

# **El derecho a interrogar a los testigos de cargo en caso de abuso sexual sobre niños. Nota al caso "P.S. v. Alemania"**

Por Luis M. GARCÍA

Originalmente publicado en LA LEY 2002-F, 15

**SUMARIO: I. Introducción. - II. La regla de cuarta instancia. - III. Consideración del inciso 3.d de manera conjunta con el artículo 6.1. CEDH. - IV. Testigo. Concepto autónomo. - V. Principio adversarial. - VI. ¿Derecho renunciable?. - VII. Principio de proporcionalidad. -VIII. El interés superior del niño. - IX. Elementos relevantes para satisfacer los artículos 6.1 y 6.3.d. X. Consideraciones finales.**

## **I. Introducción**

El caso que aquí se anota, decidido por la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no es novedoso en sí mismo, tan pronto se observa que en su jurisprudencia aquél ha desarrollado ya estándares más o menos nítidos en cuanto concierne al art. 6.3.d, de la Convención Europea de Derechos Humanos, en particular en punto a tres constelaciones de casos en los que se plantea: a) la introducción en la audiencia de juicio, y valoración en la sentencia, de actas escritas o de registros de audio y video de declaraciones producidas ante la policía o en etapas anteriores del procedimiento (1); b) la valoración de declaraciones de testigos protegidos mediante el anonimato u otras formas de velar su identidad nominal o física (2); y c) la admisión y valoración del testimonio de testigos de referencia o "de oídas" (3). Muchas veces, en un mismo proceso estas cuestiones, que sólo por razones expositivas diferencio aquí netamente, aparecen entrelazadas de modo complejo.

Lo distintivo del caso "P.S. vs. Alemania" es el conflicto que se presenta de modo bastante frecuente en los procesos por abuso sexual sobre niños, en los que el interés del imputado en el control de la prueba entra en tensión con los intereses de protección del niño que aparece como víctima del hecho (4).

Un examen somero de esta sentencia del TEDH aparece útil, por un lado, porque en el marco del sistema interamericano de protección de derechos humanos no se conocen todavía criterios suficientemente nítidos que permitan responder satisfactoriamente a ese conflicto, y a falta de jurisprudencia regional es lícito recurrir a la jurisprudencia del sistema europeo, como instrumento auxiliar de interpretación de la CADH, sujeto al recaudo de que exista equivalencia en lo esencial entre las normas cuya interpretación se busca (5), equivalencia que en lo sustancial existe entre los arts. 6.3.d, CEDH, y 8.2.f, CADH. Por otro lado, porque se insinúa en los votos de alguno de los jueces de la Corte Suprema (6), una cierta inclinación a tomar en cuenta sentencias del TEDH, junto a las opiniones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuando se trata de buscar una guía para la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Finalmente, porque en el ámbito de la jurisprudencia (7) y doctrina (8) domésticas son todavía sumamente discutidos, y poco claros cuáles son los alcances que cabría asignarle al art. 8.2.f, CADH.

## II. La regla de la cuarta instancia

Cuando el TEDH emite una sentencia en un caso contencioso originado en una denuncia individual (art. 34 y sigtes. CEDH) (9) no actúa como instancia de apelación o revisión de las decisiones de la jurisdicción doméstica, sino que se limita a examinar si se ha producido una violación a la CEDH. Parejo es el alcance de la jurisdicción de la Corte y Comisión IDH, y en su caso del Comité de Derechos Humanos cuando reciben peticiones en los términos de los arts. 44, 50, 51, 61 y 63, CADH, y arts. 1° y 5° del Protocolo Facultativo al PIDCP, respectivamente.

