

## LA PRUEBA PROHIBIDA ANTE EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: LUCES Y SOMBRAS DEL CASO ZHERDEV C. UCRANIA

Christa M. MADRID-BOQUÍN  
*Universitat Jaume I*

**Resumen:** El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al igual que otros tribunales nacionales e internacionales, ha analizado la eficacia procesal de las pruebas obtenidas a través de la vulneración de derechos fundamentales. Su postura a través de los años se ha decantado por el análisis de las circunstancias del proceso en su conjunto, para determinar si éste, incluyendo la forma en que se obtuvieron las pruebas, puede ser considerado equitativo conforme al artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En el caso Zherdev c. Ucrania, el Tribunal examinó diversas vulneraciones de derechos fundamentales que permitieron obtener pruebas inculpativas contra un acusado que era menor de edad. En estas páginas sintetizamos y analizamos, a la luz de este reciente caso, la doctrina del Tribunal con relación a las pruebas prohibidas.

**Palabras Clave:** Prueba prohibida, regla de exclusión, garantías procesales, derechos del acusado menor de edad, admisibilidad de la prueba, malos tratos, derecho de defensa, detención ilícita, conexión de antijuricidad

**Summary:** The European Court of Human Rights, like other national and international courts, has analyzed the admissibility of evidence that has been obtained through the violation of fundamental rights. Its posture throughout the years has focused on determining whether the proceedings as a whole, including the way in which the evidence was obtained, were fair according to article 6 of the European Convention on Human Rights. In the judgment of Zherdev v. Ukraine, the Court examined different violations of fundamental rights that resulted in the production of incriminatory evidence used to convict a minor defendant. In the following pages we summarize and analyze the Court's posture regarding unlawfully obtained evidence, according to the guidelines established in this recent case.

**Keywords:** Unlawful evidence, exclusionary rule, procedural guarantees, rights of a minor defendant, admissibility of evidence, ill-treatments, right of defense, unlawful detention, connection of unlawfulness

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Criterios generales sobre la exclusión de pruebas ilícitas en la jurisprudencia del TEDH. 3. Análisis del TEDH sobre la prueba prohibida a la luz del caso ZHERDEV C. UCRANIA. 3.1. Los hechos del caso. 3.2. Vulneraciones de derechos fundamentales y análisis del TEDH. 3.2.1. Vulneraciones en el primer nivel de análisis: La obtención de la prueba con violación de los derechos protegidos por el CEDH. 3.2.1.1. Vulneraciones al artículo 3 CEDH. 3.2.1.2. Vulneraciones al artículo 5 CEDH. 3.2.1.3. Vulneraciones al artículo 6 CEDH. 3.2.2. Vulneraciones en el segundo nivel de análisis: El uso de pruebas prohibidas y la equidad del proceso en su conjunto. 3.3. Comentario a la sentencia. 4. Conclusiones. Referencias bibliográficas

### 1. INTRODUCCIÓN

La nulidad de las pruebas obtenidas a través de la vulneración de derechos fundamentales ha suscitado el interés de juristas a nivel nacional e internacional durante más de un siglo. Una muestra de ello es que las teorías norteamericanas sobre la regla de exclusión y la doctrina de los frutos del árbol envenenado

se hayan expandido, con diferentes matices, no solo por el continente americano sino también por Europa y varios países asiáticos<sup>1</sup>.

Sin duda, una figura jurídica de tan amplio espectro y calado no puede ser un tema baladí. La exclusión procesal de las llamadas pruebas prohibidas responde a la necesidad de encontrar un justo equilibrio entre varios aspectos que son básicos para el Estado democrático de Derecho: por un lado la seguridad y el orden y, por el otro, la eficacia de los derechos fundamentales. La valoración judicial de pruebas obtenidas a través de la violación de derechos humanos constituiría un aprovechamiento por parte del Estado de un acto que en su origen fue ilegal. En este sentido, un Estado no puede dictar unas leyes y después ignorar la vulneración de las mismas, mucho menos favorecerse de tales ilicitudes, ni siquiera cuando se persigue un fin legítimo como lo es el descubrimiento de la verdad en el proceso penal.

Si bien se acepta que los derechos fundamentales pueden y deben tener ciertos límites, éstos deben estar necesariamente establecidos en la constitución y las leyes. Así, por ejemplo, se permite realizar la entrada y registro de un domicilio cuando se investiga la comisión de un delito, pero dicha medida debe estar autorizada judicialmente y su ejecución se enmarcará dentro de los parámetros fijados por las leyes y el principio de proporcionalidad.

En esta línea analizamos el tratamiento de la prueba prohibida en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), considerando que sus resoluciones son un ejemplo a seguir tanto por los tribunales nacionales en Europa como por otros tribunales internacionales. Estudiaremos primero los criterios generales sentados por la jurisprudencia del TEDH con relación a este tema, para luego explorar la sentencia del caso *Zherdev c. Ucrania*, en la que se analiza la vulneración de distintos derechos sustantivos y materiales, y donde se recopila la doctrina hasta ahora desarrollada con relación a la prueba prohibida.

## 2. CRITERIOS GENERALES SOBRE LA EXCLUSIÓN DE PRUEBAS ILÍCITAS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

A lo largo de las últimas tres décadas el TEDH ha conocido numerosos casos en los que los demandantes impugnan la valoración, por parte de los tribunales nacionales, de pruebas que han sido obtenidas ilícitamente<sup>2</sup>. Desde un prin-

---

<sup>1</sup> El análisis de la regla de exclusión y su aplicación en el derecho comparado ha sido abordado por Gómez Colomer, J. L. (coord.) (2008), *Prueba y proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, *pássim*; Armenta Deu, T. (2011), *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*, 2ª ed., Ed. Marcial Pons, Barcelona, *pássim*; Thaman, S. C. (ed.) (2013), *Exclusionary Rules in Comparative Law*, Ed. Springer, Saint Louis, *pássim*.

<sup>2</sup> Así, desde la década de los ochenta, el Tribunal ha venido perfilando su jurisprudencia con relación a la exclusión probatoria. El caso paradigmático que potenció el desarrollo de esta doctrina aconteció en Suiza, donde se condenó al acusado por tentativa de inducción al asesinato, utilizando la grabación ilegítima de una conversación telefónica (STEDH del caso *Schenk c. Suiza*, de 12 de julio de 1988). Entre la doctrina española, comentan la postura desarrollada por el TEDH con relación a las pruebas ilícitas y a partir de esta sentencia: López Barja De Quiroga, J. (1991), *El convenio, el Tribunal Europeo y el derecho a un juicio justo*, Ed. Akal, Madrid, pp. 118 y 119; López Ortega, J. J. (1993-1994), “Prueba y proceso equitativo. Aspectos actuales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año no. 1, no. 2, pp. 601 y 602; De Urbano Castrillo, E./Torres Morato, M. A. (2012), *La prueba ilícita penal*, 6ª ed., Ed. Aranzadi/ Thomson Reuters, Navarra, p. 42.

cipio, la jurisprudencia del Tribunal se ha decantado por una postura intermedia en cuanto a la exclusión, de manera que no ha establecido una interdicción expresa ni absoluta de las pruebas obtenidas vulnerando derechos fundamentales, sino que ha optado por el análisis de las circunstancias de cada caso. Adicionalmente, la exclusión probatoria ha venido recibiendo un tratamiento diferente por parte del Tribunal dependiendo del derecho que se haya vulnerado y de las condiciones en que se haya desarrollado el procedimiento interno.

