



Sentencia 10862/84

CASO SCHENK CONTRA SUIZA

Artículo 6.1 (Derecho al proceso justo y a la prueba) Sentencia de 12 de julio de 1988

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fallando en el pleno en aplicación del artículo 50 de su Reglamento, y compuesto por los siguientes Jueces:

Señores R. Ryssdal, Presidente; J. Cremona, Thór Vilhjálmsson, Señora Bindschedler-Robert, Señores F. Gölcüklü, F. Matscher, J. Pinheiro Farinha, L.-E. Pettiti, B. Walsh, Sir Vincent Evans, Señores R. Macdonald, C. Russo, R. Bernhardt, A. Spielmann, J. de Meyer, J. A. Carrillo Salcedo, N. Valticos, y por los señores M.-A. Eissen, Secretario, y H. Petzold, Secretario adjunto.

Después de deliberar en privado los días 25 de marzo y 24 de junio de 1988,

Dicta la siguiente Sentencia, aprobada en la última fecha citada:

PROCEDIMIENTO

1. La Comisión Europea de Derechos Humanos («la Comisión») y el Gobierno de la Confederación Suiza («el Gobierno») sometieron este caso al Tribunal los días 15 y 28 de julio de 1987, respectivamente, dentro del plazo de tres meses que establecen los artículos 32.1 y 47 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales («el Convenio»). Había empezado con la demanda número 10862/84, dirigida contra Suiza y presentada ante la Comisión el 6 de marzo de 1984 por un ciudadano de dicho Estado, el señor Pierre Schenk, en virtud del artículo 25.

El escrito de la Comisión se remitía a los artículos 44 y 48 del Convenio y a la declaración suiza de reconocimiento de la jurisdicción obligatoria del Tribunal (art. 46); la demanda del Gobierno a los artículos 45, 47 y 48. Se pretende en ambos que se resuelva si los hechos de autos ponen de manifiesto el incumplimiento por el Estado demandado de sus obligaciones según el artículo 6.1.

2. El demandante, en contestación al ofrecimiento previsto en el artículo 33.3. *d*) del Reglamento del Tribunal, anunció que participaría en el procedimiento y, a estos efectos, nombró a su abogado (art. 30).

3. La Sala, que debía constituirse con siete Jueces, comprendía de oficio a la señora D. Bindschedler-Robert, Juez elegido por su nacionalidad suiza (art. 43 del Convenio) y por el señor R. Ryssdal, Presidente del Tribunal [art. 21.3. *b*) del Reglamento]. El 27 de agosto de 1987, el señor J. Cremona, Vicepresidente del Tribunal, designó por sorteo ante el Secretario a los cinco miembros restantes a saber: él mismo, el señor F. Gölcüklü, Sir Vincent Evans, y los señores C. Russo y J. A. Carrillo Salcedo (arts. 43 *in fine* del Convenio y 21.4 del Reglamento).

4. El señor Ryssdal, después de hacerse cargo de la Presidencia de la Sala (art. 21.5 del Reglamento), consultó por medio del Secretario al agente del Gobierno, al delegado de la Comisión y al abogado del demandante sobre la necesidad de que el procedimiento fuera escrito (art. 37.1). De conformidad con la Providencia dictada a este respecto el 7 de septiembre, el Secretario recibió el 30 de noviembre de 1987 la Memoria del Gobierno y el 4



de diciembre la del demandante. El Secretario de la Comisión, con fecha 22 de enero de 1988, comunicó al del Tribunal que el delegado expondría su opinión en el acto de la vista.

5. El 14 de diciembre de 1987, el Presidente, después de consultar a los comparecientes por medio del Secretario, señaló el 22 de marzo de 1988 como fecha de apertura del procedimiento oral (art. 38 del Reglamento).

6. El 25 de febrero de 1988, la Sala acordó, en virtud del artículo 50 del Reglamento, declinar su competencia con efectos inmediatos en favor del Pleno del Tribunal.

7. La vista se celebró públicamente el día señalado, en el Palacio de Derechos Humanos, en Estrasburgo. Inmediatamente antes, el Tribunal había celebrado una reunión preparatoria.

Han comparecido:

- *Por el Gobierno:*

el señor O. Jacot-Guillarmod, Jefe del Servicio de Asuntos Internacionales del Departamento Federal de Justicia, agente;

el señor C. Vautier, ex juez cantonal, el señor P. Boillat, del Departamento Federal de Justicia, asesores jurídicos.

- *Por la Comisión:*

el señor J.-C. Soyer, delegado;

- *Por los demandantes:*

el señor D. Poncet, abogado;

el señor R. Assael, abogado;

el señor M. Hottelier, abogado, asesores jurídicos.

El Tribunal oyó las declaraciones del señor Jacot-Guillarmod, en nombre del Gobierno, del señor Soyer, en el de la Comisión, y del señor Poncet, abogado del demandante.

HECHOS

I. Las circunstancias del caso

8. El señor Pierre Schenk, ciudadano suizo, nacido en 1912 y domiciliado en Tartegnin (Cantón de Vaud), es administrador de sociedades.

En 1947, se casó con Josette P., nacida en 1927. En 1972 surgieron serias dificultades entre ellos y en el siguiente año suspendieron la vida en común. En 1974, el (ahora) demandante pidió el divorcio, que se decretó finalmente el 10 de diciembre de 1981 después de llegar a un acuerdo las dos partes.

A. El origen y desarrollo del caso



9. El 28 de febrero de 1981, el señor Schenk fue a una agencia de publicidad de Annemasse (Alta Saboya) para que se publicase, con el nombre falso de Pierre Rochat, con domicilio en Lyon, el siguiente anuncio:

«Se necesita un ex legionario o individuo de parecidas características para misiones ocasionales; las solicitudes, con dirección, número de teléfono y *curriculum vitae*, se dirigirán a RTZ 81, lista de correos CH Basilea 2.»

Como consecuencia de este anuncio, el demandante escogió al señor Pauty, con quien se reunió en diversas ocasiones, pagándole varias misiones que le confió, entre ellas una en Haití, en mayo de 1981.

10. A principios de junio de 1981, el demandante ingresó en un hospital con motivo de una operación.

El señor Pauty, llegado a Suiza el 12 de junio, telefoneó a la señora de Schenk el 18. Al día siguiente fue a visitarla y le confesó que su marido le había encargado que la matara. Después de considerar la posibilidad de matar al señor Schenk o de hacerle creer que su mujer había muerto para poder así cobrar el precio, se dirigieron ambos al Juez de instrucción del Cantón de Vaud el 20 de junio de 1981.

B. La investigación de la policía y la instrucción judicial

11. El 20 de junio de 1981, el Juez de instrucción tomó declaración al señor Pauty y, después, encargó a los inspectores de la policía de seguridad de Vaud Rochat y Messerli que le interrogaran más a fondo, y así lo hicieron el mismo día. En cuanto a la señora de Schenk, la interrogó «verbalmente», es decir, sin que se levantara acta haciendo constar por escrito sus declaraciones.

Al día siguiente, la policía de Vaud recogió la declaración del señor Pauty, por segunda vez, y también la de la señora de Schenk.

12. El 22 de junio, el Juez de instrucción libró un suplicatorio dirigido a las autoridades francesas, pidiendo que, con motivo de la instrucción entablada por tentativa de asesinato por un desconocido, se efectuaran determinadas pesquisas y se permitiera al inspector Messerli tomar parte en ellas. Se decía especialmente lo siguiente:

«... es necesario averiguar qué hacía el señor Pauty en París de marzo a junio de 1981, y conseguir informaciones sobre su personalidad. También hay que comprobar si es cierto que vio al llamado Schenk, con quien -según dice- se reunió en el Gran Hotel, yendo con él a adquirir un billete de avión para Haití.»

La Brigada de Investigación Criminal de la Jefatura de la Policía Judicial de París, después de levantar el 23 de junio la correspondiente acta para cumplir el suplicatorio, tomó declaración al día siguiente al señor Pauty, en presencia del inspector Messerli. El señor Pauty declaró, entre otras cosas, lo siguiente:

«RTZ 81, o sea el señor Pierre Schenk, no tardó, ciertamente, en pedirme detalles sobre la cuestión del asesinato de su mujer Josette Schenk. Tenía que enviarme o entregarme el dinero prometido, que ascendía a 40.000 dólares.

Ustedes me han hecho venir a declarar, y yo les pido que me digan cómo debo actuar



cuando el señor Schenk se ponga en contacto conmigo.»

13. El señor Pauty, mientras esperaba que el demandante le llamara por teléfono, instaló en el domicilio de su madre en Houilles, cerca de París, un aparato para grabar en cinta unido por un micrófono a un segundo auricular del receptor telefónico.

En la mañana del 26 de junio, alrededor de las nueve y media, el señor Schenk telefoneó al señor Pauty desde una cabina en Saint-Loup (Suiza), y éste grabó la conversación. Hacia las diez de la mañana, el señor Pauty llamó por teléfono a la Brigada Criminal y pudo hablar con el señor Messerli, quien se proponía regresar a Lausana el mismo día en el tren de las doce. Le dio a escuchar la cinta grabada y le preguntó si quería que se la enviara. El señor Messerli aceptó el ofrecimiento e informó a sus colegas franceses que estaban presentes. Aproximadamente una hora después llegó el señor Pauty a los despachos de la Brigada Criminal y entregó la cinta grabada al señor Messerli.

14. El inspector, que había telefonado la víspera al Juez de instrucción del Cantón de Vaud, regresó a Lausana con la cinta la misma tarde. El 30 de junio hizo que la oyera la señora de Schenk para identificar la voz de su marido. El mismo día, el Juez libró una orden de detención del demandante.

Se le detuvo al día siguiente, 1 de julio. Los inspectores Rochat y Messerli, a quienes el Juez había encargado la práctica de un careo entre el señor Pauty y el señor Schenk, pusieron la cinta en presencia de este último. Además, el Juez acudió a los locales de la policía e interrogó y procesó al demandante; también se encontró con el abogado, autorizado a ver a su cliente.

15. El 2 de julio, los inspectores informaron al Juez de los resultados del careo entre el señor Pauty y el señor Schenk, y le entregaron la grabación que, metida en un sobre, se incorporó a las actuaciones y sólo se retiró para su examen por un perito.

El Juez ordenó la puesta en libertad del demandante e hizo preparar una copia de la cinta, unida a los autos el 12 de julio. Los inspectores, por orden del Juez, redactaron el 6 de agosto de 1981 un informe detallado del asunto.

16. El 14 de agosto se pasaron los autos al abogado del demandante, devolviéndolos el mismo día. El 11 de septiembre pidió una investigación a fondo sobre el señor Pauty y un informe pericial de la cinta, ya que le parecía que su registro no reproducía fiel y completamente la conversación telefónica.

El 23 de septiembre, el Juez ordenó la entrega de la cinta a S. K., director de una fábrica de cintas para grabar, quien practicó la correspondiente prueba pericial con J.-C. S., uno de sus colaboradores. El perito dispuso también, a su petición, del aparato que se había utilizado en esta ocasión, el cual fue intervenido en Houilles, el 1 de octubre, por la policía francesa en presencia del señor Messerli. Devolvió la cinta al Juez el 29 de octubre y entregó su informe el 19 de noviembre.

17. El 3 de febrero de 1982, el Juez de instrucción dictó un auto de sobreseimiento en los términos siguientes:

«...

Considerando... que existen, en principio, algunos indicios en favor de las acusaciones de Richard Pauty;



Que, por ejemplo, es raro que Pierre Schenk haya ocultado cuidadosamente su verdadera identidad a Richard Pauty e intentado borrar todas las apariencias que hacían pensar en él (busca de un legionario mediante un anuncio en un periódico francés, anuncio con nombre falso, uso de un apartado postal en Basilea, llamadas siempre por su parte a Pauty, etc.);

Que, ciertamente, el registro de la conversación telefónica de 26 de junio de 1981 entre Pierre Schenk y Richard Pauty no fue acortado ni alterado;

Que parece confirmar las acusaciones de Richard Pauty;

Que, sin embargo, su atenta audición mantiene una duda en cuanto a una completa comprensión entre los interlocutores, especialmente al dar la impresión Pierre Schenk de no entender bien lo que Richard Pauty sobreentiende;

Que, a la vista de la personalidad de Richard Pauty, de sus antecedentes y de sus explicaciones y dichos a Josette Schenk, no se puede confiar totalmente en sus declaraciones;

...

Que, en conclusión, las acusaciones de Richard Pauty y los indicios reunidos no son suficientes para someter a juicio a Pierre Schenk;

...»

18. El 23 de febrero, el Fiscal apeló contra la resolución del Juez instructor y el señor Schenk se opuso al recurso con su escrito de fecha 8 de marzo. Alegaba que no era él el protagonista principal, sino el señor Pauty, quien, según la información conseguida, «había sido legionario, mayordomo jefe en la Marina de Guerra, gimnasta o acróbata, guardaespaldas, confidente de la policía italiana, empleado de circo y parado»; el Fiscal hacía muy bien en aconsejar que se oyera la cinta que en nada le acusaba; el señor Pauty sólo había sido el día en que se grabó un agente provocador de la policía.