La doctrina ha acuñado la fórmula de la "cuarta instancia", con la que sintéticamente se predica que los órganos con competencia contenciosa, designados para conocer de denuncias de alegadas afectaciones en casos individuales, no actúan como una nueva instancia de revisión de errores de hecho o de derecho después de agotadas las instancias provistas por el orden doméstico (10), es decir, que con ella se alude a los límites del control internacional. Tanto el TEDH, la Comisión y la Corte IDH, y el Comité de Derechos Humanos declaran, en general, que su misión no es actuar como instancia de revisión del modo en que se ha aplicado el derecho nacional, ni de valoración de los elementos de prueba, propios de la estructura judicial doméstica, sino de control de compatibilidad de la decisión doméstica con la Convención o Pacto de que en cada caso se trata (11). Sin embargo, los límites de esta fórmula tienen una cierta vaguedad, que no es definida por el derecho interno, sino por la propia práctica de los órganos internacionales de vigilancia de los tratados al definir qué decisiones de los tribunales locales no pueden ser revisadas por ellos (12).

Desde la óptica de la fórmula de la cuarta instancia es que debe abordarse la lectura de la sentencia que aquí se comenta, y en particular, de su § 19, en tanto el TEDH advierte que "la admisibilidad de la prueba es primariamente una materia regulada por la ley nacional y que como regla general corresponde a los tribunales nacionales determinar el valor la prueba presentada ante ellos". Corresponde pues al derecho doméstico regular: a) la admisibilidad de los medios de prueba, y b) su valoración. Sin embargo, el margen de discreción de los Estados sobre este punto encuentra su límite en la exigencia global de que el procedimiento en su conjunto satisfaga el estándar de proceso equitativo. Así destaca el TEDH que "[...] La tarea del Tribunal bajo la Convención no es la de emitir un pronunciamiento sobre si las declaraciones de los testigos fueron admitidas correctamente como evidencia, sino, antes bien, de indagar si los procedimientos, en su conjunto, incluido el modo en que se recibió la prueba, fueron equitativos" (13). La misma regla de la cuarta instancia lleva a que "no incumbe [al TEDH] examinar in abstracto la legislación y la práctica pertinentes [en materia de producción de pruebas], sino investigar si la manera en que ellas han sido aplicadas o han afectado al requirente se ha opuesto al art. 6 de la Convención" (14).

La jurisprudencia del TEDH muestra que éste no tiene como tarea determinar si ciertos elementos de prueba, y en particular las declaraciones testificales, habían sido bien admitidas por los tribunales domésticos. Ello no exime a éstos, en el momento en que debe producirse la prueba, decidir sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de ciertos elementos de prueba. En otras palabras, la admisibilidad o inadmisibilidad puede ser un modo útil para asegurar, ex ante, que la sentencia no podrá fundarse en elementos de prueba que no han podido ser controlados de modo útil por el imputado o su defensa. Debe advertirse

también que el TEDH emite su opinión una vez que se ha dictado la sentencia, caso por caso, y que a la luz de todas las circunstancias de cada caso declara si se ha respetado o no el art. 6.3.d, CEDH, mientras que los tribunales locales, al momento de admitir la producción de la prueba, no podrán pronosticar si ésta será la única o la decisiva, y sólo en la consideración conjunta en la sentencia estarán en condiciones de sopesar su peso relativo. La laxitud en la admisión automática de la producción de una prueba que no ha podido ser controlada útilmente, sin perjuicio del valor que más tarde se le asigne, acarrea ciertos peligros que más adelante señalaré.

### **III. Consideración del inciso 3.d de manera conjunta con el artículo 6.1, CEDH.**

Se explica que por regla el TEDH trate la conformidad de un procedimiento con el art. 6.3.d, CEDH, en un examen conjunto o promiscuo con el art. 6.1 de la misma convención, en la medida en que el primero no es sino un aspecto específico del derecho a un juicio equitativo (15), según se ve en el § 20 de la sentencia.

Ahora bien, este enfoque del TEDH debe ser contemplado en su contexto, en cuanto, como se verá, ciertas restricciones al derecho de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo son admisibles, y no son necesariamente incompatibles con la idea de proceso equitativo, siempre que esas restricciones se encuentren suficientemente compensadas por los procedimientos seguidos para balancear los intereses del imputado.

