribunal relativa a la admisión de los elementos de prueba obtenidos con menoscabo del artículo 8 del Convenio, no resulta, sin embargo, tan clara<sup>110</sup>. En los casos relativos al examen de testigos bajo el artículo 6§3 (d) sin embargo el Tribunal aplicado algunas veces el argumento de la equidad general del procedimiento<sup>111</sup>. Con la finalidad de salvar la Ley de 2003 de justicia penal y responder a las críticas "provocadoras" del Tribunal Supremo de Reino Unido en el asunto Horncastle<sup>112</sup>, Al-Khawaja and Tahery se aparta de la regla de la "prueba única o decisiva" según la cual el proceso no era justo si la condena del acusado descansaba únicamente o de forma decisiva en la prueba proporcionada por la declaración de un testigo que el acusado no había podido interrogar en ninguna de las fases del procedimiento. La Gran Sala contradecía así, una sólida jurisprudencia sobre el carácter absoluto de la regla "de la prueba única y decisiva", vigente desde la sentencia *Doorson* <sup>113</sup>. Un planteamiento tan "inflexible" que implicaba que la incomparecencia de los testigos de cargo al juicio y la posterior admisión como prueba de la declaración del testigo ausente iría, según el Tribunal, en contra de su postura tradicional sobre la necesidad de valorar la equidad del proceso en su conjunto<sup>114</sup>. Dado que ahora todo es negociable, el Tribunal no establece un umbral claro a partir del cual una condena se convierte en algo inadmisible cuando está basada en una prueba testifical realizada en fase de instrucción sin que el acusado o la defensa haya tenido oportunidad de interrogarlo. Incluso las

<sup>109</sup> Jalloh citado anteriormente §99

<sup>114</sup> Al-Khawaja and Tahery [GC], citado más arriba, § 146, Schatschaschwili precitado § §106 y 112.

1

<sup>&</sup>lt;sup>110</sup> En mi opinión parcialmente concordante en *Dragoş Ioan Rusu c. Rumania*, no. 22767/08, 31 octubre 2017, junto con el juez Bošnjak, para un enfoque más estricto sobre la admisibilidad de pruebas obtenidas con violación del artículo 8 del Convenio.

<sup>&</sup>lt;sup>111</sup> Al-*Khawaja and Tahery* [GC], citado más arriba, § 143, refiriéndose a *Salduz v. Turkey* [GC], citado más arriba, § 50

<sup>&</sup>lt;sup>112</sup> Mike Redmayne, "Hearsay and Human Rights: Al-Khawaja in the Grand Chamber" (2012) 75(5) *Modern Law Review* 865, 869

<sup>&</sup>lt;sup>113</sup> *Doorson c. Países Bajos*, no. 20524/92, ECHR 1996-II, § 76, seguida entre otras por *Van Mechelen y Otros c. Países Bajos*, no. 21363/93 y otras, ECHR 1997-III, § 55; *AM c. Italia*, no. 37019/97, ECHR 1999-IX; *Lucà*, citada más arriba, § 40; *P.S.c. Alemania*, no. 33900/96, § 24, 20 diciembre 2001; and *Vladimir Romanov c. Rusia*, no. 41461/02, § 100, 24 julio 2008.



- pruebas prohibidas en la Edad Media, como la declaración de un moribundo, pueden seguir utilizándose<sup>115</sup>.
- 48. Menos de cuatro años después de haber dictado la sentencia en el asunto Al-Khawaja and Tahery, la Gran Sala ha tenido de nuevo que intervenir en el asunto Schatschaschwili c. Alemania dado que aún subsistía cierta incertidumbre sobre si un proceso debía considerarse como injusto por la única razón de la incomparecencia de un testigo de cargo que no estuviera justificada por un motivo serio, incluso si la prueba prestada antes del juicio y no ratificada, no era "ni única ni decisiva". Ha sido peor el remedio que la enfermedad. Profundamente dividida, la Gran Sala juzgó que la ausencia de un motivo serio que justificase la incomparecencia del testigo de cargo no podía en sí misma convertir un proceso en injusto<sup>116</sup>, como los jueces Spielmann, Karakas, Sajó y Keller denunciaron en su voto particular conjunto, que tal aplicación del estándar de los tres elementos implicaría que los diferentes pasos o etapas no serían necesarias siempre que se cumpliera el criterio de equidad global, lo que no sólo no proporcionaría ninguna orientación clara a las autoridades nacionales en cuanto a la aplicación adecuada de los criterios extraídos de Al-Khawaja y Tahery, sino que, de hecho, les dejaría demasiado margen de maniobra<sup>117</sup>. Para complicar las cosas, la mayoría de entonces añadió que seguían siendo necesarios suficientes factores de compensación si las pruebas testificales prestada antes del juicio y no ratificada, tenían un peso significativo. La presente sentencia cierra el círculo, en la medida en que adopta un enfoque global del examen de la equidad del proceso en caso de incomparecencia de los testigos de la defensa<sup>118</sup>.
- 49. Incluso si admitiéramos con la mayoría, por la pura necesidad de discutir, que cierta flexibilidad es necesaria en la jurisprudencia del Tribunal sobre artículo 6 del Convenio. Esta empresa correría el riesgo de caer por su falta de consistencia lógica. La equidad del procedimiento no puede ser una apreciación de índole procesal, un proceso no es justo porque el culpable sea condenado o el inocente absuelto por la simple y pura razón de que es imposible establecer jurídicamente si el culpable es culpable fuera del procedimiento en sí mismo. La justicia penal no es una

<sup>&</sup>lt;sup>115</sup> Como subraya Ulrich Sommer en su artículo "Das Konfrontationsrecht ...", citado más arriba, p. 28, refiriéndose a *Al-Khawaja and Tahery*, citado más arriba, § 160.