El 21 de abril de 1982, la Sección de Acusación del Tribunal Cantonal de Vaud hizo comparecer al señor Schenk ante el Tribunal de lo Penal del distrito de Rolle por tentativa de inducción al asesinato. El 10 de junio se le sometió a detención preventiva pero, interpuesto recurso, recuperó su libertad el día 22.

C. El procedimiento ante el Tribunal Penal del distrito de Rolle

1. El juicio del 9 al 13 de agosto de 1982

19. El procedimiento en primera instancia duró desde el 9 hasta el 13 de agosto de 1982, ante el Tribunal de lo Penal del distrito de Rolle, compuesto por un Magistrado de la carrera judicial, como Presidente, dos Jueces no profesionales y seis jurados. El acusado fue defendido por su abogado, el licenciado Luthy.

20. Al comienzo de las actuaciones, la defensa planteó un incidente para que la grabación litigiosa se retirara de los autos. El Tribunal rechazó la pretensión el mismo día por los siguientes fundamentos:

«...



Considerando que obra en el sumario una cinta impresionada y el acusado pide que se retire;

Que la cinta es obra de Richard Pauty, el hombre duro empleado por el demandante;

Que Pauty ha declarado que lo hizo en las siguientes circunstancias:

Puse la cinta en el aparato que tenía... Lo conecté por medio del primer micrófono con el segundo auricular del teléfono instalado en el piso de mi madre. Para unir el micrófono con el auricular, utilicé una cinta adhesiva de empaquetar de color marrón...;

Que esta grabación no se ha autorizado ni ordenado por la autoridad competente;

Que, debido a esto, Pauty, al registrar la voz de Pierre Schenk sin su conocimiento, podía haber cometido el delito sancionado por el artículo 179 *ter* del Código Penal (Código Penal suizo);

Considerando que, sin embargo, no es motivo suficiente para ordenar la retirada de la cinta de autos; Que el artículo 179 *ter* del Código Penal sólo se aplica cuando se presenta una querrela, cosa que Pierre Schenk no ha hecho;

Que, por consiguiente, Pauty no sería responsable a este respecto;

Considerando que, en cualquier caso, se habría podido incorporar la cinta a las actuaciones, bien porque el Juez interviniera el aparato de Pauty, bien sencillamente oyendo a Pauty como testigo sobre el contenido de la grabación;

Que la admisión de los argumentos del acusado sería tanto como suprimir una gran parte de las pruebas de las actuaciones penales;

Que, según esto, el arma de fuego utilizada sin la correspondiente licencia debería rechazarse como prueba;

Que, precisamente por esta razón, la ley procesal concede a los Jueces la facultad de apreciar las pruebas, su alcance y su valor como tales; Que no se trata en este caso de una prueba ilegal a tenor del Convenio Europeo;

Considerando, por otra parte, que es interesante comprobar que el acusado parece haber variado de fundamentos durante la investigación;

Que, en efecto, en la página 5 de la Memoria que presentó ante el Tribunal de Acusación, su abogado defensor decía lo siguiente:

El Ministerio Fiscal aconseja que se oiga la conversación telefónica registrada el 26 de junio de 1981. Tiene razón, y apoyamos lo aconsejado. Considera que la grabación es una prueba decisiva contra mi defendido, y en esto se equivoca totalmente;

Que el acusado estaba en lo cierto al entender, a la sazón, que se debía dejar apreciar al Tribunal las pruebas que obraban en los autos.»

21. El mismo día 9 de agosto de 1982, el Presidente dispuso que se oyera la cinta. Así se hizo en la sala del Tribunal, en presencia de sus miembros, de las partes y del público por



medio del correspondiente aparato con dos altavoces, instalados por una empresa especializada.

22. El Tribunal examinó el mismo día a todos los testigos, excepto H. R. que no compareció. Tres de ellos habían sido citados de oficio (el señor Pauty, la señora de Schenk y H. R.), otros tres, propuestos por la defensa (R. F., J. M.-Z. y G. G.). El Inspector Messerli no prestó declaración: no había sido citado de oficio o a propuesta del Ministerio Fiscal o de la defensa.

El Tribunal oyó además, como peritos, a S. K. y a su colaborador J.-C. S. los días 9 y 10 de agosto.

No se recogieron por escrito las declaraciones de los testigos.

23. El Presidente dio lectura a varios documentos: la resolución del Tribunal de Acusación sometiendo al (ahora) demandante a juicio; los informes, en todo o en parte, de la policía y las correspondientes informaciones; varios documentos aportados por el señor Schenk o citados tanto por el Fiscal como por la defensa (art. 34.1, primer párrafo, del Código de Procedimiento Penal de Vaud); las declaraciones hechas durante la investigación por H. R., ausente, no así las de los testigos presentes en la audiencia (art. 341, segundo párrafo).

24. Según el Código de Procedimiento Penal de Vaud, los Jueces y los Jurados tienen a su disposición los autos desde la apertura de juicio. No obstante, los Jueces pueden conocerlos antes en casos excepcionales, a diferencia de los Jurados (art. 386).

2. El fallo de 13 de agosto de 1982

25. El Tribunal de lo Penal del distrito de Rolle falló el caso el 13 de agosto de 1982. Declaró al señor Schenk culpable de un delito de tentativa de inducción al asesinato (art. 24.2 del Código Penal), castigándole a diez años de reclusión, la pena mínima prevista por la ley, y decretó su prisión inmediata.

26. La parte de la Sentencia en que se exponen los hechos dice lo siguiente:

«El 28 de febrero de 1981, Pierre Schenk se presentó en una agencia de publicidad en Annemasse. Con el nombre falso de Pierre Rochat, domiciliado en Lyon, encargó que se publicara en tres diarios franceses, *Le Provençal*, *Le Progres de Lyon* y *France-Soir*, el siguiente anuncio:

Se necesita un ex legionario o individuo de parecidas características para misiones ocasionales; las solicitudes, con dirección, número de teléfono y *curriculum vitae*, se dirigirán a RTZ 81, lista de correos CH Basilea 2.

El empleado de la agencia le advirtió que no estaba seguro de que los periódicos aceptaran la publicación de un anuncio así, y, en efecto, sólo FranceSoir lo publicó. Pierre Schenk pagó a la agencia la suma de 1.520,57 francos franceses. Como resultado del anuncio, recibió varias peticiones, de las que seleccionó dos, la de un tal Richard Pauty, con domicilio en Houilles, cerca de París, y la de otro, cuyo nombre era Robert. Schenk, después de una entrevista con el llamado Robert, prescindió de su solicitud. Como consecuencia, admitió en principio la de Pauty, citándole en dos ocasiones por lo menos, en marzo y abril de 1981, en el Gran Hotel de París. o sea en un hotel que no es el que el acusado utiliza habitualmente. A este respecto, declaró en la audiencia pública que no quería que Pauty supiera cuál era su domicilio en París. Se presentó como miembro de una organización muy poderosa, con un



establecimiento en Alemania, y le dijo a Pauty que era su delegado en Francia. Le añadió que se le vigilaría durante sus misiones.

La primera misión que se encargó a Richard Pauty se refería a un tal H. R. Según él, la misión -por la que se le prometía pagarle 40.000 dólares, más los gastos- consistía en matarle. Según Pierre Schenk, Pauty debía golpearle de manera que no lo olvidara en mucho tiempo: pretendía solamente que H. R. resultara con algunos puñetazos en la cara y un ojo amoratado. El acusado puntualizó que había tomado estas medidas para intimidarle (a H. R.) o más bien para castigarle.

El Tribunal no ha podido llegar a conocer con certeza lo que realmente se encargó a Pauty...

Como todo esto no tuvo resultados concretos, el acusado confió otra misión a Pauty. El mismo explica que se dio cuenta que Pauty no era el hombre duro que necesitaba. Pauty le había dicho que había sido mercenario incorporado a la CSTM (Compañía Especial de Tropas Metropolitanas), después guardaespaldas o guardián y contrabandista de coches en Italia. Pierre Schenk ha explicado que encontró a Pauty agudo y astuto y apto para encargarle una segunda misión consistente en conseguir informaciones sobre Josette Schenk.

Según lo que dice el acusado, Pauty tenía que informarle sobre tres cuestiones:

a) el importe que había recibido la señora de Schenk en la herencia de su padre;

b) si se estaba construyendo una casa en Haití;

c) si tenía bienes en ese país, especialmente por alguna relación que desconocía. También le interesaba una cuarta cuestión: si su mujer había tenido relaciones con el mundo de las drogas.

Según Pauty, tenía que ir a Haití, matar a la señora de Schenk por 40.000 dólares, y borrar las huellas simulando una violación, un robo o un accidente. Se sabe que, a finales de abril de 1981, Schenk fue con Pauty a una agencia de viajes, en París, y le pagó un viaje turístico a precio alzado -que costó 8.667 francos franceses- a Haití, y le dio además 4.000 francos suizos, equivalentes a unos 10.000 francos franceses, para sus gastos. Pauty se fue a Haití el 27 de abril de 1981. Se instaló en Port- au-Prince, lugar en el que reside la señora de Schenk las tres cuartas partes del año. Pierre Schenk le había dado una fotografía de su mujer para que pudiera identificarla. Josette Schenk salió de Port-au-Prince el 5 de mayo de 1981 y regresó a Suiza. Pauty, al comprobar que Josette Schenk ya no estaba en Haití dio por terminada su estancia y volvió a Francia el 11 de mayo, sin conseguir, por otra parte, ninguna información, salvo un dato inexacto: que el marido de Josette Schenk había muerto. De regreso a Francia, Schenk se puso en contacto con Pauty en una fecha que no consta exactamente, pero que debió ser el 14 (según el primero) y el 15 ó 16 de mayo (según el segundo). Schenk afirma que telefoneó a Pauty desde Francia; y es posible que lo hiciera, aunque no se ha probado. Tampoco lo ha sido que le llamara desde Suiza. Por esta conversación telefónica supo Schenk que Pauty volvía con las manos vacías de Haití. Le encargó entonces que continuara su misión en Suiza. Según Pauty, tenía que matar a Josette Schenk en la semana del 12 al 18 de junio. Según Schenk, no podía venir precisamente esa semana a Suiza, porque eran las fechas en que la hija de dicha señora tenía que dar a luz. A partir de este momento, no parece que se relacionaran directamente hasta el 26 de junio de 1981, en cuya fecha Schenk llamó por teléfono a Pauty. Volveremos sobre esta conversación más adelante. El 24 de mayo de 1981, Pauty envió un telegrama a RTZ 81, cuyo texto era el siguiente: "Es necesario entrar en contacto." Pauty desconocía, a



la sazón, quién se ocultaba bajo la identidad de RTZ 81. Schenk, unos días después -el 1 de junio de 1981-, cuando ingresaba en el hospital de St. Loup para una operación y le hacía creer a Pauty que estaría durante dos meses en Extremo Oriente, le envió 3.500 francos suizos en un sobre expedido desde Eclépeus, a la dirección RD, lista de correos 1003, Estación de Lausana. El acusado fue operado a principios del mes de junio. El 12 del mismo mes, Richard Pauty vino a Suiza y se dedicó a buscar a la señora de Schenk. Se puso en relación con ella por teléfono el 18 de junio por la tarde, después de tomar la resolución, según sus declaraciones, de abandonar la que era su misión, es decir, la idea de matar a dicha señora, sea porque esperaba el anunciado regreso de RTZ 81 en el plazo de dos meses para conseguir todavía más dinero, sea porque se había dado cuenta de que algo fallaba en las explicaciones que RTZ 81 le había dado. El 19 de junio, Pauty se entrevistó con la señora de Schenk y le explicó que se le había encargado eliminarla. La señora de Schenk, asustada, le preguntó quién se lo había ordenado, y después de algunas explicaciones, dice haberse dado cuenta de que la orden procedía de su marido. Pauty le propuso entonces que desapareciera durante algún tiempo para que él pudiera cobrar el precio. De no hacerlo así, le propuso eliminar al acusado. Por último, Pauty y la señora de Schenk fueron a contar su historia a la policía, y el 20 de junio de 1981 empezó la investigación. Pauty declaró en dicha fecha en Suiza y el 24 ante la policía francesa. Pierre Schenk, el 26 de junio de 1981, después de recibir el telegrama del 24 de mayo, llamó a Pauty desde el hospital de St. Loup. Pauty, que sabía que RTZ 81, es decir, Pierre Schenk, le llamaría más pronto o más tarde, colocó una cinta en el aparato que poseía desde hacía un año aproximadamente y que pertenecía a su hermano. Por medio del micrófono de origen puso en contacto directamente el aparato con el segundo auricular del teléfono del piso de su madre. Unió el micrófono con el auricular con una cinta adhesiva. Schenk llamó desde una cabina telefónica aunque tenía un teléfono en su habitación en el hospital. Dice que utilizó siete monedas de un franco para esta llamada, pero es cosa que no se ha probado. Oyendo la cinta grabada, se comprueba que un desconocido contesta a la llamada telefónica de Schenk y le pasa el aparato a Pauty. Schenk le pregunta qué ha estado haciendo y se entabla el siguiente diálogo:

R. P.: Bien. El tra...

P. S.: Me estaba preguntando qué hacía usted..., qué había sido de usted.

R. P.: Sí, no, hubo pequeños problemas y yo no he, no he podido hacer el trabajo hasta el 23.

P. S.: ¿El 23?

R. P.: Sí, el lunes 23..., lu..., lu..., yo creo que era el 23.

P. S.: Pero ¿dónde sucedió?

R. P.: Bien, yo fui a buscar a unos amigos a Italia, porque no conseguíamos hacerlo, porque como usted me dijo estábamos en cómo, siempre había vecinos, etc. Fui dos veces y las dos veces me vieron; por eso, esperé a que ella se fuera para ir al hospital; preparamos un golpe en su coche de manera que tuviera que detenerse y hablar sobre el daño; y después las cosas pasaron así; pero yo no sé, porque el cuerpo, cogimos el coche y nosotros..., y yo lo llevé cerca de Montreux. No sé si ya se ha descubierto porque no lo he visto en los periódicos.