### **IV. Testigo, concepto autónomo**

En el § 16 de la sentencia se lee: "El peticionario se quejó de que no pudo formular preguntas a la niña S., testigo principal de la acusación. Invocó el Artículo 6 § 3 (d) de la Convención[...]". En rigor, según los términos de la sentencia, la niña no fue "testigo principal de la acusación", porque no fue traída como testigo, ni se usaron los registros escritos de su declaración inicial; en verdad, las sentencias domésticas de primera y segunda instancia se habían basado en los relatos del policía que realizó el interrogatorio a la niña inmediatamente después del hecho, y de su madre, es decir, en testigos de referencia o de oídas (confr. § 18 de la sentencia). La segunda, además, había sido oída como testigo sobre sus percepciones directas acerca del estado de ánimo de la niña después del hecho.

Es de destacar, sin embargo, que el TEDH muestra en su jurisprudencia que el término testigo, en el art. 6.3.d, tiene autonomía frente al derecho doméstico (16). En este aspecto, es irrelevante que una persona sea calificada como testigo, en sentido estricto, por el derecho doméstico, y basta al efecto que se trate de la declaración de una persona en la que pueda fundarse una sentencia (17). Así, se comprende dentro de este término, la persona que ha prestado declaración en una etapa anterior del procedimiento, cuyos registros escritos, de video o de audio son reproducidos en el juicio (18), o un experto, aunque no sea citado como testigo (19), un imputado en la misma (20) o en otra causa conexas que proporciona informaciones de cargo contra otro (21).

Como se ha advertido, no se trajeron "declaraciones" de la niña, sino una reproducción del relato de la niña por quienes lo habrían oído, y esos testigos sí habían podido ser interrogados por el imputado. El TEDH se ha ocupado ocasionalmente del problema de los testigos de referencia o de oídas, en el marco del art. 6.3.d, CEDH, y ha considerado que el art. 6.3.d, se aplica tanto a éstos, como a las personas sobre cuyas declaraciones estos declaran, tratando a estas últimas como "testigos" aunque no sean citados como tales (22).

Probablemente, la dificultad de enfoque se plantea por el texto del Convenio europeo, que establece expresamente: a) un derecho a interrogar o hacer interrogar los testigos de cargo, esto es, los testigos de la acusación, y b) a obtener la comparecencia de los testigos de descargo e interrogarlos en las mismas condiciones que los de cargo. Nada dice expresamente el texto del Convenio en punto a un eventual derecho a obtener la citación y comparecencia en el juicio de los testigos de cargo (23). Sin embargo, sin mayores desarrollos el TEDH considero violados los arts. 6.1 y 6.3.d CEDH. La cuestión no deja de ser problemática si se efectúa una interpretación literal del texto, pues la estrategia de la acusación podría ser, justamente, prescindir del testigo directo y suplirlo por la citación del de oídas, para dificultar al imputado el control del relato del testigo directo, control que jamás podrá hacer interrogando al testigo de oídas. Frente a la literalidad del texto convencional, la Comisión EDH, ha sostenido en su informe en el caso "M.K. vs. Austria" que: "Con relación a la audición de testigos, debe hacerse una distinción entre testigos contra y testigos a favor del acusado. Respecto a los primeros, debería como regla darse al acusado una oportunidad adecuada e idónea para confrontar e interrogar a un testigo de cargo, sea en el momento en que el testigo estuvo haciendo la declaración o en una etapa posterior. Respecto de los testigos a favor del acusado, sólo circunstancias excepcionales podrían conducir a los órganos de la Convención a concluir que un rechazo de la audición de tales testigos violó el art. 6 de la Convención [con cita de "Vidal vs. Bélgica", informe de la Comisión de 1991/01/14, Serie A, vol. 235-B, ps. 38-39, §§ 47-49; "Bricmont vs. Bélgica", op. cit., p. 31, § 89]. Así el absoluto silencio en una sentencia, sobre las razones por las cuales el Tribunal rechazó la audición de un testigo de la defensa, no es consistente con el concepto de juicio equitativo que es la base del artículo 6 de la Convención [con cita de "Vidal vs. Bélgica", cit., §§ 33-34]" (24).