<sup>&</sup>lt;sup>116</sup> *Ibidem §113* 

<sup>&</sup>lt;sup>117</sup> Ver el voto particular concurrente y conjunto de los Juees Spielmann, Karakaş, Sajó and Keller en *Schatschaschwili c. Alemania [Gs]*, citada más arriba, §§ 17-18.

<sup>&</sup>lt;sup>118</sup> Ibid., § 116. En su voto disidente unido a *Schatschaschwili*, citada más arriba, el Juez Kjølbro criticaba a la mayoría por introducir una tercera categoría (que la prueba tuviera un peso significativo) además de la previas categorías ( prueba única y decisiva).



justicia ontológica y los jueces de los tribunales penales no son dioses. Un procedimiento es justo cuando las reglas fundamentales del procedimiento son respetadas. En ese sentido es difícil saber lo que quiere decir en la práctica valorar si un proceso es justo, considerado en su conjunto. Podría significar que el Tribunal está llamado a examinar si la restricción al derecho en cuestión perjudicó o no el establecimiento de la verdad material, pero esto implicaría necesariamente que el Tribunal tuvo acceso a una versión extraprocesal de la verdad material, lo cual es legalmente imposible.

- 50. Un examen más modesto de la equidad global fracasaría de la misma forma. Podría decirse que la violación ha sido "remediada" cuando de ninguna forma afecta al resultado final del procedimiento, es decir, cuando el demandante hubiera sido declarado culpable y condenado en la misma forma si el procedimiento no hubiera estado viciado. Pero esto lógicamente es imposible, incluso si debe admitirse que una apreciación de esta naturaleza pudiera hacerse sin recurrir ilegalmente a una versión extraprocesal de la verdad material, para aplicar este criterio, el Tribunal debería examinar la equidad de un procedimiento que no hubiera debido existir tal y como ha existido: por ejemplo, si el acusado hubiera podido escoger su abogado o si hubiera estado representado por sí mismo entonces el procedimiento habría seguido probablemente otro camino, el acusado hubiera hecho declaraciones diferentes, se hubieran admitido elementos de prueba diferentes etc. Finalmente, para retomar los términos del Tribunal Supremo de Estados Unidos, el análisis sobre el terreno del "error inocuo, o [ "la equidad global" en la jerga del Tribunal] en este contexto sería una búsqueda meramente especulativa sobre lo que hubiera podido producirse en un universo alternativo" <sup>119</sup>.
- 51. De hecho, el Tribunal ha reconocido durante largo tiempo obstáculos lógico a este tipo de razonamiento. Desde 1980 el Tribunal se ha pronunciado en un asunto relativo a una persona condenada sin haberse beneficiado de asistencia legal efectiva que el Estado le había proporcionado. En este asunto el Gobierno objetaba que la falta de asistencia legal era irrelevante, dado que no hubiera cambiado el destino del demandante. El Estado demandado alegaba que "para que exista una violación del artículo 6 § 3 (c) la falta de asistencia legal debe, de hecho, implicar realmente un perjuicio para el acusado 120.". El Tribunal ha expresado su desacuerdo en términos de principio, la necesidad de una prueba similar como la de que la asistencia efectiva del abogado hubiera beneficiado al demandante, no se deduce en ninguna parte del texto del artículo 6 § 3 (c). Si lo introdujésemos por vía de interpretación, se le

<sup>119</sup> Tribunal Supremo de Estados Unidos, *Estados Unidos c. Gonzalez-López, 548, u.S.140,149* (2006)

<sup>&</sup>lt;sup>120</sup> Artico c. Italia, citado más arriba §35.



privaría de una gran parte de su contenido material. Incluso con mayor generalidad, la existencia de una violación se concibe incluso en ausencia de perjuicio 121. En el asunto John Murray, el Tribunal respondió de manera incluso más explícita a un argumento similar del Gobierno precisando que "el Tribunal no puede en ningún caso especular con la reacción del demandante o sobre el consejo que le hubiera dado su abogado en la hipótesis de que el acceso a la asistencia legal no hubiera sido rechazado durante esta fase inicial<sup>122</sup>". La Gran Sala retomó casi literalmente este razonamiento en la sentencia Salduz<sup>123</sup>.

- 52. Incluso ignorando las incoherencias lógicas que recaen en razonamiento de la mayoría realizado en la presente sentencia, el estándar de la "equidad global" del procedimiento es de naturaleza subjetiva y por tanto extremadamente maleable. Esta característica implica que sea muy difícil que el Tribunal lo aplique de una manera mínimamente predecible. Por la misma razón, este estándar no se adapta particularmente bien si tiene que orientar a las jurisdicciones internas cuando han de valorar si se han respeto las exigencias del Convenio: indicar a una jurisdicción nacional que los procedimientos deberían llevarse de una forma "globalmente justa" añade poco a la buena voluntad de los jueces nacionales. El sentido de atribuir el término "equidad o juicio justo" caso por caso o de manera general podría razonablemente generar desacuerdos entre las jurisdicciones nacionales, entre las que llevan el procedimiento y las que proceden a su revisión, pero también entre las jurisdicciones nacionales y este Tribunal. Rechazar la apreciación de equidad hecha a nivel nacional parece menos compatible aún con el principio de subsidiariedad, que constatar simplemente violaciones de ciertos derechos procesales, tal y como son enunciados por el Convenio que los Estados miembros han ratificado. Permitir a los Estados infringir normas tan estrictas como las contenidas en el artículo 6§3 en favor de este concepto tan difuso de "equidad" invita, en lugar de a prevenir, a provocar violaciones del artículo 6.
- 53. Si es necesaria alguna prueba de la maleabilidad de la equidad del concepto de equidad global puede echarse un vistazo a Ibrahim y Otros en el que el Tribunal enumera "una lista no-exhaustiva de factores<sup>124</sup>" que son relevantes para el análisis de la equidad, estos factores incluyen entre otros, "la existencia en la ley y práctica nacional de otras garantías procesales", consideraciones específicas (tales como la edad y capacidad

<sup>&</sup>lt;sup>121</sup> Ibidem.