P. S.: Pero, ¿qué es lo que va a hacer usted ahora?



R. P.: ¿Cómo?

P. S.: ¿Qué va a suceder ahora?

R. P.: Bien, ahora vaya hacer lo de París, ¿no?

P. S.: ¿Qué?

R. P.: Yo hago París.

P. S.: No, quiero decir sobre el trabajo.

R. P.: Bien, no lo sé. En fin, y... y... El trabajo está hecho y esto es todo.

P. S.: Es raro que se haya hecho el trabajo y no se conozca.

R. P.: Yo no lo he visto aún en los periódicos pero, como yo digo, lo he ocultado y no lo he dejado precisamente...

P. S.: Bien, óigame, está bien. Le llamaré dentro de una semana.

R. P.: ¿Dentro de una semana?

P. S.: ¿Estará usted ahí durante una semana?

R. P.: Sí, estaré en París, sí.

P. S.: Sí, sí, yo le sigo. ¿Bien?

R. P.: Conforme.

P. S.: Bien, porque yo no tengo ninguna noticia, yo no he oído nada.

La conversación telefónica terminó con los saludos de despedida. Pauty había recibido la llamada alrededor de las nueve y media de la mañana.

A las diez, llamó a la Brigada Criminal de París y hacia el mediodía, después de viajar de Houilles a París, entregó la cinta grabada al inspector encargado de la investigación. La cinta fue objeto de un examen pericial; los resultados fueron los siguientes:

1) La cinta no ha sido manipulada por el procedimiento habitual de cortes y empalmes.

2) Las características de la grabación corresponden exactamente al aparato utilizado.

3) En la cinta no hay huellas utilizables de otras grabaciones.

4) El ruido de fondo de la impresión es muy elevado, lo cual es normal, teniendo en cuenta el material empleado y la técnica de la grabación. Pero el resultado es que no se puede asegurar que no se trate de una copia.

El perito ha puntualizado que era posible que, después de grabar la conversación, se hubiera adaptado la cinta, es decir, que se hubieran suprimido algunos trozos o modificado el orden de las palabras o que se hubieran añadido fragmentos de otros registros.



Finalmente, se podía copiar la cinta sobre el magnetófono examinado. El perito precisó también que no había encontrado nada que permitiera suponer que se trataba de una copia así, lo cual no quería decir que no lo fuera, sino simplemente que un montaje de esta clase habría exigido un mecánico muy hábil que contara con un buen material y bastante tiempo. En el juicio, el perito aclaró aún más su parecer, en los términos siguientes:

Dijo que había encontrado cuatro soluciones de continuidad; que no podía probar que se tratara de un corte; que estaba casi seguro de que no había habido manipulación, para la cual habría hecho falta, incluso trabajando de firme, un día de trabajo. Añadió que, en las condiciones más favorables, tanto en material como en el trozo que técnicamente puede ser sencillamente suprimido, habría hecho falta una hora o una hora y media de trabajo. No pudo describir que se hubiera eliminado algún fragmento.

El acusado, al ser interrogado sobre la grabación, reconoció que se trataba de su voz. Declaró que no recordaba que se hubiera hablado de un cuerpo y que tenía la impresión de que el registro de la conversación había sido objeto de cortes. El Tribunal, fundándose en la prueba pericial, admite que la cinta grabada que obra en los autos es fiel reproducción de la conversación entre el acusado y Pauty del 26 de junio de 1981. Teniendo en cuenta que no hay indicios de ninguna alteración y que Pauty dispuso de muy poco tiempo entre la llamada telefónica y la entrega de la cinta a la policía, excluye el supuesto de la manipulación. Por otra parte, como la grabación contiene los saludos del principio y del final de la conversación, la posibilidad de que el comienzo o el término de la grabación se haya simplemente suprimido sin adaptación alguna queda excluida. El 23 y el 26 de junio de 1981, Pauty envió dos telegramas a RTZ 81, diciendo en el primero: Lausana OK. París OK antes del 30. Necesito d. US para cigarrillos, y en el segundo: contrato efectuado. Comprobar Lausana-Montreux, pruebas no posibles. Espero mitad d. US contrato antes gestiones H. R. París. Al parecer, Schenk no recibió estos telegramas.

El Tribunal, al investigar las circunstancias generales del caso, ha comprobado que los esposos Schenk, con unos quince años de diferencia de edad, se casaron en 1947. Hasta 1969, no parece que la pareja tuviera problemas de importancia. Consta, sin embargo, que la esposa se sintió siempre muy sola. En mayo de 1972, cuando estaba ingresada en una clínica, un profesional (A.) fue a verla para hablarle de un proyecto de capitulaciones matrimoniales y de pactos sucesorios que Pierre Schenk había hecho preparar. El proyecto, en el que se establecía el régimen de separación de bienes, incluía especialmente la renuncia de Josette Schenk a todos sus derechos en la herencia de su marido siempre que recibiera al causarse ésta el usufructo vitalicio de un paquete de títulos mobiliarios de un valor real de un millón y medio como mínimo, con una renta anual de 60.000 francos también por lo menos. Se disponía además que si el matrimonio se disolvía por causa distinta del fallecimiento, Josette Schenk tendría derecho al usufructo vitalicio de un paquete de títulos de un valor real comprobado de un millón y medio.

Josette Schenk se negó a firmar este convenio. En 1973, pidió las medidas provisionales o de protección. La vida en común terminó a finales de dicho año. Pierre Schenk pidió el divorcio en 1974. Los cónyuges sólo se vieron en las audiencias del procedimiento que fue muy duro y se prolongó durante más de siete años. A principios de febrero de 1974, Josette Schenk cambió de abogado. Como el nuevo se inclinaba a una solución definitiva en el marco del divorcio, el Letrado del acusado le informó de ello y le dijo lo que se debía hacer para obligar al contrario a abordar el problema con la señora de Schenk y llevarla a un cambio de postura. El 8 de abril de 1981, el abogado del acusado le escribía y le decía que esperaba poder conseguir próximamente que se señalara la fecha de celebración del juicio. Se celebró, efectivamente, el 10 de diciembre de 1981, y la Sentencia de divorcio, firme desde el 2 de febrero de 1982, confirmó un convenio por el que se concedía a la mujer,



entre otras cosas, la suma de un millón y medio en concepto de liquidación del régimen matrimonial de bienes y una renta vitalicia mensual de 4.500 francos.

La instrucción del procedimiento ha demostrado que, desde el comienzo del de divorcio, Pierre Schenk tenía dudas sobre la fidelidad de su mujer, y sospechaba especialmente que había tenido relaciones, antes de que empezara y al principio, con un tal E.

...

La celebración del juicio penal no puso de manifiesto nada que no fuera lo antes dicho. El acusado insistió en que Pauty tenía el encargo de conseguir informaciones y ratificó que podía hacerlo de la manera que le pareciera más conveniente, por ejemplo, presentándose ante la señora por un motivo cualquiera y haciéndose con los datos pedidos, bien por medios sentimentales, bien por medios amistosos. En un interrogatorio del 1 de julio de 1981, el acusado precisó que habría querido que Pauty le hubiera facilitado las informaciones que le interesaban en un plazo de treinta días, si era posible. En la audiencia ante el Tribunal declaró que no sucedió así; que le había dicho a Pauty que estaría fuera durante algún tiempo -de manera que contaba con el que quisiera- y que no era necesario que fuera a Lausana la semana del 12 al 18, puesto que la hija de su esposa -es decir, de la señora de Schenk- iba a dar a luz. Finalmente, se pusieron de acuerdo en que pagaría a Pauty al regresar -Schenk- del siguiente viaje al extranjero y recibir la información que le había encargado. Por su parte, Pauty confirmó que su misión en Suiza era la de matar a la señora de Schenk y que, al ver que no iba a cobrar ahora más dinero de RTZ 81, decidió cambiar de planes.

No es nada fácil determinar la personalidad de Richard Pauty. Nacido en 1947, ha ejercido diferentes oficios relativamente mal definidos. Ha trabajado como gimnasta o acróbata, y ha tenido problemas con las autoridades civiles y militares francesas y con las italianas. Tiene su domicilio legal en Italia, pero de hecho reside en Houilles. Según parece, ha colaborado en ocasiones con la policía, en especial con la italiana, en asuntos de drogas. El Tribunal, fundándose en lo que se ha dicho antes, ha llegado, por mayoría, a la convicción de que Pierre Schenk encargó a Richard Pauty la misión de matar a Josette Schenk. El Tribunal se ha fundado en parte en la grabación de la conversación telefónica del 26 de junio de 1981. Cuando Pauty le dice que no pudo hacer su trabajo hasta el día 23, el acusado le pregunta dos veces dónde sucedió, lo cual sería ridículo si se tratase meramente de conseguir una información. Al final de una larga frase, dicha de un tirón y en la que se hace referencia a un cuerpo cogido en un coche en algún sitio cercano a Montreux y que no ha sido descubierto porque nada dicen los periódicos, el acusado no contesta qué galimatías es éste, o no entiendo lo que está diciendo. Dice y pregunta dos veces qué va a pasar ahora. Cuando Pauty confirma que se ha hecho el trabajo, el acusado no le contesta que, en ese caso, le envíe su informe - como sería lógico si se tratara de una misión informativa-, sino que le dice, y esto en dos ocasiones, que el trabajo ha sido hecho y no se ha advertido, lo cual es raro. A este respecto, el acusado ha explicado que con esto quería dar a entender a Pauty que su organización (una supuesta organización encargada de vigilarle) no le había dicho nada. Pues bien: se sabe que no se vigilaba a Pauty en su trabajo; se sabe también que no existía tal organización; que, a la sazón, el acusado, hospitalizado, no podía conocer si Pauty había entrado en relación con la señora de Schenk; que, por otra parte, así había sucedido, de suerte que era absolutamente imposible para el acusado -en el supuesto que se tratase de conseguir una información- saber si Pauty había cumplido o no su misión de informarse. Ahora bien, la contestación del acusado no tiene sentido salvo si sabe que no se ha hecho el trabajo, y esto sólo era posible si la noticia era pública, por ejemplo, si había aparecido en la prensa, a la que, por otra parte, se refiere Pauty. Con esto sólo ya se demuestra la veracidad de la versión de Pauty. Pero existen además las restantes pruebas



del procedimiento: la serie increíble de precauciones tomadas por el acusado; el hecho de que durante años se haya visto obligado a pagar una pensión a su mujer aunque su mala conducta, que conocía pero que no podía probar, le habría aconsejado probablemente una consideración distinta de la situación; la ratificación de esta situación por el convenio sobre efectos accesorios; la pretensión, completamente inverosímil, de enviar a un supuesto ex legionario, sin formación, sin cultura y sin capacidad, primero a Haití y después a Suiza, para conseguir unos informes de escasa importancia y que, en cualquier caso, eran de dudosa utilidad a los efectos del divorcio; además, después del fracaso de la misión H. R. y de la misión en Haití -de donde Pauty habría podido por lo menos volver sabiendo si Josette Schenk se había construido una casa- no había motivos para enviarle a Suiza, país en el que carecía por completo de relaciones; el hecho de que el acusado gastara más de 10.000 francos suizos para conseguir, según su versión, unas informaciones insignificantes; y, por último, la circunstancia de que en ningún momento el acusado haya hecho nada dirigido a la presentación de una querrela por denuncia calumniosa.