De acuerdo con el TEDH, las reglas concretas sobre admisibilidad y exclusión de la prueba prohibida, al no estar directamente reguladas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), son una cuestión que corresponde al Derecho interno de cada Estado. Cuando se impugna la ilicitud de una prueba frente al Tribunal, éste procede a analizar la legislación nacional para determinar si, de acuerdo con ella, la prueba controvertida ha vulnerado el derecho al proceso equitativo.

“El Tribunal reitera que su función, según el artículo 19 del Convenio, es la de asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes del Convenio. En particular, los errores de hecho o de derecho presuntamente cometidos por un tribunal nacional no forman parte de su ámbito de competencia, salvo que y en la medida en la que estos errores hayan podido vulnerar los derechos y libertades protegidos por el Convenio. Aunque el artículo 6 garantiza el derecho a que las causas sean oídas de manera imparcial, no establece normas precisas sobre la admisibilidad de las pruebas, cuestión cuya regulación pertenece principalmente a la legislación nacional” (STEDH *Kirakosyan c. Alemania*, de 4 de febrero de 2016, apdo. 71)<sup>3</sup>.

En este sentido, el TEDH parte de que la posibilidad –no el mandato– de excluir la prueba ilícita se deriva del derecho al proceso equitativo consignado en el artículo 6 CEDH. Sin embargo, el Tribunal no puede pronunciarse sobre la ilicitud de una prueba “en principio y en abstracto”, sino que le corresponde averiguar si el proceso, considerado en su conjunto, ha sido o no equitativo, incluyendo la forma en que se obtuvo la prueba en cuestión. De esta manera se ha pronunciado su jurisprudencia, estableciendo que:

“No le corresponde al Tribunal determinar, como cuestión de principio, qué tipos concretos de pruebas –por ejemplo, pruebas practicadas ilícitamente– pueden ser admitidos o, si un demandante es culpable o no. La pregunta a responder es si el procedimiento en su conjunto, incluida la forma en que se obtuvo la prueba, fue equitativo, lo que implica un examen de la ‘ilegalidad’ en cuestión y, en lo concerniente a la violación de otro derecho del Convenio, la naturaleza de la misma” (STEDH *Jalloh c. Alemania*, de 11 de julio de 2006, apdo. 95)<sup>4</sup>.

Por tanto, para determinar si una prueba ilícita ha viciado el proceso, el TEDH analiza las circunstancias del caso concreto para establecer si el juicio fue justo en su conjunto.

---

<sup>3</sup> Véanse además las sentencias *Schenk c. Suiza*, de 12 de julio de 1988, apdos. 45 y 46; *Teixeira de Castro c. Portugal*, de 9 de junio de 1998, apdo. 34.

<sup>4</sup> En este mismo sentido las SSTEDH de los casos *Khan c. Reino Unido*, de 20 de diciembre de 2011, apdo. 34; *P. G. y J. H. c. Reino Unido*, de 25 de septiembre de 2001, apdo. 76; y *Allan c. Reino Unido*, de 5 de noviembre de 2002, apdo. 42.

Siguiendo esta línea, los criterios aplicados por el Tribunal en este tipo de casos pueden sistematizarse a través de un modelo analítico de dos niveles<sup>5</sup>. En el primer nivel de análisis, el TEDH examina si durante la obtención de la prueba (*preliminary or pretrial investigation*) se vulneró alguno de los derechos establecidos en el CEDH. Este nivel se refiere a violaciones del artículo 3 CEDH (prohibición de la tortura), del artículo 5 CEDH (derecho a la libertad y a la seguridad), del artículo 6 CEDH (derecho a un proceso equitativo) o del artículo 8 CEDH (derecho al respeto a la vida privada y familiar). Podemos citar como ejemplos de injerencias en estos derechos la obtención de confesiones a través de torturas o malos tratos, las detenciones ilícitas, las declaraciones inculpatorias realizadas sin asistencia de un abogado, los registros personales o de viviendas, las intervenciones telefónicas, la obtención de ciertas pruebas biológicas, entre otros supuestos.

En el segundo nivel de análisis, el TEDH determina si con la admisión o el uso de las pruebas obtenidas a través de la vulneración establecida en el primer nivel, se lesiona además el derecho a un proceso equitativo del artículo 6 CEDH. Para ello, toma en cuenta las circunstancias globales del proceso interno durante las diferentes instancias, a la luz de las garantías y principios que establece el artículo 6 CEDH, tales como el derecho de defensa, el derecho a interrogar a los testigos, el principio de contradicción, la igualdad de armas procesales, el privilegio frente a la autoincriminación, la motivación de las resoluciones judiciales y el acceso a los recursos<sup>6</sup>. Además, analizará los parámetros fijados por el derecho interno, su suficiencia y correcta aplicación, así como las acciones correctivas que hayan tomado o hayan omitido las autoridades nacionales.

Por tanto, la prueba prohibida que sea impugnada deberá constituir una violación al CEDH en ambos niveles de análisis para que su exclusión tenga relevancia ante el TEDH. Esto significa que, además de haber sido obtenida infringiendo uno de los derechos consignados en el Convenio, su utilización en el proceso interno debe haber vulnerado también el derecho al proceso equitativo conforme al artículo 6 CEDH.

Con relación al segundo nivel de análisis, las vulneraciones de los derechos del Convenio pueden clasificarse en tres grupos, de acuerdo con el nivel de riesgo que supongan para la equidad del juicio<sup>7</sup>. Integran el primer grupo las violaciones del derecho a la intimidad, que suponen un riesgo bajo para la equidad del proceso (*low risk to trial fairness*), mientras que la obtención de pruebas a través de tratos degradantes o inhumanos supone un riesgo alto (*high risk to fairness*), constituyendo así un segundo grupo. En el tercer grupo encontramos las vulneraciones de riesgo más alto (*so high a risk to fairness*), referidas a las pruebas obtenidas a través de la tortura. En este último caso, el TEDH ha declarado que se lesiona necesariamente el derecho al proceso equitativo; sin embargo, en otros supuestos referidos a las lesiones de riesgo bajo o riesgo alto, el Tribunal ha aplicado un examen ponderativo (*balancing test*) para estudiar las circunstancias de

---

<sup>5</sup> Este modelo ha sido descrito por Ölçer, F. P. (2013), "The European Court of Human Rights: The Fair Trial Analysis Under Article 6 of the European Convention of Human Rights", en Thaman, S. C. (ed.), *Exclusionary Rules in Comparative Law*, Ed. Springer, Saint Louis, pp. 371-399.