<sup>&</sup>lt;sup>122</sup> John Murray, citado más arriba §68.

<sup>&</sup>lt;sup>123</sup> Salduz, citada más arriba §58 "No corresponde al Tribunal especular con el impacto que el acceso a la asistencia legal del demandante durante su custodia policial habría tenido en el procedimiento posterior" 124 Ibrahim y Otros, citado más arriba §274



mental del acusado) pero también otros "factores" tan poco precisos como el de la valoración de la equidad en sí mismo. El Tribunal señala por ejemplo que tendrá en cuenta el marco legal que rige la fase de instrucción y la calidad de las pruebas teniendo en cuenta el grado y la naturaleza de cualquier presión o coacción que se haya podido ejercer. Este es un mapa del tamaño del territorio: aparentemente exacto, pero en realidad inútil en términos de proporcionar cualquier orientación, esto se demuestra con el hecho de que ni el Tribunal incluso revisa estos elementos cuando valora la equidad del procedimiento un año después en *Simeonovi c. Bulgaria*<sup>125</sup>. La falta de seguridad jurídica se agrava en caso del rechazo a comparecer de los testigos de la defensa, dado que la lista de los 10 factores pertinentes para la apreciación de la equidad global del procedimiento establecida en su sentencia *Ibrahim y Otros*<sup>126</sup> ha sido totalmente ignorada en el presente asunto y, ningún esfuerzo se ha hecho para reemplazarla por una lista alternativa.

54. Si la falta de claridad transforma el criterio de la equidad global en un peligroso cheque en blanco entregado a las jurisdicciones nacionales, el factor de "la importancia del interés público en investigar el delito concreto en cuestión y de castigar al autor" merece en todo caso una atención especial en razón a su peligrosidad. No es necesario tomar una posición extremadamente deontológica para comprender por qué este tipo de razonamiento debería estar prohibido en el Tribunal. La gravedad y la naturaleza de las infracciones pueden incitar a los Estados a adoptar disposiciones procesales particulares y especialmente disposición de la Convención debería ser interpretada como un impedimento a los Estados de luchar contra el terrorismo la criminalidad organizada u otras formas graves de infracciones. Sin embargo, la inclusión de este factor entre los relevantes para valorar la equidad del proceso es muy preocupante. Observo que la sentencia *Ibrahim y otros* no se refirió al interés público en la investigación y el castigo del "tipo de delito en cuestión", sino del "delito concreto en cuestión". Esto podría interpretarse como que los acusados tienen derecho a diferentes grados de imparcialidad en los procedimientos existentes contra ellos, no sólo por el tipo de delito del que se les acusa, sino también por el "interés público" que su caso haya suscitado. Este sería el paradigma definitivo de la "justicia de la calle", más parecido al ejercicio de autodefensa que a garantizar un proceso legítimo. Aunque creo que el Tribunal no podría haber pretendido tal significado, esta ambigüedad se recoge en un párrafo que estaba previsto como pedagógico. Sin embargo, no está claro

125 Simeonovi, citado más arriba § §132-144

٠

<sup>&</sup>lt;sup>126</sup> Ibrahim y Otros, citado más arriba §274.

<sup>&</sup>lt;sup>127</sup> Ibidem §274



qué más pretendía decir el Tribunal, podría haber querido decir que los Estados tienen garantizado un margen de discreción para imponer normas procesales más restrictivas para crímenes que implican cuestiones particularmente sensibles. Si este era el caso, esta cuestión debería haber sido examinada en una fase anterior, a saber, en el momento de apreciación de los motivos invocados por el Gobierno para justificar la restricción. Tener en cuenta dos veces el interés público comporta una contabilización doble que, de hecho, viene a reducir a la mitad, la importancia de la equidad del proceso.

- 55. En relación con esto, la evaluación de la equidad global de un procedimiento implica, en la lógica de *Ibrahim y otros*, que el Tribunal debe analizar los elementos obrantes en el expediente penal<sup>128</sup>, especialmente las pruebas utilizadas para la condena, y hacer una doble evaluación. En primer lugar, si las pruebas del expediente habrían existido si no se hubiera vulnerado el derecho del demandante a un abogado. Y, en segundo lugar, si esas pruebas hubieran conducido razonablemente a la condena, incluso si el acusado hubiera contado con asistencia letrada de su elección. Estas evaluaciones hipotéticas no pueden llevarse a cabo sin un conocimiento significativo con el derecho procesal interno, como el que rige las reglas probatorias y la admisibilidad de las pruebas. Esta parece ser una tarea que el Tribunal no está mejor preparado para llevar a cabo, respetando al mismo tiempo la autoridad de los Estados miembros en el diseño de sus propios sistemas procesales.
- 56. Por último, si las decisiones del Tribunal deben orientar a las de autoridades nacionales, es inútil pedir a las jurisdicciones internas que conduzcan los procedimientos con respeto a la equidad global. En efecto no solo esta noción es confusa, sino que, fundamentalmente, las jurisdicciones no pueden saber en un momento dado, cómo serán las reglas del procedimiento en razón especialmente al número de órganos que están encargados de diferentes tareas en diferentes momentos procesales. Por ejemplo, un juez o un fiscal que no autoriza al acusado a tener acceso a un abogado de su elección en fase de instrucción no puede saber de antemano si la parte subsiguiente del procedimiento que será conducido por otros órganos lo será de manera "suficientemente justa" para compensar esa supuesta violación del Convenio. La imposibilidad de apreciar la equidad global del procedimiento desde dentro del mismo procedimiento debería indicar de manera clara que se trata de un criterio demasiado débil para ser mantenido por el Tribunal.