Dice el acusado que no tenía ningún motivo para matar a H. R. Pero, objetivamente, tampoco lo tenía para hacerle apalear, seis años después, por una supuesta ofensa, de manera anónima y en el momento en que empezaban nuevas negociaciones comerciales. El hecho de que el empleo de detectives privados no hubiera dado resultados muy buenos no quería decir que una especie de legionario, más o menos un confidente, los diera mejores. Una persona inteligente -y el acusado lo es- no sustituye al oficial del servicio de información de un batallón por el capitán de una compañía de granaderos. Que el procedimiento de divorcio estuviera a punto de terminar no cambia en nada el hecho de que una relación establecida después de ocho años de separación afectara muy poco al importe de la pensión, y que el momento en que habría que liquidar el régimen matrimonial de bienes y establecer una pensión cuya injusticia conocía Pierre Schenk estuviera próximo. El hecho de que Pauty no recibiera a cuenta cantidades importantes no es decisivo, si se considera que Schenk quería conocer el resultado antes de pagar. Esta desconfianza puede explicar, por otra parte, el cambio de actitud de Pauty. El acusado considera que no se puede hablar de que Pauty no recibiera pagos a cuenta importantes al carecer de medios para encontrar a RTZ 81, cuya identidad desconocía. Esto sería cierto si se hubiera tratado sólo de una misión, no así en el supuesto de varias. Además, el argumento es aplicable también a una misión informativa. Hay que señalar de pasada que si se hubiera tratado meramente de conseguir informaciones, poco importaría que Pauty viniera a Suiza durante la semana en que la hija de la señora de Schenk tenía que dar a luz.

El acusado ha formulado otras suposiciones, concretamente que Pauty hubiera falsificado la cinta, utilizándola más o menos con la colaboración de la señora de Schenk; pero no se ha probado en el procedimiento esta teoría. Hay que decir, además, sobre la cuestión de la cinta grabada que el acusado, que no oye bien (padece, efectivamente, una disminución de su capacidad auditiva del 50 por 100), sostiene que no comprendió lo que le decía Pauty por teléfono. Esta explicación no concuerda con las preguntas y respuestas, claras y concisas, del acusado ni con el hecho de que nunca dijo que no había oído o comprendido bien lo que le decía su interlocutor. Por consiguiente, el Tribunal, fundándose en el conjunto de las circunstancias expuestas, ha llegado a la convicción de que, en cuanto a la señora de Schenk, la misión que se confió a Pauty era la de matarla.

Respecto a E, la misión de golpearle no se empezó a ejecutar. En cuanto a H. R., el Tribunal no ha podido llegar a una conclusión.

La instrucción abierta contra el acusado terminó con un sobreseimiento. Interpuesto recurso por el Ministerio Fiscal, se sometió al acusado a juicio ante el Tribunal de lo Penal de Rolle. Durante la instrucción se le detuvo preventivamente quince días.



Los informes recibidos sobre el acusado son favorables. Goza de buena fama en Rolle. Es muy rico, nunca ha tenido nada que ver con la policía y carece de antecedentes penales.»

D. *El procedimiento ante la Sección de Casación Penal del Tribunal Cantonal de Vaud*

27. El demandante interpuso recurso de casación. Se quejaba especialmente de la cinta, alegando que se había conseguido la grabación ilegalmente, después del comienzo de la investigación, con el fin de disponer de una prueba para la acusación; además, su uso infringía la ley penal y había jugado, como prueba directa, un papel en el juicio.

En sus alegaciones previas de 23 de septiembre de 1982, el Fiscal General del Cantón de Vaud entendió que debía rechazarse el recurso, considerando que «la grabación controvertida se había hecho en el marco de un proceso penal y a petición de los agentes de la policía judicial». No proporcionaba informaciones más amplias sobre este punto.

28. El 15 de noviembre de 1982, la Sección de Casación Penal del Tribunal Cantonal de Vaud rechazó el recurso por los siguientes fundamentos:

«El fallo recurrido dice expresamente que el Tribunal se ha fundado en parte en la grabación litigiosa. Por lo demás, es indudable que por su naturaleza tenía que influir, quizá decisivamente o por lo menos en forma importante, en el resultado del proceso penal.

Este procedimiento está sujeto al principio inquisitivo; su finalidad es esclarecer, aprehendiendo tan cerca como sea posible la realidad, los hechos de autos, y después aplicar el Derecho a los declarados probados. Siendo así, no se puede excluir en principio ningún medio de prueba cuya procedencia sea ilegal o delictiva. Sin embargo, la búsqueda de la verdad no debe efectuarse al precio de sacrificar valores que, a veces, son más importantes (Walder, "Rechtswidrig erlangte Beweismittel in Strafprozess", *RPS, Revista Penal Suiza*, 1966, págs. 36 y sigs.). Para Clerc (Introducción a la justicia penal en Suiza, pág. 150, núm. 145), la justicia se debe administrar conforme a las normas de la buena fe.

Según la escasa jurisprudencia existente, sólo se excluye el uso de los medios de prueba conseguidos ilegalmente en los casos en que no se podían conseguir con arreglo al Derecho vigente; no así cuando sólo se ha violado una norma procesal que no pretendía impedir la búsqueda de una prueba ni era adecuada para ello (RO, Sentencias del Tribunal Federal Suizo, 96,1, 437 c. 3 b, JT, Boletín de los Tribunales, 1972, I, 217, resumen; RO 103 la 206 JT, 1979, IV, 16; Belschaw, 3 de septiembre de 1980; OG ZH, Tribunal de Apelación del Cantón de Zurich; *SIZ Schweizerische Jurischen Zeitung*, 1981, núm. 28, pág. 130; ZG ZH, Tribunal de Casación del Cantón de Zurich; *BZR, Blätter für Zürcherische Rechtsprechung*, 1974, núm. 44, págs. 106 y sigs.). Pero la distinción entre ilegalidad y defecto o irregularidad procesal con frecuencia es delicada (Hauser, "Probleme und Tendenzen im Strafprozess", *RPS*, 1972, págs. 129 y 130).

La doctrina ha considerado poco satisfactorio el criterio establecido por la jurisprudencia (Hauser, obra citada, pág. 131; Hauser, *Kurzlehrbuch des schweiz Strafprozessrechts*, pág. 147; Walder, "Rechtswidrig erlangte Beweismittel im S trafprozess", *RPS*, 1966, págs. 37 y sigs.; Hutzli, *Die verfassungsmässigen bundesrechtlichen Schranken im einzelstaatlichen Straffprozess*, tesis, Berna, 1974, pág. 227).

En cualquier caso, no es decisivo para la admisibilidad de una prueba que se haya conseguido mediante un delito.



Señala Walder que, por lo general, no es tanto el medio de prueba en sí como la manera con que se ha conseguido lo que puede vedar su empleo (pág. 41). Distingue este tratadista la violación de un derecho importante de la de una mera exigencia procesal, y entre una prueba conseguida judicialmente y la aportada sin intervención judicial (pág. 43). A su entender, hay medios de prueba que no se pueden utilizar directamente, mientras que es posible hacerlo en forma indirecta, usando las pruebas conseguidas gracias a ellos (pág. 45); o, por lo menos, no se puede descartar el uso ya hecho aunque se hayan conseguido ilegalmente (pág. 47).

Walder llega a la conclusión de que se debe examinar caso a caso si la violación legal es tan grave que no permite utilizar la prueba obtenida ilegalmente, para cuya determinación hay que ponderar los intereses y los derechos en juego (pág. 59).

De esta manera, admite el citado autor que se pueden utilizar plenamente las informaciones conseguidas sobre la comisión de un delito grave, aunque se hayan violado, por ejemplo, las disposiciones legales sobre el teléfono (pág. 51).

Para Hauser (*Kurzlehrbuch*, pág. 147), hay que apreciar las normas que excluyen una prueba en función de la protección en que se fundan; y se deben rechazar las pruebas conseguidas violando una prohibición que pretende evitar los peligros para conocer la verdad, por ejemplo, la confesión obtenida por medio de la violencia.

En términos generales, se reconoce la prohibición de que los órganos investigadores utilicen la coacción y las amenazas o recurran a declaraciones falsas o a preguntas capciosas (Pfenniger, *Probleme des Schweiz. Strafprozessrechts*, pág. 191;

Hauser, *Kurzlehrbuch*, pág. 146, 57 II 2, y pág. 151, 58 III 2; Walder, obra citada, pág. 52).

El examen de lo que antecede a la vista del artículo 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos , que condiciona la condena de un acusado a que su culpabilidad haya sido declarada legalmente, no lleva a otras distinciones (véase, especialmente, Poncet, La protección del acusa *do por el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, págs. 89 y sigs.). Según el artículo 8.2 del Convenio, la autoridad pública sólo podrá injerirse en la vida privada o en la correspondencia si la injerencia está prevista por la ley y es una medida necesaria en una sociedad democrática, entre otras finalidades, para la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia en el caso Klass, de 6 de septiembre de 1978 , entendió que la existencia de preceptos legales que conceden facultades para la vigilancia secreta de la correspondencia, de los envíos postales y de las telecomunicaciones es, en una situación excepcional, necesaria en una sociedad democrática. Reconoció también que el legislador dispone de algunas facultades discrecionales para elegir las modalidades del sistema de vigilancia (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, serie A, apartados 48 y 49, pág. 23; véanse los argumentos ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, *Anuario del Convenio*, 1974, págs. 179 y sigs. y págs. 185 y sigs.).

Anteriormente, el Comité de Ministros del Consejo de Europa entendió, el 5 de mayo de 1971, que el registro en una cinta magnética, sin conocerlo los interlocutores o uno de ellos, de una conversación particular era en principio una injerencia en la vida privada, pero su empleo por el tribunal como medio de prueba no violaba el derecho a un proceso justo garantizado por el artículo 6.1 del Convenio (*Anuario del Convenio*, 1971, págs. 903 y



sigs.). La Comisión opinó lo mismo (*Anuario*, 1969, págs. 157 y sigs.).

Más recientemente, la Comisión Europea de Derechos Humanos señaló, en un caso alemán, que, por lamentable que sea, el hecho de que, en general, las autoridades encargadas de la escucha telefónica no hayan respetado totalmente las instrucciones recibidas no supone en sí una violación del Convenio, especialmente de su artículo 8.1 (13 de diciembre de 1979, *Resoluciones e Informes*, vol. 18, págs. 184 y 185).

Es interesante señalar que la Comisión ha admitido, de una parte, que los agentes de la policía judicial recojan informaciones reservadas de personas que tienen un legítimo interés en que no se las conozca, sin lo cual muchas noticias necesarias para la represión de los delitos no llegarían nunca a las autoridades competentes para las actuaciones; y, de otra, que se puedan tomar en consideración las manifestaciones de un informador cuando se haya llamado la atención de los jurados sobre el valor de una declaración no confirmada en el juicio bajo juramento y cuando el acusado haya podido proponer que se interrogara a varios testigos en contra de los hechos de que se trate (4 de mayo de 1979, *Resoluciones e Informes*, vol. 16, págs. 203 y sigs.).

Se deduce de lo dicho que los órganos de aplicación del Convenio no son más rígidos que el Tribunal Federal en la jurisprudencia citada.

Las reglas que se han expuesto y discutido antes sobre los órganos de la investigación no pueden aplicarse sin más a las pruebas conseguidas ilegalmente por personas privadas. Algunos procedimientos inadmisibles en el caso de los primeros no lo son necesariamente en el de los segundos (Walder, obra citada, pág. 42). Los autores admiten, por ejemplo, que la víctima de amenazas o de un chantaje pueda verse en la necesidad, para superar la dificultad de probarlos, de recurrir a una grabación oculta de las declaraciones del autor del delito (Hauser, *Kurzlehrbuch*, pág. 148; Walder, obra citada, pág. 48). En lo que se refiere a los actos de un investigador privado, las opiniones están divididas. Hauser entiende que no se debe distinguir entre éste y el investigador público, puesto que los riesgos de falsear los hechos todavía son mayores (*Kurzlehrbuch*, pág. 148). La jurisprudencia ha dejado pendiente la cuestión (RO 99 V 15; RO 103 Ia 216, 9b; SJZ, 1981, núm. 28, 2b, pág. 132).

El registro por la policía de una conversación telefónica en Suiza sin autorización judicial habría sido ilegal. No obstante, podía haberse concedido al tratarse de una investigación con motivo de un delito grave, de acuerdo con el artículo 179 del Código Penal . La grabación litigiosa en sí no es una prueba prohibida en el ámbito del Derecho suizo ni en el del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Aunque se reconozca al recurrente que, incluso no existiendo ninguna querrela, la grabación privada de la conversación telefónica de Pauty con el acusado era intrínsecamente una infracción (RO 81 IV 90 3a; JZ, 1955, IV, 140), hay que hacer constar, en cambio, que el precepto violado -el art. 179 bis del CP - protege el ámbito individual y no pretende eliminar los riesgos de un error.

A mayor abundamiento, si se trata de equilibrar los intereses y derechos en juego, como propugna Walder, se debe reconocer que la diferencia entre la grabación autorizada y la que no lo está no es suficiente para que se conceda más importancia a la protección del interés privado que a la del interés público en descubrir al culpable de un delito muy grave.