<sup>6</sup> Analizan los diferentes contenidos del artículo 6 CEDH, Esparza Leibar, I./ Etxebarria Guridi, F. (2015), "Artículo 6. Derecho a un proceso equitativo", en Lasagabaster Herrarte, I. (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, 3ª ed., Ed. Civitas, Navarra, pp. 203-297.

<sup>7</sup> Ölçer, F. P. (2013), pp. 373-375.

cada caso concreto. En la realización de dicha ponderación, el Tribunal ha tomado en cuenta diversos factores relacionados con el desarrollo del procedimiento interno estatal, entre ellos la manera de obtención de la prueba, las posibilidades de defensa de la parte afectada (si tuvo asistencia letrada, si pudo presentar pruebas a interrogar a los testigos, etc.), la fiabilidad de la prueba, el uso que se le dio en el proceso, la existencia de otras pruebas de cargo y la gravedad del delito investigado<sup>8</sup>.

“Para determinar si el procedimiento en su conjunto fue equitativo, hay que preguntarse asimismo si se respetaron los derechos de la defensa. Concretamente se debe indagar si se ofreció al demandante la posibilidad de cuestionar la autenticidad de la prueba y de oponerse a su utilización. Hay que tener igualmente en cuenta la calidad del elemento de prueba, por tanto la cuestión de si las circunstancias en las que se obtuvo hacen dudar de su fiabilidad o exactitud. Si bien no se plantea necesariamente un problema de equidad cuando la prueba practicada no es corroborada por otros elementos, hay que señalar que cuando es muy sólida y no se presta a duda alguna, la necesidad de otros elementos en su apoyo es menor” (STEDH *Jalloh c. Alemania*, de 11 de julio de 2006, apdo. 96).

A continuación analizamos el examen que el TEDH ha hecho sobre la ilicitud probatoria, plasmado en la sentencia del caso *Zherdev c. Ucrania*, de 27 de abril de 2017<sup>9</sup>.

### 3. ANÁLISIS DEL TEDH SOBRE LA PRUEBA PROHIBIDA A LA LUZ DEL CASO ZHERDEV C. UCRANIA

#### 3.1. Los hechos del caso

Los hechos delictivos que dan origen a este caso acontecieron durante la madrugada del 16 de febrero de 2005, en Toretsk (Ucrania), cuando una señora que trabajaba como guardia nocturna de una tienda fue asesinada. Su cuerpo fue encontrado parcialmente desvestido, con lesiones en la cabeza y los genitales. Se determinó además que una máquina amoladora había sido sustraída de la tienda y a partir de allí el Ministerio Fiscal inició las investigaciones pertinentes, interrogando a un par de testigos que señalaron a Artyom Zherdev, entonces menor de edad, como sospechoso de haber cometido el delito.

El 20 de febrero, Zherdev fue llevado a la estación policial para ser interrogado con relación a la amoladora que había desaparecido y que ese día fue encontrada en su domicilio. A partir de ese momento, el investigado fue asistido en sus declaraciones por un abogado que fue designado por los investigadores, prescindiendo del procedimiento legalmente establecido (STEDH *Zherdev c. Ucrania*, de 27 de abril de 2017, apdos. 7 al 13).

Como parte de las investigaciones, se analizó la ropa del sospechoso para buscar rastros del ADN de la víctima. Zherdev entregó su vestimenta a la policía y permaneció detenido, semidesnudo, durante un par de horas. Además, la policía

<sup>8</sup> En este sentido véase las SSTEDH *Prade c. Alemania*, de 3 de marzo de 2016, apdos. 33 y 34; *Lisica c. Croacia*, de 25 de febrero de 2010, apdo. 49; *Bykov c. Rusia*, de 10 de marzo de 2009, apdo. 90.

<sup>9</sup> Esta sentencia es definitiva, conforme al artículo 44.2 CEDH, desde el día 27 de julio de 2017.

registró el domicilio familiar, con autorización del padre del menor, para obtener piezas adicionales de vestuario (apdo. 16 al 19)<sup>10</sup>.

Esa noche trasladaron al investigado a otra celda, que compartió con otros dos sujetos, mayores de edad y drogodependientes. Uno de ellos había sido condenado anteriormente y había estado padeciendo de tuberculosis. De acuerdo con Zherdev, sus compañeros de celda eran informantes de la policía y le insistieron en que cooperara con las autoridades para poder recibir un trato más favorable y una condena más benigna (apdos. 20 y 21).

Al día siguiente Zherdev confesó la comisión del delito, primero por escrito y luego de forma oral, contando con asistencia letrada solo en el segundo momento. Se realizaron más diligencias de investigación, entre ellas un reconocimiento en rueda y un reporte médico sobre el estado físico y psicológico del menor (apdos. 22 al 32).

Zherdev fue formalmente acusado y enjuiciado. Durante el proceso, reiteró su confesión varias veces, en estas ocasiones asistido por un abogado libremente designado. En julio de 2005 fue condenado a siete años y medio de prisión por la comisión de los delitos de asesinato y hurto. El fallo fue recurrido y tuvo que volver a celebrarse el juicio, después de haberse realizado más diligencias de investigación (apdos. 33 al 36).

Desde ese momento, el acusado se negó a declarar y comenzó a negar toda su participación en los hechos. Tras la celebración del nuevo juicio fue condenado, en noviembre de 2009, a trece años de prisión por los delitos de robo y asesinato con circunstancias agravantes. Al apelar esta sentencia, Zherdev impugnó las pruebas utilizadas en su contra. Alegó que sufrió malos tratos por parte de la policía y que había confesado bajo presión. Relató que había sido amenazado por los agentes policiales, que le habían dicho que lo acusarían también de violación y que por eso sufriría acoso y sería violado cuando estuviera en prisión. También alegó que se había vulnerado su derecho a la defensa y la asistencia letrada durante varios actos de investigación. El recurso planteado por el acusado no prosperó, y la sentencia condenatoria quedó firme en junio de 2010 (apdos. 37-52). Siguiendo estos argumentos y, habiendo agotado la vía interna, Zherdev acudió al TEDH.

### **3.2. Vulneraciones de derechos fundamentales y análisis del TEDH**

A continuación recogemos las violaciones a los derechos fundamentales del CEDH alegadas en el caso *Zherdev* y que, de acuerdo con el demandante, deberían haber provocado la exclusión del acervo probatorio de sus declaraciones inculpatorias, así como la nulidad de varias diligencias de investigación. Zherdev denunció principalmente los malos tratos sufridos a manos de la policía que lo llevaron a confesarse como culpable (art. 3 CEDH), la ilicitud de su detención y su prolongado mantenimiento en prisión provisional (art. 5 CEDH) y las irregularidades en el nombramiento de su primer abogado (art. 6 CEDH).