Tal dificultad no debería presentarse en el marco interamericano donde se establece como garantía mínima de un proceso con las debidas garantías, no sólo el derecho de la defensa del imputado de interrogar a los testigos "presentes en el tribunal", sino también el "de obtener la comparecencia, como testigos o peritos de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos", no limitándolo a los testigos de "descargo". En el caso comentado, el TEDH termina concluyendo que la condena se había fundado "únicamente" en la versión dada por la niña, que no había podido ser interrogada ni por el juez, ni por el imputado o su defensa, en alguna etapa del procedimiento (confr. §§ 26 y 30). En realidad, la sentencia se había fundado en los dichos de la madre, del policía y en el informe de un perito que sí habían podido ser interrogados por el imputado, en condiciones de igualdad con la fiscalía, lamentablemente el TEDH no sacó más frutos al art. 6.3.d, en función del art. 6.1 CEDH, para establecer si el imputado tenía derecho a reclamar la comparecencia de un testigo cuya presencia la fiscalía había resignado. En otras palabras para definir si estas reglas incluyen, según los casos, la posibilidad de obtener la citación e interrogación de los testigos de cargo directos, que no podrían ser suplidos por los testigos de referencia o de oídas, siempre que éstos fuesen fuente decisiva de la prueba (25).

## V. Principio adversarial

En el caso "Barberà, Messegué y Jabardo vs. España", el TEDH ha sostenido con respecto al derecho del art. 6.3.d, CEDH, que esa disposición "implica no solamente la existencia, en la materia, de un equilibrio entre la acusación y la defensa, [...] sino también que la audición de los testigos debe, en general, revestir un carácter contradictorio" (26). De

manera más general, en "Brandstetter vs. Austria", el TEDH ha definido: "El derecho a un proceso penal contradictorio implica, tanto para la acusación como para la defensa, la facultad de tomar conocimiento de las observaciones o elementos de prueba producidos por la otra parte, así como discutirlos. La legislación nacional puede satisfacer esta exigencia de diversas maneras, pero el método elegido por ella debe garantizar que la parte adversa esté al corriente de la presentación de observaciones y goce de una oportunidad verdadera de argumentar sobre ellas" (27). La Comisión EDH, por su parte, ha establecido en su jurisprudencia sobre los derechos del imputado bajo el art. 6.3.b. de la Convención que "un acusado debe tener a su disposición, a fin de exonerarse u obtener una reducción de la condena, todos los elementos relevantes que han sido o podrían ser colectados por las autoridades competentes" (28). Como se observa, el principio adversarial no se restringe a la prueba testifical, sino a todas las alegaciones y los elementos de prueba relevantes, bajo el standard de "medios adecuados para la preparación de la defensa" (29).

Ahora bien, en el § 21 de la sentencia del TEDH se expresa que "[t]oda prueba debe normalmente ser producida en una audiencia pública, en presencia del acusado, y en vistas a la argumentación adversarial" (30). Tan pronto se lee atentamente, el TEDH no se restringe a la recepción de la prueba testifical, como era del caso, sino que se refiere a "toda prueba", de modo que los principios de publicidad, intervención personal de imputado y adversarial rigen por regla toda la producción de la prueba del juicio.

Sin embargo, el TEDH admite que puede haber excepciones al principio adversarial, pero advierte que estas excepciones no deben lesionar los derechos de la defensa, y sostiene que, "como regla general, debe darse al acusado oportunidad adecuada e idónea para poner a prueba e interrogar a un testigo de cargo, sea cuando hace su declaración, o en una etapa posterior" (31), es decir, "durante la investigación o en el juicio" (§ 24) (32).