## El principio de inmediación en el Convenio

 $<sup>^{128}</sup>$  Ibidem §274. Ver también  $\it Al\mathchar`-Khawaja$  et Tahery, citado anteriormente § 143.



57. Todas las consideraciones precedentes se aplican a los derechos enunciados en el artículo 6§3 (d)<sup>129</sup> de que son manifestaciones del principio de equidad y no simples recomendaciones. Estos derechos igualmente tienen sus raíces en él consenso europeo sobre del principio inmediación de apreciación de las pruebas (Unmittelbarkeitsgrundsatz) del que se deriva la prohibición de las pruebas "por referencia". Según este principio de inmediación la conexión próxima entre la testifical y el tribunal, se percibe filosóficamente para proporcionar la mejor aproximación posible a la verdad. Estos principios son aceptados en Europa y fuera de sus fronteras diferentes tipos de sistemas jurídico-penales, independientemente de que sean más o menos acusatorios o inquisitivos. Aunque la forma en que el principio de inmediación es implementado en cada sistema jurídico nacional difiere, la aceptación de tal principio no se niega<sup>130</sup>. A la luz de este consenso y de la jurisprudencia consolidada del Tribunal sobre esta materia, el principio de inmediación impone directrices a los tribunales enjuiciadores, proporcionándoles no solo un criterio de control judicial a posteriori, sino también un criterio de admisibilidad de elementos de prueba futuros:

Directriz 1: El principio de inmediación requiere que la prueba testifical sea practicada en el procedimiento ante el tribunal enjuiciador competente y en consecuencia, que todas las medidas posibles y si es necesario medidas coercitivas, sean implementadas comparecer a los testigos ausentes en el juicio oral<sup>131</sup>.

Directriz 2: El criterio para valorar la petición de comparecencia o de interrogatorio cruzado de un testigo, que es idéntico para la defensa y para la acusación, descansa a priori en la relevancia que tenga el concreto testigo para el resultado del juicio o para la posición de la parte que lo solicita. Es un criterio exclusivamente a priori, por tanto, cuando se analiza una petición de comparecencia o contra interrogatorios de

<sup>&</sup>lt;sup>129</sup> Ulrich Sommer, "Das Konfrontationsrecht des Art. 6 Abs. 3 lit. d MRK – "to examine the witness", cited above, pp. 4-32; Ian Dennis, "The right to confront witnesses: meanings, myths and human rights" (2010) Criminal Law Review 255-274; Kweku Vanderpuye "Traditions in Conflict: The Internationalization of Confrontation" (2010) 43 Cornell International Law Journal 513-583; John Spence, "The European Right to Confrontation in Criminal Proceedings - Absent, Anonymous and Vulnerable Witnesses" (2007) 32 European Law Review 275-278; Maffei, The European Right to Confrontation in Criminal proceedings: Absent, Anonymous and Vulnerable Witnesses, Groningen, Europa Law, 2006.

<sup>&</sup>lt;sup>130</sup> Ver Sebastian Bürger, "Unmittelbarkeitsgrundsatz und kontradiktorische Beweisaufnahme" (2016) 128 (2) Zeitschfrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 518-546; and Daniela Dembo, Menschenrecht auf Verteidigng und Fairness des Strafverfahrens auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene, Berlin, Duncker Humboldt, 2014.

En relación con los testigos de la acusación, Delta c. France, no. 11444/85, Series 1 No. 191-A, § 37, y Pello c. Estonia, no. 11423/03, §§ 34 y 35, 12 abril 2007; en relación con los testigos de la defensa, Polufakin y Chernyshev c. Rusia, no. 30997/02, § 207, 25 septiembre 2008.



testigos el tribunal enjuiciador no está autorizado a desvelar el resultado de la valoración de los elementos probatorios, excepto favor de la defensa.

Directriz 3: Solo excepcionalmente una prueba testifical realizada en fase de instrucción en un procedimiento penal puede ser leída ante el tribunal enjuiciador y utilizada para fundamentar su sentencia. El principio de legalidad en los procedimientos penales requiere un catálogo jurídico exhaustivo de buenas razones para no citar o interrogar a un testigo durante el juicio y para la lectura en el juicio oral de la declaración de un testigo que se encuentre ausente. Este catálogo de buenas razones incluye dos categorías de testigos: testigos que no estén disponibles o testigos que se encuentren bajo protección. La categoría de testigos que no estén disponibles tiene las siguientes subcategorías 1) testigo fallecido<sup>132</sup>; 2) la discapacidad mental o física o enfermedad del testigo<sup>133</sup>o; 3) la desaparición del testigo<sup>134</sup>; 4) residencia o viaje en el extranjero<sup>135</sup>; 5) que pueda beneficiarse del derecho a guardar silencio como co-acusado 136; 6) que pueda beneficiarse del derecho a no declarar contra sí mismo 137; 7) un testigo que tenga una dispensa legal de la obligación de testificar por razones familiares <sup>138</sup>. La categoría de testigos que necesitan protección tiene también dos categorías: 1) que necesitan protección de su vida o integridad física<sup>139</sup>; 2) la salud de un testigo vulnerable<sup>140</sup>. El catálogo de razonamientos debe establecer una distinción en función de que la prueba testifical se haya realizado ante un juez, ante un fiscal o ante la policía. Una declaración hecha ante la policía o ante un fiscal en la fase preliminar del procedimiento no puede ser tratada de forma análoga ni en cuanto a su fiabilidad y ni en cuanto a su exactitud a una declaración realizada ante el juez en fase de instrucción. En cuanto a lo que se refiere a la justificación para la lectura en el juicio oral de la declaración de un testigo ausente, el catálogo de razonamientos disponible es más extenso, dado que la declaración ha sido recogida antes del juicio por un juez, pero debe ser más estricta cuando ha sido recogida por un fiscal o la policía.

1

<sup>&</sup>lt;sup>132</sup> Ferrantelli y Santangelo c. Italia, no. 19874/92, ECHR 1996-III.