---

<sup>10</sup> La sentencia *Zherdev*, apdo. 19, narra que, de acuerdo con el demandante, lo dejaron esposado en la estación policial, vestido solo con ropa interior, durante todo el tiempo que duró el registro domiciliario, por lo cual padeció frío y se sintió vulnerable. Durante ese rato, otros policías le insistían que confesara el asesinato y lo golpeaban con botellas de agua plásticas.

### **3.2.1. Vulneraciones en el primer nivel de análisis: La obtención de la prueba con violación de los derechos protegidos por el CEDH**

#### **3.2.1.1. Vulneraciones al artículo 3 CEDH**

Al analizar la admisibilidad de las alegaciones del demandante, el TEDH inadmitió aquellas correspondientes a los supuestos malos tratos físicos recibidos por Zherdev en sede policial, ya que resultaban manifiestamente mal fundadas, conforme al artículo 35 CEDH, numerales 3 y 4. En este sentido, no se presentó ninguna prueba que demostrara ese extremo y el único dictamen médico que constaba indicaba que las lesiones leves que tenía el investigado habían sido provocadas con anterioridad a su detención inicial.

En cambio, sí resultaron admisibles las alegaciones relativas a que el demandante había permanecido esposado y en ropa interior durante varias horas, a que había estado detenido en una celda junto con otras personas mayores de edad, una de las cuales padecía una enfermedad contagiosa y a que había sido amenazado en el sentido de que si no confesaba la comisión del asesinato se le acusaría de violación y, por tanto, sería acosado y violado por otros reos al momento de ingresar en prisión.

El Tribunal estimó que las autoridades habían tenido razones válidas para llevarse la ropa de investigado, que podía ser una fuente de prueba, pero el gobierno no dio ninguna explicación de por qué se dejó a Zherdev desvestido. Aunque los hechos no fueran constitutivos de tortura, sí se les consideró como malos tratos, especialmente relevantes dado que el demandante era menor de edad en aquel momento.

“Más aún, el Tribunal toma nota de la declaración del demandante de que el tiempo que pasó desvestido le dejó una impresión particularmente fuerte en vista de la posibilidad, que estaba en su mente, de que podría ser acusado de una ofensa sexual y, por tanto, estaría expuesto al riesgo de ser violado en prisión” (apdo. 91).

El Tribunal también tomó en cuenta que, a continuación del anterior incidente, se colocó al demandante junto con otros detenidos adultos, en contravención de la legislación interna, y eso debió contribuir a crear en él sentimientos de miedo, angustia, impotencia e inferioridad, en detrimento de su dignidad.

A la luz de estos hechos, el TEDH concluyó que Zherdev había sido sometido a malos tratos degradantes, contrarios al artículo 3 CEDH, y que dicha norma resultaba violada en su dimensión sustantiva. Adicionalmente, las omisiones y el retraso que las autoridades nacionales tuvieron en la investigación de tales hechos llevaron al Tribunal a concluir que el artículo 3 CEDH también había sido vulnerado en su dimensión procesal.

#### **3.2.1.2. Vulneraciones al artículo 5 CEDH**

El demandante alegó que existieron diversas vulneraciones al artículo 5 CEDH, específicamente con relación a los numerales 1 y 3, debido a la forma en que ocurrió su detención inicial y, posteriormente, porque fue retenido en prisión provisional durante varios años y sin una motivación legal clara por parte de las autoridades.

La primera vulneración, relacionada con su detención inicial, fue inadmitida por el Tribunal debido a la alegación extemporánea de la misma (art. 35

CEDH, numerales 1 y 4). La segunda violación, en cambio, se refería al período de tiempo en que Zherdev estuvo en prisión provisional tras el recurso de apelación del primer juicio y que se extendió durante los subsiguientes procedimientos hasta la emisión de la resolución definitiva de condena<sup>11</sup>. Dado que la legislación nacional no establecía claramente cuáles eran los requisitos ni los límites de dicha medida, el TEDH determinó que existía en el derecho interno una laguna legal en cuanto a la prisión provisional y que ésta suponía un problema estructural recurrente en Ucrania.

El Tribunal observó que el demandante había estado detenido por un tiempo aproximado de 5 años y que, a pesar de ello, el razonamiento de las decisiones judiciales referentes a su mantenimiento en prisión no había evolucionado a lo largo del tiempo. Si bien existían motivos para la adopción inicial de la medida, tales como la gravedad del delito investigado y la posibilidad de que el acusado interfiriera con la investigación, los tribunales nacionales no habían justificado debidamente su prolongado mantenimiento en prisión. En consecuencia, el TEDH concluyó que se había vulnerado el artículo 5 CEDH, en sus numerales 1 y 3, por los motivos antes referidos.

### 3.2.1.3. Vulneraciones al artículo 6 CEDH

Se alegó además por el demandante que en diversos momentos y diligencias de investigación se había vulnerado su derecho de defensa y a contar con la asistencia de un abogado de su elección (art. 6 CEDH, numerales 1 y 3.c). Por un lado, fue el investigador quien nombró al letrado que inicialmente había asistido a Zherdev, designación que se realizó prescindiendo del procedimiento legalmente establecido y sin dar opción a que el menor y sus padres nombraran libremente al defensor.

Por otro lado, el demandante no había contado con asistencia letrada cuando realizó por escrito la primera confesión del asesinato (*statement of surrender*) que, junto con otras declaraciones efectuadas bajo presión de la policía, fue utilizada para condenarlo. Además, Zherdev alegó que se habían vulnerado sus derechos porque su abogado no había estado presente en varias diligencias de investigación como el registro del domicilio familiar y el reconocimiento en rueda.

De acuerdo con el TEDH, la protección que concede el artículo 6 CEDH implica que la persona pueda contar con la asistencia de un abogado desde el momento en que el individuo es notificado oficialmente por la autoridad de que se alega que ha cometido un hecho criminal, o a partir del momento en que su situación ha sido sustancialmente afectada por las acciones que hayan tomado las autoridades como resultado de una sospecha en su contra. Estas garantías pueden ser relevantes en la etapa de investigación del delito y la equidad del proceso podría verse afectada cuando no se hayan cumplido.

Cuando se trata de cargos penales contra un menor, es esencial que se tome en cuenta su edad, su madurez intelectual y emocional, y que se tomen medidas para promover su habilidad de entender y de participar en el procedimiento que se sigue en su contra. El derecho que tiene el menor a participar efectivamente

---

<sup>11</sup> De acuerdo con la sentencia, el demandante estuvo detenido del 10 de mayo de 2006 al 25 de enero de 2008 y del 24 de julio de 2008 al 11 de noviembre de 2009.

te en su juicio requiere que se tome en cuenta sus capacidades y su situación de vulnerabilidad desde las primeras fases de la investigación criminal y, particularmente, cuando sea interrogado por la policía.