Debe tratarse además de una oportunidad útil o adecuada para confrontar al testigo (33). De la jurisprudencia del tribunal no puede sin embargo deducirse una regla clara para determinar los límites a partir de los cuales la oportunidad no era útil (34) o adecuada. También quedan en la penumbra ciertos casos en los que otras conductas del imputado podrían tener conexión con la pérdida de una oportunidad útil de confrontar al testigo de cargo (35).

## VI. ¿Derecho renunciabile?

Como se advierte del § 18 de la sentencia, el Gobierno alemán había alegado que el peticionario había tenido oportunidad suficiente de alegar sobre esas declaraciones y no había requerido, en los procedimientos de apelación, que la niña fuese interrogada en el Tribunal.

Una de las cuestiones más complejas es determinar si las garantías mínimas que caracterizan a un proceso penal como un proceso equitativo, son renunciabiles por el imputado o su defensa, y en su caso, bajo qué condiciones. 36 El TEDH se ha ocupado en escasas oportunidades de establecer su posición sobre el punto (37), sin embargo, en el caso no prestó atención a la alegación del Gobierno y dejó abierto el interrogante acerca de si, una vez que se ha consentido que no se cite al testigo al juicio, o a la instancia de revisión de la sentencia, podría el interesado agraviarse de una lesión al art. 6.3.d, del Convenio.

En el caso "Barberà, Messegué y Jabardo vs. España", en el que las partes habían consentido la introducción completa de un expediente del juez de instrucción, el TEDH

entendió que ello no conllevaba la pérdida de la oportunidad de contestar las declaraciones introducidas por lectura (38). En una sentencia posterior, la Primera Sección del TEDH se hizo cargo de la cuestión. Se trató de un procedimiento por la imputación de abuso sexual contra un niño de diez años, que había sido interrogado en dos oportunidades por un policía especializado, la defensa se había abstenido de requerir la citación del niño a la audiencia del juicio. El TEDH no encontró que ello obstase a que examinara el fondo del agravio traído en los términos de los arts. 6.1 y 6.3.d, CEDH, porque tuvo por suficientemente acreditada la práctica y jurisprudencia de los tribunales domésticos de Suecia, sobre cuya base un pedido de comparecencia personal del niño en la audiencia de juicio habría sido probablemente denegada (39). Sin embargo, a renglón seguido, admitió que el derecho de interrogar a los testigos era renunciable; al respecto tuvo en cuenta, para resolver negativamente la queja de violación a esas disposiciones, que durante el segundo interrogatorio del niño la defensa había aceptado no estar presente, ni seguir el interrogatorio de un cuarto adyacente, había acordado con el policía cuáles puntos serían objeto de nueva interrogación, y a pesar de que podía haberlo pedido, no requirió que se registrara en video el nuevo interrogatorio, lo que le habría permitido controlar si el interrogatorio en general había sido acorde al principio de equidad, y se había contentado con el simple registro de audio, con cuyos resultados se había dado por satisfecho (40). En un caso anterior, la Comisión EDH procedió con una ratio análoga, en cuanto el Tribunal de juicio, frente a la imposibilidad de interrogar a un niño bajo riesgo de grave daño psicológico, había dispuesto que fuese entrevistado por un experto psiquiatra, que recibió de él un relato de los hechos, y lo reprodujo en el juicio. Allí la Comisión consideró relevante, que el peticionario no había requerido que su abogado estuviese presente en la entrevista, y no había objetado que el experto declarase en el juicio (41).

## VII. Principio de proporcionalidad

Las excepciones admisibles al principio adversarial deben satisfacer un control de proporcionalidad (42). En el caso comentado, el TEDH ha construido su enfoque desde el principio de proporcionalidad (43). Así, ha partido de admitir que "[e]n determinados casos, los principios del fair trial requieren que el interés de la defensa sea puesto en balance con los de los testigos citados a testificar, en particular cuando están en riesgo la vida, libertad o seguridad de la persona, o intereses que generalmente caen en el marco del art. 8° de la Convención". Sin embargo advirtió que "sólo son permisibles bajo el art. 6 las medidas que restringen los derechos de la defensa que sean estrictamente necesarias", y que "a fin de asegurar que el acusado reciba un juicio equitativo, cualquier dificultad causada a la defensa por una limitación de sus derechos debe ser suficientemente compensada por los procedimientos seguidos por las autoridades judiciales" (§§ 22 y 23 de la sentencia) (44).