<sup>&</sup>lt;sup>133</sup> Bricmont c. Bélgica, no. 10857/84, Series A, no. 158.

<sup>&</sup>lt;sup>134</sup> Artner c. Austria, no. 13161/87, Series A no. 242-A.

<sup>135</sup> Schatschaschwili, citado más arriba, § 155, y Nechto, citado más arriba.

<sup>136</sup> Lucà, citado más arriba.

<sup>&</sup>lt;sup>137</sup> Vidgen c. Países Bajos, no. 29353/06, 10 julio 2012.

Esta es la situación en *Unterpertinger c. Austria*, no. 9120/80, Series A no. 110, y *Asch c. Austria*, no. 12398/86, Series A no. 203. El Tribunal resolvió estos casos de forma contradictoria, como señalaron en el último caso los Jueces Evans and Bernhardt en su voto particular disidente.

<sup>&</sup>lt;sup>139</sup> Kostovski c. Países Bajos no. 11454/85, Series A no. 166.

<sup>&</sup>lt;sup>140</sup> P.S c. Alemania. citado más arriba.



Directriz 4: Cuando existe una buena razón para no citar o examinar al testigo y para que el testimonio prestado en fase de instrucción sea leído en juicio oral, el Tribunal enjuiciador debe asegurarse de que se adoptaron o se adoptan suficientes medidas para compensar las desventajas impuestas a la defensa, tales como si en la fase de instrucción, la prueba testifical fue hechas con respecto al principio de contradicción<sup>141</sup>. Ni una indicación dirigida a los jurados de dar menos importancia a una declaración no contrastada<sup>142</sup>, ni la posibilidad para el acusado de responder o refutar a la declaración de un testigo ausente, testificando el mismo o interrogando a otro testigo serían suficientes<sup>143</sup>.

Directriz 5: Incluso aunque si hubieran tomado medidas de contrapeso suficientes para compensar las dificultades causadas al acusado. El tribunal enjuiciador no puede fundar su decisión únicamente o en una forma determinante sobre la declaración hecha antes del proceso por un testigo ausente en el acto del juicio oral<sup>144</sup>. Una motivación en este sentido privaría al principio de inmediación de su propia esencia.

Directriz 6: Cuando el tribunal enjuiciador se enfrenta a la existencia de una contradicción entre las declaraciones de un testigo hechas en fase de instrucción y en fase de juicio oral, el principio de inmediación exige que se otorgue un peso preponderante a esta última.

Directriz 7: Las líneas rojas establecidas aquí arriba no pueden ser franqueadas por un tribunal enjuiciador, so pena de cometer una violación del principio de inmediación, lo que, consecuentemente, provocaría la falta de equidad del proceso. El tribunal enjuiciador no puede tener en cuenta ninguna declaración que menoscabe las directrices expuestas, a menos que, el derecho nacional prevea la posibilidad de acuerdo entre la acusación y la defensa en lo relativo a la lectura en fase de juicio oral de las declaraciones hechas en fase de instrucción y que las dos partes la acepten.

## Aplicación de las normas del Convenio al testigo A.

58. El testigo A era un agente de policía del Departamento de crimen organizado que actuó siempre bajo las instrucciones de sus superiores. El Gobierno describía su papel de la forma siguiente: El papel de A en los

-

<sup>&</sup>lt;sup>141</sup> Schatschaschwili, citado más arriba, § 162, y Melnikov c. Rusia, no. 23610/03, § 80, 14 enero 2010

<sup>&</sup>lt;sup>142</sup> Al-Khawaja y Tahery, citado más arriba, § 164,pero véase también §§ 156 y 157. No es suficiente un examen cuidadoso de las pruebas (*Hulki Günes c. Turquia*, no. 28490/95, § 95, 19 junio 2003).

<sup>&</sup>lt;sup>143</sup> Paic c. Croacia, no. 47082/12, § 51, 29 marzo 2016

<sup>&</sup>lt;sup>144</sup> Ver nota al pie 88 más arriba.



hechos se limitó técnicamente a facilitar la investigación en relación con la demandante <sup>145</sup>. De hecho, existía una operación encubierta contra la demandante y A. actuó como agente encubierto en aquellas actividades dirigidas a recoger la totalidad del acervo probatorio contra ella, la mayoría a través de las grabaciones de video hechas en el apartamento que esta compartía con V y Ku.

- 59. Calificar al testigo A como testigo de descargo resulta problemático. Incluso si la petición de la demandante de que fuera interrogado en calidad de testigo en la fase de instrucción es el Fiscal el que solicitó la lectura en el acto del juicio oral de su declaración. Declaración en base a la cual el Tribunal enjuiciador ha basado su condena. La falta de examen por las jurisdicciones nacionales del valor probatorio de su declaración no excluye para nada este problema de calificación de A. como testigo de cargo. La particularidad de la situación descansa sobre el hecho de que la condena de la demandante se fundó en la tesis, según la cual no había existido ninguna "trampa policial" ni ningún otro tipo de provocación policial qué hubiera podido justificar su absolución o al menos su exención de responsabilidad.
- 60. La demandante reiteró durante el juicio que había insistido en realizar un careo con el testigo A. sin éxito<sup>146</sup>. No se tomó ninguna medida para localizar al testigo que había participado en la operación encubierta contra ella, ni para hacerle comparecer en el juicio oral<sup>147</sup>. El tribunal en primera instancia concluyó simplemente que todas las pruebas contra la demandante eran admisibles y el Tribunal Supremo en fase de apelación, confirmó los fundamentos de la sentencia sin mayores precisiones. En relación con la alegación de la demandante relativa a la "trampa", el Tribunal Supremo simplemente declaró que la sala de apelaciones era "incapaz de estar de acuerdo" con la acusada sin añadir mayores consideraciones<sup>148</sup>.
- 61. Parece claro que ninguna buena razón puede darse para justificar la falta de citación del testigo A. para comparecer y declarar en el juicio oral. Tal y como exige el apartado segundo del artículo 281 la Ley de Enjuiciamiento criminal rusa que explícitamente señala ejemplos de motivos admisibles para la no comparecencia, así como una cláusula ómnibus referida a "otras circunstancias excepcionales". Estos motivos son próximos al criterio establecido por el Tribunal en *Al-Khawaja and Tahery*. Además, al igual que en otros artículos de las Leyes de