Sin duda, el procedimiento seguido por Pauty para conseguir las declaraciones que comprometían al recurrente se opone a las reglas de la buena fe, ya que consistía en dar por cumplida, sin ser verdad, la misión de matar, lo que era tanto como tender una trampa a su interlocutor. Sin embargo, si el intento por una autoridad de incitar a alguien a cometer un delito es condenable, la estrategia para que un malhechor confiese un delito no lo es



(Clerc, "Los hábitos de la policía y la Moral", en *Miscelánea Jurídica*, 1982, en especial pág. 149). Así, el empleo de la violencia e incluso del engaño para conseguir una declaración son ilegales; pero, en cambio, se permite recurrir a un ardid o a una estratagema (Clerc, obra citada, pág. 146). Así lo hacen con frecuencia las autoridades cuando, por ejemplo, está en peligro la vida de un rehén. Por otra parte, un mismo procedimiento puede ser lícito en un caso e inmoral en otro (obra citada, pág. 151).

Se deduce de lo dicho que el medio utilizado en este caso está dentro de los límites de lo admisible en la lucha contra el delito. Además, el engaño sólo se ha producido en un punto: la realización del acto de que se trataba.

En resumen, según las normas del Derecho suizo, la prueba discutida se podía utilizar y no violaba los derechos fundamentales del recurrente. Aunque la grabación se hizo y se consiguió por la policía en Francia, no es necesario examinar los derechos más amplios que, en su caso, podía conceder la legislación extranjera. Después de todo, Francia conoce también las intervenciones y grabaciones de las conversaciones telefónicas a pesar de que su Código Penal sanciona también las que no han sido autorizadas por la autoridad competente (Recopilación Dalloz, *Procedimiento penal*, 1980, pág. 34, arts. 368.1 y 372.2 del Código Penal francés). Además, aunque Francia no castigue la tentativa de inducción, el Convenio Europeo de ayuda mutua judicial en asuntos penales de 20 de abril de 1959, al cual se adhirieron Suiza y Francia, habría permitido a Suiza pedir por medio de un suplicatorio una medida de vigilancia de esta naturaleza. A diferencia de Suiza, Francia no ha formulado ninguna reserva condicionando el cumplimiento de un suplicatorio, cuando implique una medida coercitiva, a que el delito inculcado se sancione tanto en el país que requiere como en el que es requerido. La vigilancia telefónica se equipara a una medida así (Romanens, *Die Telefonüberwachung als Gegenstand der Rechtshilfe in Strafsachen*, tesis, Berna, 1974, pág. 108).

El recurrente alega además que una grabación debidamente autorizada habría garantizado su exactitud e integridad. Ciertamente, un registro oficial tiene, por su propia naturaleza, una fuerza probatoria mayor que la de otro privado, si se tienen en cuenta las posibles manipulaciones en el segundo caso. Sin embargo, en el de autos se conocían las circunstancias de la grabación, y los Jueces contaron con un informe pericial emitido a la vista de la cinta y del correspondiente aparato. El Tribunal conoció también el tiempo transcurrido entre el registro de la cinta y su entrega a la policía, y pudo apreciar así el valor de la prueba en relación a su autenticidad.

El empleo de un ardid o de un subterfugio también podía afectar a la fuerza probatoria de las declaraciones conseguidas de esta manera. Sin embargo, el Tribunal de instancia pudo apreciar la influencia de este procedimiento en el valor de las declaraciones del acusado, con mayor motivo al haberse recogido en la cinta una conversación telefónica completa.

También a este respecto, la prueba discutida es admisible.»

E. El procedimiento ante el Tribunal Federal

29. El señor Schenk impugnó la sentencia del Tribunal de Casación Penal de Vaud ante el Tribunal Federal por medio de un recurso de Derecho público, pidiendo la declaración de nulidad, por los mismos motivos en relación a la grabación litigiosa. Sostenía sustancialmente que era ilegal; que el Tribunal de lo Penal debía haberla declarado inadmisibles como prueba; y que, al no hacerla así, había violado en especial el artículo 36, apartado 4, de la Constitución, que garantiza la inviolabilidad del secreto de las comunicaciones; el artículo 11 de la Ley de Vaud de aplicación del Código Penal de 27 de



febrero de 1980, Y los artículos 6.2 y 8 del Convenio.

1. *El recurso de Derecho público*

30. El 7 de septiembre de 1983, el Tribunal Federal (Sección de Casación Penal) rechazó el recurso de Derecho público interpuesto por los siguientes fundamentos:

« a) Se puede admitir que los elementos que integran el delito definido en el artículo 179 *ter* del Código Penal se dan en la grabación litigiosa. Hay que señalar, sin embargo, que Pauty grabó la conversación para probar la veracidad de sus declaraciones cuando precisamente se le investiga en la vía penal por tentativa de asesinato. Si se hubiera presentado una querrela, con fundamento en el artículo 179 *ter*, no es seguro que el fallo habría terminado con una condena. Pero esta cuestión puede quedar sin resolver. Los preceptos del Código Penal y de la Ley de Vaud de aplicación del Código sobre las intervenciones telefónicas tratan de la definición de las grabaciones legales e ilegales y de las sanciones en el segundo caso; pero no establecen ninguna regla sobre su validez como prueba en un juicio.

b) Es cierto que el Derecho suizo sólo permite la injerencia en los derechos de la persona y en el secreto de las comunicaciones que suponen las grabaciones telefónicas cuando la medida se ordena por la autoridad competente y se aprueba por un Juez. La conclusión de que no se puede utilizar como medio de prueba un indicio procedente de una intervención no autorizada sería excesiva y llevaría con frecuencia a consecuencias absurdas (véanse Hans Walder, "Rechtswidrig erlangte Beweismittel im Strafprozessrecht", en *RPS*, 1966, págs. 36 y sigs., y Klaus Rogall, "Gegenwärtiger Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1979, págs. 1 y sigs., especialmente pág. 15; véase también Karl Heinz Gossel, "Kritische Bemerkungen zum gegenwärtigen Stand der Lehre von den Beweisverboten im Strafverfahren", en *Neue juristische Wochenschrift*, 1981, pág. 649). Es conveniente en casos así ponderar, de una parte, el interés del Estado en que se confirmen o disipen las sospechas concretas y, de otra, el legítimo interés de la persona afectada en que se protejan sus derechos personales. Para ello, se deben tener en cuenta todas las circunstancias fundamentales.

El Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania ha llegado a la misma conclusión. En un caso en que se sospechaba que una persona había cometido un delito fiscal, una estafa y una falsificación de documentos, el tribunal no concedió fuerza probatoria a una grabación privada. Entendió, sin embargo, que la solución habría sido distinta si los intereses superiores de la sociedad hubieran exigido imperativamente prevalecer sobre los personales de la persona afectada; así, por lo general, no se opondría al Derecho constitucional que, en caso de necesidad, la autoridad competente pudiera utilizar una grabación hecha por un tercero que permitiera identificar a un criminal o exculpar a un acusado indebidamente, tratándose de delitos muy graves como los cometidos contra la vida y la integridad corporal de las personas, los ataques graves al orden constitucional y a las libertades democráticas y a los valores jurídicos de la misma importancia (*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, 34, 1973, págs. 238 y sigs., especialmente 249). En este caso, hay que pesar, de una parte, el interés en confirmar o disipar las sospechas concretas de que Schenk indujo a cometer un asesinato y, de otra, el interés que el mismo tenía en que su conversación con Pauty se mantuviera secreta. Es indudable que el interés público en que se demostrara la verdad sobre un delito que se refería al asesinato de una persona sobrepasa al de Schenk relativo al secreto de una conversación por teléfono que no afectaba a su intimidad, sino exclusivamente al cumplimiento de una misión confiada a Pauty. La protección de la vida privada de una



persona no puede tener como consecuencia que se rechace la mencionada grabación de una cinta como prueba en un proceso penal cuando existen fuertes indicios sobre un delito muy grave (véase Rogall, obra citada, 1979, págs. 29 y sigs.).

A mayor abundamiento, es interesante subrayar que el Derecho suizo permite la intervención del teléfono de un individuo sospechoso de haber tomado parte de un delito. Se requiere, ciertamente, autorización judicial; pero el Estado no ha renunciado a este medio de prueba por razones de principio y para proteger el interés superior del individuo. Este procedimiento de prueba no se puede comparar con el suero de la verdad, con las coacciones o con las torturas, medios absolutamente prohibidos por principios de orden público. En consecuencia, nada habría impedido legalmente que la misma grabación hecha en Suiza sobre la línea de la cabina telefónica del hospital en que estaba Schenk se hubiera realizado conforme a Derecho y unido a los autos. Se deduce de lo dicho que una infracción de los derechos de la persona que, según el ordenamiento legal suizo, no viola la Constitución -si se cumplen determinadas condiciones- puede calificarse como leve cuando pudo ser decretada con arreglo al artículo 179 *octies*, 2, del Código Penal (véase ATF, *Sentencias del Tribunal Federal suizo*, 96, I, 440).

c) En este caso, teniendo en cuenta que se sospechaba seriamente que Schenk hubiera tomado parte en un delito del que podía resultar la muerte de una persona; que el Juez habría podido decretar conforme a Derecho el registro de su conversación del 26 de junio de 1981 con Pauty; que fue éste quien lo hizo mientras se abría contra él una investigación por tentativa de homicidio o de asesinato; y que, como esta conversación no se refería a hechos de naturaleza íntima, el Tribunal de lo Penal del distrito de Rolle se podía negar a eliminar la cinta grabada de las actuaciones y considerarla como prueba sin violar el Derecho constitucional suizo. Dicho Tribunal, al proceder de esta manera, tampoco infringió los artículos 6 y 8 del CEDH (Convenio Europeo de Derechos Humanos)» (*Sentencias del Tribunal Federal suizo*, vol. 109, primera parte, págs. 246 a 248).

2. El recurso de nulidad

31. El Tribunal Federal (Sección de Casación Penal) en la misma fecha -7 de septiembre de 1983- rechazó también el recurso de nulidad. En especial, consideró inadmisibles los motivos deducidos de la audición por el Tribunal de lo Penal de la cinta en que se había registrado la conversación telefónica: se trataba de la admisión de las pruebas, cuestión que correspondía a la competencia cantonal.

F. La puesta en libertad del demandante

32. El 6 de junio de 1983, el señor Schenk pidió, por razones de salud, que se suspendiera el cumplimiento de la pena. El jefe del Departamento de Justicia, Policía y Asuntos Militares de Vaud rechazó la petición el 7 de diciembre, y el (ahora) demandante interpuso un recurso administrativo, desestimado por el Tribunal Federal el 21 de febrero de 1984.

33. En agosto de 1983 se trasladó al demandante al Hospital Geriátrico de Chamblom para que cumpliera su pena.

El 5 de diciembre de 1984 se le concedió por el Gran Consejo del Cantón de Vaud un indulto parcial del resto de su pena, teniendo en cuenta especialmente su estado de salud. Recuperó su libertad el 8 de diciembre de 1984.

II. La legislación interna aplicable



34. El Código Penal suizo contiene los siguientes preceptos sobre la intervención de las comunicaciones telefónicas:

Artículo 179 bis «El que, sin el consentimiento de todos los participantes, escuchare por medio de un auricular o registrare en un aparato a este respecto una conversación privada entre otras personas, El que se aprovechare o informare a un tercero de un hecho que sabía o debía suponer que había conocido por medio del delito a que se refiere el primer párrafo, El que conservare o hiciere asequible a un tercero una grabación que sabía o debía suponer que se había hecho por medio del delito a que se refiere el primer párrafo, Será castigado, previa querrela, con prisión o multa.»

Artículo 179 ter «El que, sin el consentimiento de los demás interlocutores, registrare en un aparato a este respecto una conversación privada en la que tomara parte, El que conservare una grabación que sabía o debía suponer que se había hecho por medio del delito a que se refiere el primer párrafo, o se aprovechare de ella, o la hiciere asequible a un tercero, Será castigado, previa querrela, con la pena de hasta un año de prisión o con una multa.»

Artículo 179 quinquies «No será castigado en virtud del artículo 179 bis, párrafo 1, o del artículo 179 ter, párrafo 1:

El que escuchare, por medio de un teléfono o de una instalación auxiliar autorizada por la Compañía Telefónica, o el que registrare en un aparato a este respecto una conversación transmitida por una instalación telefónica sujeta a la autoridad telefónica, El que escuchare, por medio de un teléfono o de una instalación auxiliar de la principal, o el que registrare en un aparato a este respecto, una conversación transmitida por una instalación no sujeta a la autoridad telefónica.»

Artículo 179 octies «No será castigado el que, en virtud de expresa autorización de la ley, decreta las medidas oficiales de vigilancia de la correspondencia postal, telefónica o telegráfica de determinadas personas o dispone que se utilicen aparatos técnicos para ello (arts. 179 bis y sigs.), con tal que pida inmediatamente la aprobación del Juez competente.

La aprobación a que se refiere el primer párrafo se puede dar para investigar o evitar un delito, cuya gravedad o especial naturaleza justifique la intervención, o un acto punible cometido por medio del teléfono.»