No obstante lo anteriormente dicho, cuando el TEDH analizó las vulneraciones concretas alegadas por el demandante, determinó que no habían sido relevantes a la luz del artículo 6 CEDH.

En primer lugar, con relación a la vulneración del derecho a nombrar un abogado de libre elección, el TEDH reconoció que si bien las autoridades habían incumplido la legislación interna al nombrar al abogado, no resultaba acreditado que se hubiera impedido a los padres de Zherdev designar a un defensor de su elección. Tampoco se demostró que el menor actuara bajo la creencia errónea de que sus padres habían nombrado al primer abogado y no resultaba verosímil, a la luz de la sucesión de los hechos, la alegación de que los padres desconocieran que su hijo hubiera sido arrestado.

En segundo lugar, con relación a la primera confesión escrita, el Tribunal tomó en cuenta que Zherdev ya había sido informado sobre su derecho a guardar silencio y a contar con la asistencia de su abogado. Esa declaración, sostuvo el TEDH, tampoco fue relevante ya que los tribunales nacionales no se apoyaron en ella de forma determinante para condenar al acusado. En este sentido existían más pruebas y también otras confesiones, reiteradas y consistentes, realizadas durante el primer juicio. El Tribunal consideró por tanto que no era necesario resolver este punto de manera definitiva.

Además, con relación a las declaraciones realizadas bajo presión, el TEDH señaló que no había evidencia de que las confesiones del demandante fueran resultado de los malos tratos discutidos con relación a la vulneración del artículo 3 CEDH. También consideró relevante que Zherdev repitió de forma consistente su confesión inicial a lo largo de la investigación y del juicio, sin alegar que hubiera sido amenazado o intimidado.

En tercer lugar, tampoco se estimó que lesionara el artículo 6 CEDH la falta de presencia del abogado en el registro de la vivienda y el reconocimiento en rueda. Con relación al primero, el TEDH observó que no se había obtenido ninguna prueba inculpatoria. El segundo, en cambio, sí produjo evidencia incriminatoria y al no estar presente el abogado se había vulnerado el derecho interno. Sin embargo, el demandante había tenido ya muchas oportunidades para impugnar dichos resultados y sus objeciones habían sido analizadas por los tribunales nacionales, tanto en la repetición del juicio como en la apelación. No se vulneraron, por tanto, los derechos protegidos en el artículo 6, numerales 1 y 3.c, del Convenio.

### ***3.2.2. Vulneraciones en el segundo nivel de análisis: El uso de pruebas prohibidas y la equidad del proceso en su conjunto***

Habiendo llegado a esta segunda parte del análisis, podemos centrarnos en las consideraciones que el TEDH realiza directamente con relación al uso de pruebas prohibidas. Su doctrina sobre este particular se sintetiza principalmente en los apartados 134 y 139 de la sentencia *Zherdev*, que examinamos a continuación.

Para comenzar, indica el Tribunal que las demandas por violaciones al artículo 6 CEDH tienden a cristalizarse en el juicio cuando la parte acusadora aporta pruebas obtenidas durante la fase de investigación y la defensa impugna su

admisibilidad. En tales casos, y como regla general, no corresponde al TEDH pronunciarse directamente sobre la ilicitud de las pruebas y su incorporación al juicio, ya que estos aspectos corresponden más bien al derecho interno. La cuestión que debe decidir el Tribunal es si el proceso en su conjunto, incluida la forma en que se obtuvo la prueba, fue equitativo a la luz del artículo 6 CEDH. Para hacer esa determinación, deberá tomarse en cuenta diferentes aspectos relacionados con el derecho de defensa, como por ejemplo si el demandante tuvo la oportunidad de impugnar la autenticidad de la prueba y de pedir su exclusión del juicio. Asimismo, se tendrá en consideración la calidad y fiabilidad de la prueba y su posible degradación por las circunstancias particulares del caso.

Como una excepción a este enfoque, el Tribunal reconoce que la admisión como prueba de una confesión obtenida a través de torturas u otros malos tratos contrarios al artículo 3 CEDH hace que el proceso sea injusto.

“El Tribunal ha determinado que la admisión de tales declaraciones como prueba para establecer los hechos relevantes en un procedimiento criminal hace que el proceso en su conjunto sea injusto, independientemente del valor probatorio de las declaraciones e independientemente de si su uso fue decisivo en la fundamentación de la condena del acusado” (apdo. 134)<sup>12</sup>.

En el resto de los casos, es decir, cuando se hayan vulnerado otros derechos del Convenio, distintos a los del artículo 3 CEDH, el Tribunal deberá valorar la equidad del proceso en su conjunto. Se trata así de evaluar el impacto de los errores cometidos en la fase de investigación y su influencia en el contexto general del proceso. Para facilitar esta valoración el Tribunal ha elaborado un listado no exhaustivo de factores a tomar en cuenta, siempre y cuando resulte apropiado según las circunstancias particulares del caso (apdo. 139)<sup>13</sup>. Así pues se analizará:

- a) Si el demandante era particularmente vulnerable, por ejemplo, por motivo de su edad o capacidad mental.
- b) El marco legal que regía la investigación preprocesal y la admisibilidad de la prueba en el juicio y si éste fue cumplido. En aquellos casos en los que se haya aplicado una regla de exclusión interna, es particularmente improbable que el proceso en su conjunto sea considerado injusto.
- c) Si el demandante tuvo la oportunidad de impugnar la autenticidad de la prueba y de oponerse a su utilización en el juicio.
- d) La calidad de la prueba y si las circunstancias en que fue obtenida provocan dudas sobre su fiabilidad o precisión, tomando en cuenta el grado y la naturaleza de cualquier coacción.
- e) Si la prueba se obtuvo de manera ilícita, la ilicitud en cuestión, y si se deriva de la violación de otro artículo del Convenio, la naturaleza de dicha vulneración.
- f) Si se trata de una declaración, la naturaleza de la misma y si el declarante pronto se retractó o la modificó.

---

<sup>12</sup> Así lo expresa también la STEDH *Gäfen c. Alemania*, de 1 de junio de 2010, apdo. 166.

<sup>13</sup> Desarrollado en la STEDH *Ibrahim y otros c. Reino Unido*, de 13 de septiembre de 2016, apdo. 274.

- g) El uso que se le dio a la prueba, en particular si constituyó una parte integral o relevante del acervo probatorio sobre el cual se basó la condena, y la valoración de las demás pruebas existentes en el caso.
- h) Si la decisión sobre la culpabilidad del acusado fue tomada por jueces profesionales o por jurados legos, y en el segundo caso el contenido de las instrucciones que hubieran recibido.
- i) El peso del interés público en la investigación y del castigo de la ofensa en cuestión.
- j) Otras garantías procesales relevantes otorgadas por la ley o la práctica interna.