<sup>147</sup> Contrastar con *Bykov*, c. *Rusia* [GS], no. 4378/02, § 97, 10 marzo 2009

<sup>&</sup>lt;sup>145</sup> Véanse las observaciones del Gobierno de 28 de noviembre de 2017, página 21. Aunque consideran al testigo A. como un testigo de parte del demandante (párrafo 8 de las observaciones), el Gobierno trata a este testigo, en realidad, como un testigo de cargo (párrafo 115 y 116 de las observaciones).

<sup>&</sup>lt;sup>146</sup> Apartado 57 de la sentencia

<sup>&</sup>lt;sup>148</sup> Ver las observaciones de la demandante ante la Gran Sala, § 58.



- Enjuiciamiento Criminal de otros países europeos, el artículo de la ley rusa no diferencia entre testigos de parte de la acusación o de la defensa.
- 62. En este contexto, el Tribunal ha mantenido qué cuando un acusado afirma que le "indujeron" para cometer un delito, el tribunal penal debe llevar a cabo un examen cuidadoso de los elementos de prueba existentes en el expediente, dado que para que el juicio pueda ser considerado como justo en el sentido del artículo 6 § 1 del Convenio, debe excluirse toda prueba obtenida como resultado de provocación policial<sup>149</sup>. Aplicando estos principios al presente caso, resulta que los tribunales nacionales tienen un especial deber de examinar cuidadosamente los elementos de prueba relativos a la existencia o no de una provocación policial para poder en su caso, descartar las pruebas correspondientes. Este deber no surgió tan solo de la defensa de la demandante de su percepción de provocación por los agentes de las fuerzas de seguridad, sino también de la fuerte implicación de A. en el caso de autos, que resultaba clara no solo con las declaraciones prestadas por éste en fase de instrucción sino también de las cintas de video recogidas de la cámara de videovigilancia secreta instalada el apartamento de la demandante. Otro elemento importante que debería haber clarificado la obligación de investigar una eventual implicación del testigo A. en las infracciones que la demandante le reprochaba, era la declaración de la testigo V. según la cual algunos libros de la demandante sobre "el camino de la yihad" se los había regalado su conocido A<sup>150</sup>.
- 63. Finalmente, la testigo V hizo declaraciones contradictorias en fase de instrucción y después en fase de juicio oral<sup>151</sup>, y la testigo Ku. se retractó de las declaraciones realizadas por ella en fase de instrucción para afirmar que la demandante no la había incitado a cometer atentados suicidas<sup>152</sup>. En resumen, la testigo V. señaló durante el juicio que la demandante las había preparado a ella y a Ku. para ser *kamikazes* y la testigo Ku. negó esa declaración de V. y aseguró que, la demandante no las había incitado a cometer ningún atentado suicida. A la vista de estas contradicciones las declaraciones en fase de instrucción de ambas testigos fueron leídas durante el juicio oral. Finalmente, el tribunal enjuiciador tuvo en cuenta estas declaraciones en fase de instrucción y las realizadas durante el juicio por V<sup>153</sup>.
- 64. La mayoría ha concluido que la demandante pudo adoptar otras medidas procesales sin referirse a la importante cuestión de saber en que el

<sup>151</sup> Apartado 31 de la sentencia

<sup>&</sup>lt;sup>149</sup> Ramanauskas c. Lituania [GS], no. 74420/01, § 60, 5 febrero 2008

<sup>&</sup>lt;sup>150</sup> Apartado 29 de la sentencia

<sup>&</sup>lt;sup>152</sup> Apartado 32 de la sentencia

<sup>&</sup>lt;sup>153</sup> Apartado 58 y 60 de la sentencia



interrogatorio cruzado del testigo A. hubiera podido beneficiar a su defensa. Contrariamente a lo que afirma la mayoría 154, comentar la declaración preliminar de A. o interrogar a otros testigos sobre los hechos en los cuales éste había estado implicado no habría permitido a la defensa alcanzar su objetivo procesal. El hecho de que el tribunal respetara otros derechos procesales de la acusada debe considerarse como algo natural, no como un argumento para reducir el umbral que evaluará si el tribunal violó otro de los derechos del acusado. Estos derechos no deben confundirse con las garantías procesales relativas a las pruebas que no pueden ser impugnadas por el acusado. Con este argumento, la mayoría -a pesar de su convicción de que el tribunal nacional está mejor situado que este Tribunal para decidir sobre la necesidad de la prueba- contraviene la prohibición de anticipar la prueba (Verbot der Beweisantizipation). Al utilizar el argumento de que el demandante podría haber utilizado estos otros tipos de pruebas, anticipan que el resultado del interrogatorio contradictorio del testigo A. no habría cambiado el contenido de su testimonio en relación con el prestado en fase de instrucción.