35. Según su artículo 5, el Código Penal suizo puede ser aplicable a un delito cometido en el extranjero contra una persona de nacionalidad suiza:

«Este Código será aplicable a cualquiera que cometiere en el extranjero un delito muy grave o grave contra un suizo, con tal que se castigue también en el Estado en que se haya cometido, si el autor se encontrare en Suiza y no se hubiera concedido su extradición o si se concediere a petición de la Confederación por dicha infracción. Sin embargo, se aplicará la ley extranjera si fuera más favorable para el acusado.

No se podrá sancionar más al autor por su delito si ha cumplido la pena impuesta en el extranjero, si se le indulta o si la pena ha prescrito.

Si no hubiere cumplido en el extranjero la pena impuesta, la cumplirá en Suiza; y si sólo la hubiere cumplido en parte, el resto se cumplirá en Suiza.»

EL PROCEDIMIENTO SEGUIDO ANTE LA COMISIÓN



36. El señor Schenk presentó su demanda número 10862/84 ante la Comisión el 6 de marzo de 1984. Se consideraba víctima de una violación de su derecho al respeto de su vida privada y de su correspondencia, en el que se incluye el derecho al secreto de sus comunicaciones telefónicas (art. 8). Alegaba además que se había infringido su derecho a un proceso justo al utilizarse la grabación controvertida como medio de prueba (art. 6, apartados 1 y 3). Por último, denunciaba una infracción del principio de la presunción de inocencia, puesto que no se había probado «legalmente» su culpabilidad (art. 6.2).

37. La Comisión resolvió sobre la admisibilidad de la demanda el 6 de marzo de 1986. Rechazó, por no haber apurado previamente la vía de los recursos internos, la reclamación al amparo del artículo 8 que se refería a la realización de la grabación: el señor Schenk no se había querellado contra el autor o los autores. En cambio, admitió a trámite la demanda en cuanto al uso de la cinta grabada, aunque puntualizando que la reclamación fundada en el artículo 6.2 de hecho dependía del concepto del proceso justo.

En su informe de 14 de mayo de 1987 (art. 31), la Comisión llegó a la conclusión, por once votos contra dos, de que no se había violado el artículo 6.1. El texto íntegro de su opinión y de los dos votos particulares formulados se incluye en un anexo a esta Sentencia.

CONCLUSIONES PRESENTADAS ANTE EL TRIBUNAL

38. El Gobierno, en la vista de 22 de marzo de 1988, ratificó las conclusiones de su Memoria, pidiendo al Tribunal:

«Que declarara que, en el caso de autos, no se había violado el artículo 6.1 del Convenio.»

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Sobre la violación que se alega del artículo 6

A. El artículo 6.1

39. El señor Schenk alega, en primer lugar, que la realización del registro de su conversación telefónica con el señor Pauty y su uso como medio de prueba infringieron el artículo 6.1, redactado en la siguiente forma:

«Toda persona tiene derecho a que su causa se oiga con justicia, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que resolverá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de naturaleza civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella...»

40. Según él, la grabación telefónica se hizo a instancia de la policía suiza. Es cierto que la Comisión no ha admitido a tramitación la reclamación interpuesta al amparo del artículo 8 sobre la realización de la grabación por no haberse apurado la vía de los recursos internos; sin embargo, para fiscalizar la justicia del proceso, se requiere tener en cuenta la realidad de los hechos, sobre todo cuando se trata, como en este caso, de una circunstancia decisiva.

Comprueba el Tribunal que la reclamación declarada inadmisibles por la Comisión se refiere solamente al artículo 8. El Tribunal no tiene competencia para examinarla como tal (véase,



entre otras, la sentencia Guzzardi de 6 de noviembre de 1980, serie A, núm. 39, pág. 39, apartado 105), pero esto no le impide estudiarla en relación a otro precepto aplicable, en este caso el artículo 6.1.

41. Afirma además el señor Schenk que el uso de un medio de prueba conseguido ilegalmente basta para convertir en injusto el procedimiento, y que su condena se fundaba principalmente en la cinta grabada. Entiende que, ciertamente, es necesario sopesar los intereses en pugna -el público en esclarecer lo ocurrido en relación a un delito grave, y el privado en amparar el secreto de una conversación telefónica- pero, según él, debe hacerse antes de la grabación, no después y, en ningún caso, ilegalmente.

Emplea, además, dos argumentos. Primero, lamenta que, en ningún momento, se citara al inspector Messerli para que compareciera como testigo: sin duda, la defensa no le citó ni durante la instrucción ni en el juicio, pero la omisión era explicable en el primer caso por la esperanza -realizada- de un sobreseimiento (apartado 17), y en el segundo por el hecho de que el señor Messerli estaba convencido de la culpabilidad del acusado (apartado 15). Segundo, el señor Schenk critica las condiciones en que se escuchó la cinta ante el Tribunal de lo Penal de Rolle. Según él, se debían haber instalado auriculares e incluso tomado medidas especiales teniendo en cuenta su sordera.

42. El Gobierno considera necesario distinguir según que las autoridades hayan recurrido a un procedimiento ilegal para conseguir o preparar un medio de prueba que posteriormente utilice el Juez, o que la actuación contraria a la ley proceda de una persona privada que, seguidamente, entregue la prueba a la autoridad. Añade que hay que sopesar los intereses en juego y que, por otra parte, la grabación no era la única prueba; y se refiere a las resoluciones judiciales dictadas en el caso de autos.

43. El Gobierno no discute que la grabación litigiosa se consiguiera ilegalmente. Los propios tribunales suizos que han conocido del caso lo han reconocido.

Por ejemplo, el Tribunal de lo Penal de Rolle ha comprobado que la grabación «no había sido autorizada u ordenada por la autoridad competente» (apartado 20, precedente).

Según la Sección de Casación Penal del Tribunal Cantonal de Vaud, «se puede admitir, con el recurrente, que, incluso aunque no se hubiere interpuesto querrela, la intervención privada de la conversación telefónica de Pauty con el demandante tenía en sí la naturaleza de un delito» (apartado 28).

Por último, según el Tribunal Federal, «se podía admitir que concurrían los elementos que constituyen el delito previsto en el artículo 179 del Código Penal » (apartado 30, anterior).

44. Sin embargo, los tres tribunales admitieron la grabación como medio de prueba.

El Tribunal de lo Penal de Rolle entendió, especialmente, que «de todas maneras, el contenido de la cinta habría podido unirse a los autos, bien porque el Juez de Instrucción interviniera el aparato de Pauty, bien simplemente porque bastara interrogar a Pauty como testigo», y que «aceptar los argumentos del acusado sería tanto como suprimir una gran parte de las pruebas de los sumarios penales» (apartado 20).

La Sección de Casación Penal del Tribunal Cantonal de Vaud señaló que «la grabación discutida en sí misma no es una prueba prohibida», que «si se recurría a sopesar los intereses y los derechos en juego..., la diferencia entre la grabación autorizada y la que no lo estuviera no bastaba para dar más importancia a la protección del ámbito privado que al



interés público en descubrir al culpable de un delito muy grave»; y que «los medios empleados en este caso estaban dentro de los límites de lo que se admite en la lucha contra la delincuencia» (apartado 28, anterior).

Por su parte, el Tribunal Federal entendió que «el interés público en descubrir la verdad en un delito sobre la muerte de una persona debía prevalecer sobre el interés de Schenk en mantener el secreto de una conversación telefónica que no afectaba a su intimidad» (apartado 30).

45. Según el artículo 19 del Convenio, el Tribunal Europeo debe asegurar el respeto de los compromisos que resultan del Convenio para los Estados Contratantes. En especial, no le corresponde conocer de los presuntos errores de hecho o de Derecho cometidos por un tribunal interno, salvo y en la medida que puedan haber infringido los derechos y libertades protegidos por el Convenio.

46. Aunque el Convenio garantiza en su artículo 6 el derecho a un proceso justo, no regula por ello la admisibilidad de las pruebas como tal, materia que, por tanto, corresponde ante todo al Derecho interno.

El Tribunal no puede, por consiguiente, excluir en principio y en abstracto que se admita una prueba conseguida ilegalmente, como la de que se trata. Sólo le corresponde averiguar si el proceso del señor Schenk, considerado en su conjunto, fue un proceso justo.

47. Advierte, ante todo, de acuerdo con la Comisión, que no se infringieron los derechos de la defensa.

El demandante no ignoraba que la grabación litigiosa era ilegal al no haber sido decretada por el Juez competente. Tuvo la posibilidad, que aprovechó, de discutir su autenticidad y de impugnar su uso, después de haber aceptado al principio que se escuchara (apartado 18, precedente). En nada afecta a la cuestión que sus esfuerzos en el sentido dicho fracasaran.

Además, el señor Schenk pidió y consiguió al principio de la instrucción que se efectuara una investigación sobre el señor Pauty (apartado 16, anterior).

A mayor abundamiento, su abogado podía interrogar al señor Pauty -citado como testigo- durante el juicio ante el Tribunal de lo Penal de Rolle (apartado 22). Finalmente, por parte del señor Schenk no se propuso como testigo al inspector Messerli, aunque era el encargado de la investigación y del suplicatorio cumplido en Francia a petición de las autoridades suizas (apartado 12).

48. El Tribunal considera también importante que el registro de la conversación telefónica no fuera la única prueba en que se fundó la condena. El Tribunal de lo Penal de Rolle rechazó la petición de que se declarara la grabación inadmisibles como prueba, por cuanto habría sido suficiente oír al señor Pauty como testigo sobre su contenido (apartado 20). Se interrogó además a otros testigos, citados de oficio -como la señora de Schenk- o propuestos por la defensa (apartado 22). El Tribunal (de Rolle) tuvo el cuidado de puntualizar en varios puntos de su sentencia que se fundaba en otras pruebas distintas de la grabación. pero que confirmaban las razones deducidas de ésta, para llegar a la conclusión de que el señor Schenk era culpable. Es muy significativo a este respecto el fragmento siguiente:

«El Tribunal se ha fundado en parte en la grabación de la conversación telefónica del 23 de junio de 1981... Pero están también los demás elementos probatorios que resultan de las



actuaciones: el increíble lujo de precauciones de que se rodeó el acusado; el pago durante años de una pensión a su mujer, aunque su mala conducta, que el acusado conocía sin poderla probar, probablemente le habría llevado a una diferente apreciación de la situación; su ratificación por el convenio sobre efectos accesorios; la pretensión, completamente inverosímil, de enviar al que se decía ex legionario, sin formación, sin cultura, sin presentación, primero a Haití y después a Suiza para conseguir una información intrascendente y que, en cualquier caso, era de discutible utilidad para el procedimiento de divorcio; después del fracaso de la misión H. R. y de la de Haití -de donde Pauty podía haber vuelto sabiendo por lo menos si Josette Schenk se había construido o no una casa-, la total falta de motivos para enviarle a Suiza, careciendo de relaciones en este país; los diez mil y pico francos suizos gastados por el acusado para conseguir, según su explicación, informaciones tan poco importantes; y finalmente, el hecho de que en ningún momento pareciera que el acusado preparaba la presentación de una querrela por denuncia calumniosa» (apartado 26, anterior).

Resulta claramente del fragmento transcrito que el Tribunal de lo Penal tuvo en cuenta el conjunto de la prueba para formar su convicción.

49. En conclusión, el uso de la grabación litigiosa como prueba de convicción no privó al demandante de un proceso justo y, por consiguiente, no infringió el artículo 6.1.

B. El artículo 6.2

50. El señor Schenk alega también que su culpabilidad no ha sido declarada «legalmente», debido a que se consiguió la grabación en forma ilegal. Entiende que con ello se violó el principio de la presunción de inocencia, garantizado por el artículo 6.2 en los términos siguientes:

«Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.»

El Gobierno discute esta afirmación.

En opinión de la Comisión, la reclamación depende en realidad del concepto del proceso justo. La referencia al artículo 6.2 se debe a una interpretación equivocada. En la vista ante el Tribunal, el Delegado añadió que, en el caso de autos, el acusado había disfrutado de la presunción de inocencia hasta que se probó legalmente su culpabilidad, puesto que los tribunales suizos consideraron que el proceso había sido perfectamente legal en su conjunto, a pesar del incumplimiento de un «precepto legal».

51. Para el Tribunal (Europeo), la relación de las audiencias públicas del 9 al 13 de agosto y el texto del fallo del 13 de agosto de 1982 (apartados 19 a 23 y 26) no permiten pensar que el Tribunal de lo Penal de Rolle tratara al señor Schenk como culpable antes de condenarle. La mera inclusión de la cinta grabada en los autos no basta para apoyar la alegación del demandante, de suerte que tampoco aquí se incumplieron las exigencias del Convenio.

II. Sobre la violación que se alega del artículo 8

52. Por último, el señor Schenk se considera víctima de una violación de su derecho al respeto de su vida privada y de su correspondencia, en el que se incluye el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas. Invoca en su apoyo el artículo 8 del Convenio, que establece lo siguiente:



«1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. La autoridad pública sólo podrá injerirse en el ejercicio de este derecho en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y sea una medida necesaria en una sociedad democrática para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y libertades de los demás.»