En cuanto al análisis de las circunstancias concretas del caso *Zherdev* para determinar si las vulneraciones provocadas al momento de obtener las pruebas viciaban la equidad del proceso, el TEDH llegó a las siguientes conclusiones.

Con relación a las confesiones que el demandante alegó haber realizado bajo presión de la policía, tanto la primera declaración escrita como las subsiguientes, la sentencia indicó que no había prueba de que tales confesiones fueran resultado de los malos tratos recibidos. Se consideró relevante el hecho de que el demandante repitiera su confesión inicial de forma constante y no denunciara desde el principio el haber sido sometido a tratos intimidatorios o el temor que sentía de que se tomaran represalias en su contra al ingresar en prisión. También se tomó en cuenta la tardanza del demandante para retractarse de sus declaraciones.

“El Tribunal concluye, por tanto, que no puede establecer conforme al estándar de carga de la prueba que las confesiones del demandante fueran obtenidas como resultado del trato degradante que sufrió” (apdo. 156).

Indica la sentencia que el resultado de los interrogatorios realizados a *Zherdev* tras su confesión escrita constituyó al menos una parte significativa de la prueba en que se basó la condena. Sin embargo, el Tribunal consideró más decisiva la fuerza probatoria de otros elementos como las confesiones realizadas en juicio, bajo el asesoramiento de un abogado elegido libremente, las pruebas testificales y la presencia de las huellas dactilares del acusado en la escena del crimen.

Sobre la alegación de vulneraciones al artículo 6 CEDH, el Tribunal entendió que, si bien por un lado se incumplió el ordenamiento interno al designar el abogado defensor sin la participación del Colegio profesional, por otro lado las pruebas habían sido valoradas por jueces profesionales y el interés público de perseguir el delito de asesinato imputado era predominante. En este sentido, las pruebas obtenidas del 20 al 22 de febrero de 2005, mientras *Zherdev* era asistido por ese primer defensor, no estaban necesariamente contaminadas. No obstante, aun asumiendo que las declaraciones realizadas por el investigado en esas fechas estuvieran viciadas, habría que considerarlas a la luz del proceso en su conjunto.

De acuerdo con el Tribunal, la primera confesión realizada por escrito no contaminaba el resto del acervo probatorio ya que no había sido utilizada para fundamentar la sentencia condenatoria. Además, el demandante había tenido amplias oportunidades para impugnar las pruebas incriminatorias y las objeciones realizadas en este sentido fueron atendidas por los tribunales nacionales cuando se repitió el juicio y en el recurso de apelación. También se consideró relevante el hecho que, accediendo a una solicitud de la defensa, uno de los tribunales ucranianos había excluido ciertas pruebas periciales.

Por tanto, a la luz de todo ello, el TEDH concluyó que *a pesar de las violaciones procesales efectuadas en la primera etapa de la investigación preprocesal, la condena se había basado en otras pruebas lícitas, así como en la postura que mantuvo el acusado durante el primer juicio y, por consiguiente, el proceso considerando en su conjunto había sido equitativo, de manera que no se había vulnerado el artículo 6 CEDH.*

### 3.3. Comentario a la sentencia

Como resultado del análisis realizado encontramos que el caso *Zherdev* es de especial interés para el estudio del tratamiento de las pruebas ilícitas en la jurisprudencia del TEDH. Por un lado en su aspecto sustantivo, porque presenta la vulneración de distintos derechos protegidos por el Convenio (artículos 3, 5 y 6 CEDH). Por el otro lado, porque desde el punto de vista procesal recoge y sintetiza la doctrina del Tribunal con relación a la exclusión de las pruebas prohibidas y su relevancia para la equidad del proceso considerado en su conjunto. En este sentido, vemos plasmadas en la sentencia tanto la doctrina original del TEDH con relación a la admisibilidad de las pruebas ilícitas (caso *Schenk*, 1988), como la regla de exclusión expresa que formuló con relación a las pruebas obtenidas a través de la vulneración de los derechos del artículo 3 CEDH (caso *Gäfen*, 2010) y, finalmente, las más recientes incorporaciones al listado no exhaustivo de factores a analizar para determinar si el proceso ha sido equitativo pese a la utilización de pruebas prohibidas (caso *Ibrahim y otros*, 2016).

Sin embargo, existen algunos razonamientos en la sentencia que, a nuestro entender, no terminan de encajar entre sí. Por un lado, en el apartado 134 se establece que *si una confesión ha sido obtenida como resultado de actos de tortura u otros malos tratos, su admisión como prueba hará que el procedimiento en su conjunto sea considerado injusto, independientemente de que dicha confesión haya sido decisiva para la condena del acusado.* El Tribunal podría haber limitado esta regla de exclusión a las confesiones obtenidas a través de las vulneraciones más graves (actos de tortura), como ha sucedido en otras instancias internacionales<sup>14</sup>,

---

<sup>14</sup> En esa línea podemos referir el artículo 15 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruces, Inhumanos o Degradantes (1984), según la cual “todo Estado Parte se asegurará de que ninguna declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura pueda ser invocada como prueba en ningún procedimiento, salvo en contra de una persona acusada de tortura como prueba de que se ha formulado la declaración”. Con relación a esta norma puede consultarse, entre otros, Nowak, M./ McArthur, E. (2008), *The United Nations Convention Against Torture: A Commentary*, Oxford University Press, Nueva York, pp. 503-537; Thienel, T. (2006), “The Admissibility of Evidence Obtained by Torture under International Law”, en *The European Journal of International Law*, vol. 17, no. 2, pp. 349-367.

Haciendo una interpretación literal y sistemática del artículo, se concluye que éste solo se refiere a la exclusión de las declaraciones realizadas bajo tortura y no a la de aquellas obtenidas a través de malos tratos. Sin embargo, algunas posturas más garantistas abogan por una interpretación flexible y defienden la extensión de la regla de exclusión a las declaraciones obtenidas a través de tratos crueles, inhumanos o degradantes. Vid. Niyazmatov, A. (2011), “Evidence Obtained by Cruel, Inhuman or Degrading Treatment: Why the Convention Against Torture’s Exclusionary Rule Should be Inclusive”, en *Cornell Law School Inter-University Graduate Student Conference Papers*, disponible en [http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1073&context=lps\\_clap](http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1073&context=lps_clap).

no obstante y según se desprende de esta sentencia, también son “inadmisibles” las declaraciones realizadas como consecuencia de malos tratos.

Por otro lado, y a pesar de que se reconoció expresamente la existencia de malos tratos en contra de Zherdev, el Tribunal no “excluye” las confesiones del demandante, sino que contradictoriamente entra a analizar si éstas han sido decisivas para la condena. El TEDH concluye en la sentencia que dichas declaraciones no viciaron el proceso en su conjunto y por tanto no hubo vulneración del derecho al proceso equitativo.