## Aplicación de las normas del Convenio a los testigos B. y K.

65. B. y K eran attesting testigos, en principio este estatus resulta problemático a la luz del Convenio. De acuerdo con el artículo 60 de la Ley de Enjuiciamiento criminal rusa, un attesting testigo "es una persona que no tiene interés en la resolución del caso penal y que es "invitada" por el instructor para que certifique que una medida de instrucción ha sido ejecutada, así como su naturaleza, desarrollo y resultado" y hacer comentarios sobre ella. Estos comentarios resultan registrados en un acta. Este testigo tiene derecho a conocer el acta en el que se registra su intervención<sup>155</sup>. Dado que no existen requisitos legales, tal como poseer conocimientos jurídicos, de este tipo de testigos puede que no estén en posición de hacer alegaciones o verificar la legalidad del procedimiento realizado por el instructor. Esto evidentemente vacía de contenido el papel de este testigo que da fe. Incluso cuando posee conocimientos jurídicos este testigo no puede evidentemente reemplazar las garantías de asistencia legal de un acusado o de un sospechoso al que aún no se le haya realizado ninguna imputación, por la evidente razón de que han

<sup>154</sup> Apartado 99 de la sentencia

<sup>&</sup>lt;sup>155</sup> Observaciones del Gobierno de 28 noviembre 2017, apartado 108



sido escogidos por el instructor. Además, existen serios riesgos de que la acusación abuse del recurso de acudir a este tipo de testigos, dado que puede fácilmente anticiparse que el instructor que escogerá a individuos en los que confíe y que no causen problemas. Cuando comparecen ante el tribunal enjuiciador para ser escuchados, estos testigos puede que reproduzcan lo que escucharon de los testigos materiales, del acusado o sospechoso, durante la diligencia de investigación. interrogatorio correspondería al abuso de este tipo de testigos como testigos de referencia en el juicio. Para respetar la prohibición de no utilizar pruebas de referencia, el interrogatorio de este testigo debería limitarse a las circunstancias que rodearon la diligencia de instrucción y la forma en la que se llevó a cabo. Finalmente, el Tribunal ha mantenido que la ausencia de este tipo de testigos en el juicio oral no infringe el artículo 6 § § 1 y 3 (d) del Convenio, dado que resulta que su "contribución al procedimiento estaría limitada a sus declaraciones sobre la forma en la que se llevó a cabo la diligencia de instrucción" y "sus declaraciones no servirían de forma determinante para fundamentar la condena de los demandantes<sup>156</sup>".

66. En el presente caso, los testigos B.y K. fueron convocados para presenciar al registro del bolso de la demandante, el criterio para elegir a estas personas en concreto resulta desconocido, así como los conocimientos que pudiera poseer para cumplir su función, o si realizaron algún juramento no. Fueron interrogados durante la fase de instrucción, pero no tuvo lugar ningún careo entre ellos y la demandante, por ello los abogados de la defensa solicitaron su comparecencia en el juicio oral, para determinar las circunstancias exactas que rodearon el registro del bolso. Es cierto que la demandante no insistió en que estos testigos fueran interrogados, pero accedió a la petición de sus abogados que alegaron que el interrogatorio era necesario<sup>157</sup>. Sin ninguna justificación el tribunal rechazó esta petición de la defensa. En su sentencia el tribunal no hizo mención a los testigos B. y K. solo se refirió al testimonio de los agentes que formaban parte de la patrulla y a las de los que se encontraban en la comisaría, quienes negaron la alegación de que los explosivos hubieran sido colocados por ellos en el bolso de la demandante y al informe oficial de acuerdo con el cual el registro personal fue previo a la toma de las huellas dactilares <sup>158</sup>. El Tribunal Supremo no rechazó la petición de la defensa por considerarla carente de fundamentación o motivación, pero señaló que la comparecencia de los testigos B. y K. no era necesaria porque la demandante había señalado

 $^{156}$  Shumeyev y Otros c. Rusia (dec.), no. 29474/07, 8669/09 y 55413/10,  $\S$  37, 22 septiembre 2015  $^{157}$  Apartado 52 de la sentencia

Apartado 32 de la sentencia Apartado 61 de la sentencia



- que los explosivos le fueron colocados antes de su llegada<sup>159</sup>. Del mismo modo que el Gobierno<sup>160</sup>, los tribunales rusos prejuzgaron los testimonios de dichos testigos, señalando que en ningún caso hubieran podido proporcionar ningún otro elemento probatorio más allá de las que ya estaban disponibles para el tribunal<sup>161</sup>.
- 67. Contrariamente a lo que afirma la mayoría 162, es cierto que la defensa no formuló "ningún argumento de hecho o de derecho en particular" para fundamentar su petición de que los testigos debían comparecer en el juicio. Esta petición contenía como objeto fáctico el interrogatorio (las circunstancias exactas del registro) y el propósito que perseguía según el propósito jurídico era establecer si los explosivos habían sido colocados en el bolso de la demandante <sup>163</sup>. Por otra parte, al formular su petición de comparecencia de testigos, la defensa no precisó "en términos concretos" cómo, estas declaraciones, podrían haber reforzado su posición 164. Tal precisión equivaldría a pedir a la defensa que desvelará su estrategia y en particular la estrategia que hubiera empleado durante el interrogatorio de los testigos. Más problemático aún, es el hecho de que, una precisión similar no se exige a la acusación 165. Es patente que la mayoría exige a la defensa más de lo que pide a la acusación. En fin, la mayoría se contradice dado que admite que, sobre la base de la mera solicitud de la defensa, el testimonio de los attesting testigos "habría ido más allá de declarar sobre las meras modalidades del registro y de la información posteriormente consignada en las actas policiales 166", por lo que reconoce, al mismo tiempo, su relevancia como testigos de la defensa. Sin embargo, afirma que la demandante "tendría que haber motivado más en profundidad" su petición relativa a la audiencia de estos 167.
- 68. La interpretación variable de la mayoría se vuelve aún más cuestionable cuando, para justificar la inasistencia de los testigos B. y K., se embarca en una crítica abierta de la estrategia de la defensa, señalando dos veces la "pasividad general de la defensa<sup>168</sup>" durante el interrogatorio de los agentes de policía. Una crítica tan virulenta, que va mucho más allá del

<sup>160</sup> Véase las observaciones del Gobierno ante la Gran Sala, apartado 107.