Según él, la Comisión sólo declaró inadmisble la reclamación sobre la realización de la grabación litigiosa. En consecuencia, pide al Tribunal que examine, a la vista del artículo 8, el uso de la cinta como prueba y que la considere opuesta también a este precepto. Se refiere a los siguientes factores: entrega de la cinta a la policía y su uso por ésta; puesta a disposición del Juez instructor con la consiguiente audición; entrega de los autos al Fiscal General y, después, al Tribunal de Acusación; traslado a los abogados por correo; posibilidad de que los examinaran muchas personas, como los funcionarios de la Secretaría; inclusión de la grabación en los autos del Tribunal de lo Penal de Rolle, y audición durante el juicio.

Por su parte, el Gobierno da por terminada la discusión sobre las reclamaciones fundadas en el artículo 8 y se remite al informe de la Comisión.

53. El Tribunal señala que el rechazo, por la Comisión, el 6 de marzo de 1986, por no haberse apurado la vía de los recursos internos afectaba solamente a «la reclamación sobre la realización de la grabación litigiosa» (apartado 37). En consecuencia, nada le impediría considerar la cuestión de su uso. Sin embargo, no procede hacerlo en este caso porque el problema se subsume en el ya estudiado en relación al artículo 6 del empleo de la cinta grabada durante la instrucción y el juicio.

El Tribunal, por estos fundamentos,

1. *Falla*, por trece votos contra cuatro, que no se ha violado el artículo 6.1 del Convenio;
2. *Falla*, por unanimidad, que no se ha violado el artículo 6.2;
3. *Falla*, por quince votos contra dos, que no procede examinar también el caso en relación al artículo 8.

Hecha en francés y en inglés, y pronunciada en audiencia pública, en el Palacio de Derechos Humanos, en Estrasburgo, el 12 de julio de 1988.

Firmado: Rolv Ryssdal, PRESIDENTE Por el Secretario, Firmado: Jonathan L. Sharpe Jefe de Negociado en la Secretaría del Tribunal

Se unen a esta Sentencia, conforme a los artículos 51.2 del Convenio y 52.2 del Reglamento del Tribunal , los siguientes votos particulares:

- a) Voto particular conjunto y discrepante de los señores Pettiti, Spielmann, De Meyer y Carrillo Salcedo;



b) Voto particular conjunto y discrepante de los señores Pettiti y De Meyer;

c) Voto particular discrepante del señor De Meyer

Rubricado: R. R. Rubricado: J. L. S.

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE Y CONJUNTO DE LOS JUECES SEÑORES PETTITI, SPIELMANN, DE MEYER Y

CARRILLO SALCEDO

La mayoría del Tribunal ha entendido que el artículo 6 del Convenio no regula «la admisibilidad de las pruebas como tal, materia que, por tanto, corresponde, ante todo, al Derecho interno». Según ella, el Tribunal no podía «excluir en principio y en abstracto la admisibilidad de una prueba conseguida ilegalmente como la de que se trata» y «sólo debía averiguar si el proceso, considerado en su conjunto, había sido un proceso justo».

Sin duda, el Tribunal ha limitado el alcance de su Sentencia al referirlo concretamente a los hechos del caso, pero, en nuestra opinión, no podía eludir el problema de la ilegalidad de la prueba.

Sintiéndolo mucho, no podemos unirnos al punto de vista de la mayoría, porque, a nuestro entender, el respeto de la legalidad en la práctica de las pruebas no es una exigencia abstracta o formalista. Por el contrario, entendemos que es de la máxima importancia para que el proceso penal sea justo.

Ningún tribunal puede tener en cuenta, sin que padezca la buena administración de la justicia, una prueba que no sólo se haya conseguido por medios incorrectos, sino, sobre todo, ilegalmente. Si lo hace, el proceso no será justo en el sentido del Convenio.

En el caso de autos, no se ha discutido que «la grabación litigiosa se consiguió ilegalmente».

Aunque los Jueces que resolvieron sobre la acusación contra el demandante tuvieron el cuidado, como se comprueba en la Sentencia, de puntualizar que se fundaban «en otras pruebas distintas de la grabación, pero que confirmaban las razones deducidas de ésta, para llegar a la conclusión de que (el interesado) era culpable», no es menos cierto que «admitieron la grabación como medio de prueba» y que fundaron «en parte» su resolución en la cinta litigiosa.

Por estas razones, hemos llegado a la conclusión de que, en el caso de autos, se ha violado el derecho al proceso justo garantizado por el artículo 6 del Convenio.

VOTO PARTICULAR CONJUNTO Y DISCREPANTE DE LOS JUECES SEÑORES PETTITI Y DE MEYER

Entendemos que el Tribunal debería haber considerado los hechos tanto en relación con el artículo 8 del Convenio como en relación con el artículo 6.

Esto nos habría llevado, sin duda, a comprobar que se habían violado los dos preceptos.



VOTO PARTICULAR DISCREPANTE DEL JUEZ SEÑOR DE MEYER

A mi entender, los hechos comprobados en la Sentencia ponían de manifiesto, tanto en la realización de la grabación litigiosa como en su uso en el procedimiento, una violación del derecho del demandante al secreto de sus comunicaciones telefónicas y, a la vez, otra de su derecho al proceso justo.

Ciertamente, la demanda fue declarada inadmisibles por la Comisión en la medida en que se refería a la realización de la grabación.

Pero se nos sometió el caso y, como consecuencia, también se nos sometieron «todas las cuestiones de hecho y de Derecho» que se planteaban al conocer del mismo. Además, la realización y el empleo de la cinta litigiosa estaban «en relación directa» la una con la otra: formaban un todo de difícil separación tanto en Derecho como de hecho. La grabación de la cinta era el requisito previo y necesario para su uso, lo mismo que éste era a la vez el objeto y el «alargamiento» de aquélla. Las dos eran la causa de las reclamaciones, que no sólo estaban «manifiestamente relacionadas» y «estrechamente ligadas», sino que eran fundamentalmente idénticas.

Por consiguiente, nada debería impedirnos examinar el proceso en su conjunto. Todo indicaba que en cada una de sus dos fases se había violado uno de los dos derechos fundamentales de que se trataba.

ANEXO

OPINIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS

(Según el informe de la Comisión de 10 de mayo de 1987)

54. La Comisión tiene que determinar si el uso de la grabación litigiosa como medio de prueba era compatible con las exigencias del artículo 6.1.

Se debe recordar que la Comisión consideró inadmisibles la reclamación sobre la realización de la grabación de que se trata; y admitió a trámite la demanda en cuanto a sus restantes pretensiones.

El demandante ha invocado los artículos 6 -apartados 1 y 2- y 8 del Convenio.

En lo que se refiere al artículo 8, comprueba la Comisión que la reclamación del demandante fue declarada inadmisibles.

En cuanto al artículo 6.2, el demandante alegó que se incumplió el principio de la presunción de inocencia al no declararse «legalmente» la culpabilidad, puesto que se utilizó una grabación ilegal. Ahora bien, la referencia al artículo 6.2 supone interpretarlo erróneamente. El precepto garantiza al acusado el derecho de que se presuma su inocencia «hasta que» su culpabilidad haya sido legalmente declarada. La cuestión de si se declaró como resultado de un proceso conforme a la ley pertenece en realidad al concepto del «proceso justo» a que se refiere el artículo 6.1.

55. La parte pertinente del artículo 6.1 del Convenio dispone lo siguiente:

«Toda persona tiene derecho a que su causa se oiga con justicia, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que



resolverá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de naturaleza civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella.»

Ninguna de las partes discute que se pueda aplicar a este caso el precepto transcrito.

56. La reclamación admitida a trámite por la Comisión se refiere a la práctica de las pruebas y, sobre todo, a su apreciación. El demandante sostiene, en sustancia, que su condena se fundó esencialmente en la grabación controvertida.

La Comisión recuerda, ante todo, que su única misión, conforme al artículo 19 del Convenio, es la de asegurar el respeto de los compromisos que resultan del Convenio para las Partes Contratantes. En especial, carece de competencia para examinar una demanda sobre los presuntos errores de hecho o de Derecho cometidos por los tribunales internos, salvo y en la medida en que estos errores le parezcan susceptibles de haber infringido los derechos y libertades garantizados por el Convenio. La Comisión se remite en este punto a su reiterada jurisprudencia (por ejemplo, núm. 458/59, Resolución de 29 de marzo de 1960, *Anuario*, vol. 3, págs. 223 y 237; núm. 5258/71, Resolución de 8 de febrero de 1973, Recopilación de Resoluciones, núm. 43, págs. 71 y 77; núm. 7977/77, Resolución de 13 de diciembre de 1979, *Resoluciones e Informes*, núm. 18, págs. 31 y 61).

La Comisión subraya que la apreciación de las pruebas depende de las facultades de tribunales independientes e imparciales y no puede revisarse por la Comisión, salvo si hay motivos para creer que el Juzgador ha deducido conclusiones arbitrarias o de evidente injusticia de los hechos de que ha conocido (núm. 7987/77, Resolución de 13 de diciembre de 1979, *Resoluciones e Informes*, núm. 18, pág. 31).

Aunque el artículo 6.1 garantiza a cualquier persona el derecho a un proceso justo, «no regula la materia de la prueba como tal ni, especialmente, su pertinencia y su fuerza probatoria, cuestiones que dependen esencialmente del Derecho interno (núm. 7450/76, Resolución de 28 de febrero de 1977, *Resoluciones e Informes*, núm. 9, pág. 108). La Comisión no examina si los tribunales han apreciado correctamente las pruebas; examina si las pruebas se han producido de manera que garanticen un proceso justo y si éste, considerado en su conjunto, ha sido dirigido para conseguir dicho resultado (núm. 6172/73, Resolución de 7 de julio de 1975, *Resoluciones e Informes*, núm. 3, pág. 77).

La Comisión entiende que estas consideraciones son especialmente aplicables a los procedimientos ante los tribunales de instancia, en que elementos como las circunstancias de la comisión del delito, el contenido de las declaraciones de los testigos y la personalidad del acusado tienen decisiva importancia a los efectos de la apreciación de su culpabilidad (véase, *Colozza y Rubinat contra Italia*, informe de la Comisión de 5 de 1983, apartado 116).

57. El Gobierno no discute que la grabación litigiosa es ilegal en el Derecho suizo. Lo es porque se realizó sin la autorización del Juez competente (arts. 179 *ter* y *octies* del Código Penal). El Tribunal de lo Penal de Rolle consideró que la grabación «no se había autorizado ni ordenado por la autoridad competente» (apartado 24). El Tribunal de casación entendió que se podía «admitir, con el recurrente, que, incluso aunque no se hubiera interpuesto querrela, la intervención privada de la conversación telefónica de R. P. con el demandante tenía en sí la naturaleza de un delito» (apartado 30). Por último, el Tribunal Federal comprobó que «se podía admitir que concurrían en la grabación los elementos que constituían el delito previsto en el artículo 179 del Código Penal » (apartado 32).

58. Los tribunales suizos admitieron como prueba la grabación de que se trata, a pesar de



su procedencia ilegal conforme al Derecho de su patria.

El Gobierno demandado, para justificar esta solución en relación al Convenio, ha aportado un dictamen sobre el Derecho comparado, según el cual la mayoría de los ordenamientos legales de Europa admitirían, como medio de prueba, una grabación como la que es objeto de esta demanda.

Verdad es que el demandante ha formulado sus reservas de forma y de fondo; pero la Comisión no las considera fundadas.

En cuanto a las de forma (el dictamen se ha pedido sin el consentimiento ni la participación del demandante, y la información facilitada al Instituto fue incompleta), la Comisión señala que las partes pueden presentar cuantas observaciones y proposiciones de pruebas consideren convenientes (art. 45.2 del Reglamento de Procedimiento). Por tanto, el Gobierno no estaba obligado a consultar al demandante. Se respetaba el principio de contradicción por la posibilidad de replicar que tenía el demandante. La Comisión señala, por otra parte, que el Gobierno proporcionó al Instituto los documentos principales, en especial las resoluciones judiciales, la demanda con que empezó el procedimiento y la resolución sobre la admisibilidad.

Respecto a las reservas de fondo (pertinencia de la cuestión planteada y falta de referencia a una supuesta instigación a la policía), comprueba la Comisión que el Gobierno, en su petición al Instituto, claramente puntualizó que la cinta litigiosa se había grabado ilegalmente. No cabe examinar a fondo la alegación del demandante de que la grabación se hizo a petición de la policía desde el momento en que la reclamación sobre su realización ha sido declarada inadmisibile. En consecuencia, las cuestiones que se sometieron al Instituto eran pertinentes.

59. Por otra parte, la Comisión, sin tener que examinar los distintos ordenamientos nacionales y sus respectivas soluciones, comprueba que no hay en el Convenio ninguna estipulación, explícita o implícita, que disponga que una prueba conseguida ilegalmente debe ser eliminada necesariamente del proceso.