La justificación que da el Tribunal para poder analizar la relevancia probatoria de las confesiones de Zherdev es que *no resultó probado que dichas declaraciones fueran consecuencia directa de los malos tratos recibidos*, es decir que no se cumplió el estándar de prueba requerido para demostrar dicha relación causal. Entonces nuestra pregunta es ¿qué otras pruebas necesitaba el Tribunal?

Cuando un joven de 16 años es detenido por la policía en una celda, esposado y semidesnudo durante varias horas, y a lo largo de todo el día está escuchando comentarios intimidantes sobre las acusaciones que se formularán en su contra y las represalias que puede sufrir él y su familia, el Tribunal considera que ha sido sometido a malos tratos. Pero cuando ese mismo joven decide, a la mañana siguiente, redactar una declaración confesando haber cometido un asesinato, el Tribunal estima que no queda probado que dicha confesión fuera resultado de los acontecimientos del día anterior<sup>15</sup>.

Consideramos que al afirmar que no se puede establecer que las confesiones del demandante fueran obtenidas como resultado del trato degradante recibido (apdo. 156), lo que el TEDH realmente está haciendo es desvincular el plano fáctico del plano jurídico, aplicando un razonamiento como el que la jurisprudencia española ha desarrollado en la “teoría de la conexión de antijuridicidad”. Esta doctrina, formulada por primera vez en la STC 81/1998, de 2 de abril, señala que entre la vulneración del derecho fundamental, las pruebas ilícitas directas y las derivadas existe un vínculo de conexión causal natural. Sin embargo, la constatación de ese vínculo no es suficiente para justificar la exclusión de las pruebas, sino que será necesario que exista además una conexión causal antijurídica. Para establecer esa conexión de antijuridicidad deberán tomarse en cuenta factores como la índole, las características y los resultados de la vulneración del derecho fundamental, así como las necesidades esenciales de tutela del derecho lesionado<sup>16</sup>. En palabras del Tribunal Constitucional:

<sup>15</sup> Cabe añadir que en la sentencia se hace constar que una comisión de psicólogos y psiquiatras hizo un informe, a solicitud del investigador, sobre el estado mental del acusado al momento de cometerse el delito y al momento de emitir el informe. “Los expertos concluyeron, en particular, que el demandante, de acuerdo con su propio relato, había cometido el asesinato en defensa propia, sin premeditación y debido a una confluencia inesperada de circunstancias. Como consecuencia, había sufrido un estado serio de shock y confusión”. Además, en la prisión “había sufrido problemas para dormir, miedo y confusión y había demostrado un comportamiento inapropiado. Cuando fue examinado por un psiquiatra de la prisión, fue diagnosticado con una reacción aguda al estrés, fue ingresado en el ala médica de la prisión donde fue tratado con sedantes que le ayudaron” (apdo. 31).

<sup>16</sup> Con relación a la doctrina de la conexión de antijuridicidad véase Gómez Colomer, J. L. / Planchadell Gargallo, A. (2017), “Prueba prohibida”, en González Cano, M. I. (dir.) / Romero Pradas, M. I. (coord.), *La Prueba. Tomo II. La prueba en el proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 394-409; Planchadell Gargallo, A. (2014), *La prueba prohibida: Evolución jurisprudencial*, Ed. Aranzadi, Pamplona, pp. 123-135; Díaz Cabiale, J. / Martín Morales, R. (2002), “La teoría de la conexión de antijuridicidad”, en *Jueces para la democracia*, no. 43, pp. 39-49; Miranda Estrampes,

“La posibilidad de valoración en juicio de pruebas que pudieran estar conectadas con otras obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos requiere un análisis a dos niveles: en primer lugar, ha de analizarse si existe o no conexión causal entre ambas pruebas, conexión que constituye el presupuesto para poder hablar de prueba derivada, y sólo si existiera dicha conexión procede el análisis de la conexión de antijuridicidad, cuya inexistencia legitimaría la posibilidad de valoración de la prueba derivada (por todas, STC 28/2002, de 11 de febrero, FJ 4). La valoración acerca de si se ha roto o no el nexo entre una prueba y otra no es, en sí misma, un hecho, sino un juicio de experiencia acerca del grado de conexión que determina la pertinencia o impertinencia de la prueba cuestionada lo que corresponde examinar a los Jueces y Tribunales ordinarios...” (STC 54/2015, de 16 de marzo, FJ 8).

El análisis de la prueba prohibida en el caso *Zherdev* se plantea con ese mismo esquema. Por una parte existe una conexión causal natural entre la vulneración de derechos fundamentales y las pruebas obtenidas (las primeras declaraciones autoinculpatorias del demandante que se produjeron como resultado de la vulneración del artículo 3 CEDH). Si bien esta conexión natural parece ser desconocida por el TEDH en ciertos apartados de la sentencia (apdos. 155 y 156), es necesariamente reconocida en otros (por ejemplo, apdos. 91 al 93). Por otra parte, basándose en una serie de motivos y consideraciones jurídicas, se decide que las pruebas no han viciado la equidad del proceso en su conjunto y que pueden ser valoradas. En otras palabras, aunque existe una conexión causal natural, se considera rota la conexión de antijuridicidad porque (i) el demandante reiteró sus declaraciones en juicio, estando debidamente asistido por un abogado de su libre elección y habiendo sido informado de sus derechos; (ii) las confesiones iniciales no fueron del todo relevantes, ya que habían más pruebas inculpatorias; (iii) el acervo probatorio fue valorado por jueces profesionales; (iv) el demandante tuvo la oportunidad de impugnar la prueba durante el proceso interno; y (v) existía un interés público importante con relación a la persecución del delito<sup>17</sup>.

---

M. (2004), *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, 2ª ed., Ed. J. M. Bosch, Barcelona, pp. 129-133.

<sup>17</sup> Estas consideraciones del TEDH son semejantes también a las que ha realizado la jurisprudencia española en la teoría de la confesión voluntaria del inculpado, que a su vez es una concreción de la doctrina de la conexión de antijuridicidad. De acuerdo con el Tribunal Constitucional, la confesión voluntaria del inculpado, aunque causalmente relacionada con la vulneración de un derecho fundamental, podrá valorarse si cumple ciertos requisitos que, al concurrir, determinarán la desconexión jurídica entre dicha confesión y la vulneración inicial. En este sentido, será necesario que el inculpado haya sido debidamente informado de sus derechos constitucionales, que la confesión sea voluntaria y espontánea y, además, que su validez no se haga depender de condiciones internas del confesante, sino de condiciones externas y objetivas (STC161/1999, de 27 de septiembre, FJ 4). Será necesario, por tanto, que la confesión voluntaria se realice en juicio y asegurando el respeto de los derechos y garantías procesales del inculpado.