<sup>&</sup>lt;sup>159</sup> Apartado 67 de la sentencia

<sup>&</sup>lt;sup>161</sup> Apartado 42 de la sentencia de la Sala. La conclusión fue seguida por la propia Sala (apartado 98 de la sentencia de la Sala). Curiosamente, este hecho desapareció de la parte de los hechos de la sentencia de la Gran Sala. Sin embargo, el Gobierno volvió a exponer el argumento ante la Gran Sala (apartado 135 de la sentencia)

<sup>&</sup>lt;sup>162</sup> Apartado 171 de la sentencia

<sup>&</sup>lt;sup>163</sup> Apartado 169 de la sentencia

<sup>&</sup>lt;sup>164</sup> Apartado 171 de la sentencia

<sup>&</sup>lt;sup>165</sup> A contrario, Schatschaschwili, citado más arriba, §§ 119-121.

<sup>&</sup>lt;sup>166</sup> Apartado 138 de la sentencia

Apartado 171 de la sentencia

<sup>&</sup>lt;sup>168</sup> Apartado 173 y 174 de la sentencia



criterio de la pertinencia *prima facie*, es inaceptable. A la hora de valorar la solicitud de comparecencia de los testigos de la defensa, es absolutamente ilegítimo extrapolar conclusiones negativas para la defensa a partir de su estrategia en el interrogatorio de los testigos de la acusación. La mayoría mezcla aquí "peras con manzanas". Al hacerlo, asumen que "la importancia del posible testimonio de los testigos de la acusación, desde la perspectiva del tribunal, sólo era remotamente relevante para el objeto de la acusación de la prueba. Peor aún, al hacerlo, la mayoría examina la alegación de las "pruebas que fueron colocadas" sólo dando credibilidad a los propios agentes de policía que podrían ser responsables de dicha colocación. Esto resulta simplemente injusto. Este trato tan manifiestamente injusto de la defensa no se compensa con la prometida valoración de "equidad global".

- 69. De hecho, a los ojos de la mayoría, la prueba de equidad global se aplica en última instancia, no a los procedimientos, sino al fondo de la sentencia del tribunal de primera instancia. Para justificar la decisión de no interrogar a los testigos B. y K., la mayoría invoca el hecho de que la condena se basó "en un conjunto considerable de pruebas de cargo 170". La pretendida equidad del resultado del proceso justifica las deficiencias del procedimiento. El fin justifica los medios. El Tribunal retrocede cientos de años en el tiempo, ignorando el hecho de que cualquier ganancia a corto plazo asociada a las condenas más fácilmente pronunciables en algunos casos de perfil "mediático", como el presente, debe ser apreciada en función de pérdidas sistémicas a largo plazo.
- 70. En este contexto, la alegación según la cual la demandante, "asistida por dos abogados profesionales, pudo llevar a cabo su defensa de forma efectiva, confrontar e interrogar a los testigos que declararon en su sin obstáculos alegaciones sobre hacer las incriminatorias, aportar las pruebas que consideró pertinentes y presentar su relato de hechos ante los tribunales nacionales" significa poco, pero lo poco que significa resulta peligroso. Es peligroso que el respeto de otras normas procesales pueda utilizarse como excusa para justificar el incumplimiento del artículo 6 § 1 (d). Es peligroso porque supone que el cumplimiento del artículo 6 § 1 (d) no habría cambiado el resultado. Como si la mayoría tuviera poder adivinatorio para percibir la verdad material más allá de los límites del procedimiento y determinar, con todo

<sup>169</sup> Apartado 173 de la sentencia. La mayoría contradice aquí de manera flagrante el criterio "liberal" expuesto en el apartado 160 de la sentencia.

Apartado 175 de la sentencia. Este desafortunado método no es nuevo en la jurisprudencia del tribunal (véase por ejemplo, *Sievert c. Alemania*, no. 29881/07, § 67, 19 julio 2012, y, *Poletan y Azirovik c. Macedonia del Norte*, nos. 26711/07 y Otros 2, § 82, 12 mayo 2016).

-



su inexplicable y trascendental potestad discrecional, qué norma procesal debe aplicarse en cada caso concreto. La justicia humana que juega a ser justicia divina, es la justicia en su peor momento.

## Conclusión

71. Esta sentencia debería hacer saltar las alarmas entre los abogados. Resulta especialmente llamativo que la mayoría afirme que la demandante pudo "aportar las pruebas que consideraba pertinentes<sup>171</sup>", como si éste hubiera sido el más impecable de los juicios. La verdadera novedad de esta sentencia es doble: la obligación reforzada para la defensa de "elaborar en términos concretos" cómo el testimonio del testigo de la defensa ayudaría a su caso, y la expansión corrosiva del criterio de "la equidad global" en la apreciación de las supuestas violaciones del derecho a interrogar a los testigos de descargo. Este criterio no es más que un cheque en blanco para que los tribunales nacionales hagan lo que quieran con los derechos del artículo 6 § 3 y para que el Tribunal confirme el resultado del proceso. Tras el debilitamiento del derecho a un careo con los testigos de la acusación en las sentencias Al-Khawaja y Tahery y Schatschaschwili, y la erosión del derecho a la asistencia legal en Ibrahim y otros, la presente sentencia, sobre la incomparecencia de los testigos de la defensa cierra el círculo, al revisar el estándar *Perna* sobre la base de la prueba de equidad global. desafortunado triángulo Schatschaschwili/Ibrahim otros/Murtazaliveva, el Tribunal sigue erróneamente el doble camino de diluir persistentemente los derechos de la defensa y de abandonar "respetuosamente" 172 sus poderes de supervisión sobre los tribunales nacionales. Los golpes silenciosos a los derechos de la defensa en el procedimiento penal se han intensificado de manera indiscutible, hasta tal punto que uno se pregunta dónde se detendrán.

<sup>171</sup> Apartado 175 de la sentencia

<sup>&</sup>lt;sup>172</sup> Apartado 154 de la sentencia