Entiende, por consiguiente, que no se puede excluir, en principio y en abstracto, la admisión de una prueba conseguida ilegalmente según el Derecho interno; y se trata solamente de verificar *in concreto* si, teniendo en cuenta las específicas circunstancias del caso, el proceso, considerado en su conjunto, reúne el carácter de justo que exige el artículo 6.1 del Convenio.

60. En el caso de autos, hay que señalar previamente que los tribunales competentes consideraron probada la autenticidad de la grabación. El demandante ha reconocido que la cinta reproducía su voz. Ciertamente, ha pretendido que se había cercenado la conversación; pero el examen pericial permitió rechazar dicho reparo. El perito (representado por su ayudante) fue interrogado, a lo largo de dos sesiones del juicio, por el Tribunal de lo Penal de Rolle. El Tribunal hizo suyo el parecer del perito y entendió que la cinta grabada reproducía fielmente la conversación del demandante y de R. P. el 26 de junio de 1981, y que se excluía la posibilidad de una alteración.

61. Por otra parte, los diversos tribunales que han conocido del asunto han considerado que la grabación hecha por R. P. era admisible como prueba, a pesar de su procedencia ilegal.

El Tribunal de lo Penal de Rolle entendió que el hecho de que la grabación no hubiera sido



decretada por la autoridad competente no era motivo suficiente para excluirla de los autos; que el artículo 179 *ter* del Código penal sólo es aplicable si existe una querrela que, en este caso, el demandante no había interpuesto; que, en cualquier caso, el contenido de la grabación habría podido formar parte de las actuaciones, bien porque el Juez instructor hubiera ordenado la intervención del teléfono de R. P., bien porque bastara con oírle como testigo a este respecto; y que si se eliminara la grabación se suprimiría una gran parte de las pruebas de los autos.

El Tribunal de casación puso de manifiesto que la grabación no era una prueba prohibida. Si se ponderan los intereses y los derechos en juego, se observa que la diferencia entre una intervención telefónica autorizada y una grabación que no lo está no es suficiente para justificar que se conceda mayor importancia a la protección del ámbito privado que al interés público en descubrir al culpable de un delito muy grave. El medio utilizado se mantiene, en este caso, dentro de los límites de lo tolerable en la lucha contra el delito. En definitiva, según las normas del Derecho suizo, la prueba de que se trata puede utilizarse y no viola los derechos fundamentales del demandante.

El Tribunal federal entendió que convenía sopesar el interés del Estado en que las sospechas se confirmen o disipen y el de la persona afectada en que se protejan sus derechos personales. En el caso que nos ocupa había que comparar el interés en confirmar o disipar las sospechas de instigación al asesinato que pesaban sobre el demandante y su interés en que se mantuviera secreta su conversación. El Tribunal entendió que el interés público en descubrir la verdad sobre un delito que podía causar la muerte de una persona superaba al del demandante en cuanto al secreto de la conversación.

62. Por consiguiente, en este caso los tribunales suizos consideraron que el Derecho de su país admitía el uso de la grabación, y la Comisión recuerda que esta situación, que es la de la mayoría de los Estados europeos, no es en sí y en principio opuesta al Convenio.

No obstante, para comprobar si se ha cumplido el artículo 6.1 del Convenio en el caso de autos, hay que averiguar además si las exigencias del proceso justo se han respetado concretamente.

63. Ante todo, observa la Comisión que el demandante no ignoraba que la grabación era ilegal por no haberse ordenado por el Juez competente. Tuvo la posibilidad de impugnar, sin éxito, la autenticidad de la cinta impresionada y, después de aprobar durante la instrucción su audición, la de oponerse, sin resultado favorable, a que se utilizara. Por otra parte, resulta de las actuaciones que el demandante, desde el período de instrucción, no se hacía ilusiones sobre el talante de R. P.; pidió, por cierto, una investigación sobre él. Finalmente el demandante no pidió que declarara como testigo el señor Messerli, inspector de policía encargado de la investigación y de los suplicatorios. La Comisión opina, por tanto, que no se infringieron los derechos de la defensa.

64. En cuanto a las pruebas en que se fundó la condena, puntualiza la Comisión que el Tribunal de lo Penal de Rolle no tuvo en cuenta solamente la grabación telefónica. Oyó a una serie de testigos propuestos por la defensa o citados de oficio, como la señora de Schenk y R. P. Además, tuvo buen cuidado en varios puntos de su Sentencia de recordar los elementos distintos del contenido de la cinta que corroboraban los fundamentos deducidos de ella, para considerar culpable al demandante.

Así resulta de los siguientes fragmentos de la Sentencia:

«El Tribunal, fundándose en lo antes dicho, ha llegado, por mayoría, a la convicción de que



Pierre Schenk confió a R. P. la misión de eliminar a Josette Schenk (apartado 28) (los elementos de que se trata, que se apoyan en los testimonios de R. P. y de la señora de Schenk, son las circunstancias generales del caso -dificultades matrimoniales, separación de los cónyuges, divorcio-, y, sobre todo, la inverosímil versión del demandante: una mera misión informativa).

El Tribunal se ha fundado, en parte, en la grabación... Pero están también los demás elementos probatorios que resultan de las actuaciones: el increíble lujo de precauciones de que se rodeó el acusado; el pago, durante años, de una pensión a su mujer, aunque su mala conducta, que el acusado conocía sin poderla probar, probablemente le habría llevado a una diferente apreciación de la situación; su ratificación por el convenio sobre efectos accesorios; la pretensión, completamente inverosímil, de enviar al que se decía ex legionario, sin formación, sin cultura, sin presentación, primero a Haití y, después, a Suiza para conseguir una información intrascendente y que, en cualquier caso, era de discutible utilidad para el procedimiento de divorcio; después del fracaso de la misión H. R. y de la de Haití -de donde Pauty podía haber vuelto sabiendo por lo menos si Josette Schenk se había construido o no una casa-, la total falta de motivos para enviarle a Suiza, careciendo de relaciones en este país; los diez mil y pico francos suizos gastados por el acusado para conseguir, según su explicación, informaciones tan poco importantes; y, finalmente, el hecho de que en ningún momento pareciera que el acusado preparaba la presentación de una querrela por denuncia calumniosa.

El Tribunal, fundándose en el conjunto de estos elementos, ha llegado a la convicción de que la misión confiada a R. P. era la de matar a la señora de Schenk.»

65. Resulta de lo que antecede que el Tribunal de lo Penal de Rolle fundó su resolución en una serie de factores distintos del contenido de la cinta grabada -como las declaraciones de los testigos-, que confirmaban la culpabilidad del demandante.

En consecuencia, en las específicas circunstancias del caso, el uso, como medio de prueba, de una grabación que no se había efectuado conforme al Derecho suizo no fue opuesto a la garantía del proceso justo.

Conclusión

66. La Comisión llega a la conclusión, por once votos contra dos, de que, en el caso de autos, no se ha violado el artículo 6.1 del Convenio.

Firmado: C. A. Nørgaard, PRESIDENTE

Firmado: H. C. Krüger, SECRETARIO

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE DE LOS SEÑORES TRECHSEL Y VANDENBERGHE

Lamentamos no poder unirnos a la opinión de la mayoría de la Comisión de que el uso de la grabación ilegal de una conversación telefónica entre el demandante y R. P. respetaba el artículo 6.1 del Convenio en tanto en cuanto garantiza el derecho a un proceso justo. En efecto, después de reflexionar detenidamente hemos llegado a la conclusión de que el concepto del «proceso justo» comprende una exigencia general de legalidad.

La cuestión de si en la instrucción de una causa penal las declaraciones de un acusado se han conseguido o no legalmente es de importancia fundamental para que el proceso sea justo. Lo dicho es especialmente cierto cuando se trata de confesiones.



En el caso de autos no se ha discutido que la grabación se realizó infringiendo la legislación francesa y la suiza. El autor, en principio, es responsable según el ordenamiento suizo; violó el artículo 179 ter del Código Penal de dicho país. No es necesario resolver si el delito se cometió en Suiza en el sentido de los artículos 3 y 7 del Código, puesto que se dirigía contra un ciudadano suizo y, en consecuencia, era aplicable su ley penal, conforme a su artículo 5. Por otra parte, no concurría ninguna causa de justificación. En especial R. P. no podía invocar el estado de necesidad. El Código de Procedimiento Penal y las correspondientes normas de ayuda o asistencia mutua internacional regulan esta materia y establecen las reglas que permiten a un Estado injerirse excepcionalmente en el derecho al respeto de la vida privada cuando se cumplen determinadas condiciones y siguiendo las disposiciones procesales y sobre competencia.

Nos preocupa especialmente una frase al final del apartado 61 del informe y que se ha tomado de la Sentencia del Tribunal federal: «... el interés público en descubrir la verdad sobre un delito que podía causar la muerte de una persona superaba al del demandante en cuanto al secreto de la conversación». Según este principio podrá dejar de aplicarse el Código de Procedimiento Penal por motivos de conveniencia, lo cual nos parece muy peligroso. El derecho de contar con las garantías procesales no se puede conceder en cierto modo «a discreción», es decir, según la naturaleza del delito y la «necesidad» procesal de la parte acusadora de valerse de una prueba para poder «probar» la culpabilidad del acusado. Por otra parte, ¿cómo se puede justificar un procedimiento al margen de la ley para perseguir una conducta ilegal? El aforismo *ex iniuria ius non oritur* no tiene un alcance meramente jurídico, sino que se extiende también a la autoridad, al crédito y al honor de las instituciones que aplican el Derecho.

Ciertamente el dictamen aportado por el Gobierno demandado afirma que la prueba se habría admitido en la mayor parte de las Altas Partes Contratantes. Sin embargo, conviene destacar dos frases de la introducción del dictamen en que se resume su resultado: «Existe claramente una estrecha relación entre la cuestión inicial y la apreciación de la legalidad o de la ilegalidad de la cinta grabada. En los países que admitirían la cinta como medio de prueba, la grabación no se consideraría ilegal.» En cambio, en Suiza, la ilegalidad de la grabación es evidente. Según esto, a nuestro entender, el peso del argumento, fundado en el Derecho comparado, de que no se violó el artículo 6 queda considerablemente reducido. Por otra parte, no compartimos la opinión de que se deba interpretar preferentemente el Convenio evitando sus divergencias con los ordenamientos legales nacionales, aunque no deban ser ignorados.

Por último, nos unimos al voto particular del señor Danelius, al que se han adherido el señor Weitzel y Sir Basil Hall; no es necesario, ni por otra parte posible, determinar el peso que el tribunal atribuyó a la prueba de que se trata ni efectuar *ex post* una apreciación hipotética de las pruebas, suponiendo que no existía la grabación litigiosa. De hecho, es suficiente que se utilizara la grabación como una prueba, aunque hubiera otras, para declarar culpable al (ahora) demandante.

Por estas razones hemos llegado a la conclusión de que, en el caso de autos, se ha violado el artículo 6 del Convenio.

VOTO PARTICULAR DE CONFORMIDAD DEL SEÑOR DANELIUS, AL QUE SE HAN UNIDO EL SEÑOR WEITZEL Y SIR BASIL HALL

Comparto la opinión de la mayoría de la Comisión de que el artículo 6.1 del Convenio no ha sido violado en este caso. En cambio, no puedo aceptar completamente los fundamentos de



la conclusión a que ha llegado.

Para contestar a la pregunta de si el uso de la grabación litigiosa dada como prueba estaba de acuerdo con el artículo 6.1, la mayoría consideró necesario averiguar si el fallo se fundaba solamente en dicho medio (apartados 64 y 65 del informe). Examinando el fallo pudo comprobar que no era éste el caso, puesto que otros factores habían contribuido a la conclusión de que el demandante era culpable del delito que se le imputaba. En consecuencia, la mayoría entendió que el uso de la grabación como medio de prueba no se oponía al artículo 6.1.

A mi entender, el carácter justo del proceso no depende del peso, más o menos grande, que el Tribunal, en su libre apreciación de la prueba, atribuya a este específico medio. La cuestión fundamental es más bien la de si es conforme con el concepto de «proceso justo» la admisión como prueba del registro de una conversación con el acusado, efectuado sin su conocimiento y con infracción de la ley nacional.

A este respecto hay que señalar que, en muchos países europeos, el empleo de una grabación como prueba es legal, según resulta claramente del estudio de Derecho comparado facilitado por el Gobierno suizo. En algunos países, incluso, la grabación hecha por uno de los participantes en una conversación telefónica no es un acto ilegal; en cualquier caso el que sostiene una conversación -sea o no por teléfono- corre siempre el peligro de que su interlocutor pueda posteriormente declarar como testigo sobre su contenido, que puede haber sido tomado por escrito, en taquigrafía o por otro procedimiento.

Quiero añadir, a este respecto, que no se puede deducir de la ilegalidad, según la ley suiza, de la grabación de una cinta que su uso, como prueba en el proceso del demandante, se oponga al artículo 6.1 del Convenio.

Por consiguiente, llego a la conclusión de que la admisión de la grabación como medio de prueba no supone, por su naturaleza, que el proceso dejara de ser justo.