Tanto la doctrina de la conexión de antijuridicidad como la teoría de la confesión voluntaria del inculpado tienen su origen en la doctrina del nexo causal atenuado, desarrollada por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América en las sentencias *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471 (1963) y *Brown v. Illinois*, 422 U.S. 590 (1975). Con relación a esta teoría nos remitimos a lo expuesto en Madrid-Boquín, C. (2015), “La evolución de la regla de exclusión en los Estados Unidos de América”, en Cuéllar Cruz, R. (coord.), *El valor de la democracia en la justicia: La exclusión de la prueba ilícita en el proceso penal y el respeto a los derechos fundamentales*, Ediciones Jurídicas Andrés Morales / Universidad Tecnológica de Honduras, Bogotá, pp. 144-148.

Por tanto la conclusión del TEDH, contraria a la regla establecida en el apdo.134, es que existieron malos tratos que vulneraron artículo 3 CEDH, pero esto no influyó en la equidad del proceso considerado en su conjunto.

Por todo ello estimamos que en el caso *Zherdev*, al analizar la prueba prohibida, el TEDH ha aplicado razonamientos homólogos a los que han desarrollado los tribunales españoles, que permiten desvincular las pruebas ilícitas – directas y derivadas– de la vulneración del derecho fundamental. Esto se logra a través de la aplicación de razonamientos jurídicos que llevan al Tribunal a soslayar la conexión causal natural que existe de forma lógica y clara entre la vulneración del derecho fundamental y la prueba inculpatoria en la que se fundamenta, en mayor o menor medida, la sentencia condenatoria.

#### 4. CONCLUSIONES

A lo largo de las últimas décadas el TEDH ha mantenido su postura original con relación a la admisibilidad de las pruebas prohibidas. En este sentido, la decisión sobre la exclusión dichas pruebas corresponde a la legislación y a los tribunales nacionales, mientras que el trabajo del TEDH consiste en analizar el proceso en su conjunto, para determinar si fue equitativo a la luz del artículo 6 CEDH. Con este propósito, el Tribunal ha desarrollado un sistema de análisis de dos niveles a través del cual determina, en primer lugar, si en la obtención de la prueba se vulneró algún derecho protegido por el Convenio y, en segundo lugar, si dicha vulneración quebrantó la equidad general del proceso.

Sin embargo, esta regla tiene una excepción: Cuando han existido torturas o malos tratos se considera necesariamente que el proceso en su conjunto ha sido injusto. Esto significa que, en teoría, la determinación de que una prueba se obtuvo con violación del artículo 3 CEDH, hecha en el primer nivel de análisis, conllevaría a la vez la vulneración del artículo 6 CEDH en el segundo nivel.

No obstante, en el caso *Zherdev* el TEDH parece plantear otra excepción a su propia doctrina. A pesar de que existieron malos tratos y una confesión derivada de los mismos, se considera que el proceso fue equitativo porque no se demostró la conexión entre las declaraciones inculpatorias y la vulneración del artículo 3 del Convenio. El TEDH justifica su decisión desde el punto de vista de la carga de la prueba, exigiendo un estándar probatorio que, en la mayoría de los casos, resultaría inalcanzable.

Por otro lado, los motivos y razonamientos esgrimidos por el Tribunal en la sentencia nos hacen considerar que en realidad está empleando la misma estructura argumentativa que utilizan los tribunales españoles al aplicar la teoría de la conexión de antijuridicidad. Es decir que no se trata realmente de la carga de la prueba, sino más bien de la desvinculación jurídica entre la vulneración del derecho fundamental y los resultados probatorios obtenidos ilícitamente.

En general observamos que el análisis del TEDH en torno a las pruebas prohibidas ha ido afinándose cada vez más y que a través de su jurisprudencia va identificando con mayor claridad cuáles son los factores a tomar en cuenta para determinar si el proceso ha sido o no equitativo. Faltará ver si en el futuro próximo el Tribunal adoptará formalmente teorías que de manera “excepcional” justifiquen la utilización de pruebas prohibidas, tal como ha sucedido ya en otros sistemas jurídicos.

## Referencias bibliográficas

- Armenta Deu, T. (2011), *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*, 2ª ed., Ed. Marcial Pons, Barcelona
- De Urbano Castrillo, E./ Torres Morato, M. A. (2012), *La prueba ilícita penal*, 6ª ed., Ed. Aranzadi/ Thomson Reuters, Navarra
- Díaz Cabiale, J. / Martín Morales, R. (2002), “La teoría de la conexión de antijuridicidad”, en *Jueces para la democracia*, no. 43, pp. 39-49
- Esparza Leibar, I./ Etxebarria Guridi, F. (2015), “Artículo 6. Derecho a un proceso equitativo”, en Lasagabaster Herrarte, I. (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, 3ª ed., Ed. Civitas, Navarra, pp. 203-297
- Gómez Colomer, J. L. (coord.) (2008), *Prueba y proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia
- Gómez Colomer, J. L. / Planchadell Gargallo, A. (2017), “Prueba prohibida”, en González Cano, M. I. (dir.) / Romero Pradas, M. I. (coord.), *La Prueba. Tomo II. La prueba en el proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 394-409
- López Barja de Quiroga, J. (1991), *El convenio, el Tribunal Europeo y el derecho a un juicio justo*, Ed. Akal, Madrid
- López Ortega, J. J. (1993-1994), “Prueba y proceso equitativo. Aspectos actuales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año no. 1, no. 2, pp. 597-626
- Madrid-Boquín, C. (2015), “La evolución de la regla de exclusión en los Estados Unidos de América”, en Cuéllar Cruz, R. (coord.), *El valor de la democracia en la justicia: La exclusión de la prueba ilícita en el proceso penal y el respeto a los derechos fundamentales*, Ediciones Jurídicas Andrés Morales / Universidad Tecnológica de Honduras, Bogotá
- Miranda Estrampes, M. (2004), *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, 2ª ed., Ed. J. M. Bosch, Barcelona
- Niyazmatov, A. (2011), “Evidence Obtained by Cruel, Inhuman or Degrading Treatment: Why the Convention Against Torture’s Exclusionary Rule Should be Inclusive”, en *Cornell Law School Inter-University Graduate Student Conference Papers*, disponible en [http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1073&context=ips\\_clap](http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1073&context=ips_clap).
- Nowak, M./ McArthur, E. (2008), *The United Nations Convention Against Torture: A Commentary*, Oxford University Press, Nueva York
- Ölçer, F. P. (2013), “The European Court of Human Rights: The Fair Trial Analysis Under Article 6 of the European Convention of Human Rights”, en Thaman, S. C. (ed.), *Exclusionary Rules in Comparative Law*, Ed. Springer, Saint Louis, pp. 371-399
- Planchadell Gargallo, A. (2014), *La prueba prohibida: Evolución jurisprudencial*, Ed. Aranzadi, Pamplona
- Thaman, S. C. (ed.) (2013), *Exclusionary Rules in Comparative Law*, Ed. Springer, Saint Louis
- Thienel, T. (2006), “The Admissibility of Evidence Obtained by Torture under International Law”, en *The European Journal of International Law*, vol. 17, no. 2, pp. 349-367