Cabe aquí evocar el caso "Doorson vs. Países Bajos", donde el TEDH se había ocupado ya del posible conflicto entre el derecho del imputado a un juicio equitativo, y la necesidad de protección de los intereses de la víctima o testigos. Así dijo: "el art. 6 no requiere explícitamente que sean tomados en consideración los intereses de los testigos en general, y los de las víctimas llamadas a testificar, en particular. Sin embargo, pueden estar en cuestión su vida, libertad o seguridad personal [...] Los intereses de testigos y víctimas están en principio protegidos por otras provisiones sustantivas de la Convención, que implican que los Estados contratantes deben organizar sus procedimientos criminales de tal modo que esos intereses no sean injustificadamente puestos en peligro. Frente a esto, los

principios del juicio equitativo también requieren que, dado el caso, los intereses de la defensa sean puestos en balance con aquellos de los testigos o víctimas llamados a testificar" (45).

Es de destacar, pues, que el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo puede ser puesto en confronte con otros derechos, y ponderado (técnica del balancing), pero que en caso de que estos otros deban prevalecer sobre aquél deben hacerlo en la medida estrictamente necesaria, y que la restricción debe ser compensada dando oportunidad útil al imputado o a su defensa, en alguna etapa del procedimiento, de interrogar o hacer interrogar al testigo.

En una sentencia posterior, el TEDH ha tenido en cuenta las particularidades de procedimientos criminales por delitos sexuales, y se ha hecho cargo de que tales procedimientos "son a menudo percibidos por la víctima como una ordalía, en particular, cuando ésta no tiene voluntad de ser confrontado con el imputado", particularidades que son más prominentes cuando el caso envuelve a un niño (46). Ha admitido así que el derecho a un juicio equitativo debe balancearse con el derecho de la alegada víctima a su vida privada, y por ende, que en los procedimientos criminales por delitos sexuales es permitido tomar ciertas medidas para el propósito de proteger a la víctima, siempre que tales medidas puedan ser reconciliadas con un adecuado y efectivo ejercicio de los derechos de la defensa (47).

#### VIII. El interés superior del niño

Según se lee en el § 18 de la sentencia, el Gobierno había alegado que la decisión judicial de no interrogar a la niña en el Tribunal se había basado en el temor de daño a su salud psicofísica. El TEDH admitió que el interés en preservar la salud-psicofísica de la niña o en protegerla de las consecuencias adversas de un interrogatorio judicial, podía ser un criterio pertinente para establecer ciertas limitaciones al derecho del imputado o de su defensa a interrogarla o hacerla interrogar. Así se lee en el § 28 de la sentencia que "organizar los procedimientos criminales de tal modo de proteger los intereses de testigos juveniles, en particular en procedimientos de juicio que envuelven ofensas sexuales, es una consideración relevante a tener en cuenta para los propósitos del art. 6". Sin embargo, consideró que en el caso, las razones dadas por el juez de distrito, en su sentencia de 10 de enero de 1994, para denegar el interrogatorio de S., y desestimar el pedido de una opinión de expertos eran bastante vagos y especulativos y no aparecían, por tanto, relevantes.

En otras palabras, no se satisface con alegaciones abstractas la preponderancia del interés superior del niño, por sobre el interés de los derechos de la defensa, sino que, en concreto, tienen que sopesarse argumentos pertinentes y suficientes para restringir el control de ese testimonio. En efecto, ni siquiera en la Convención sobre Derechos del Niño puede predicarse que su interés deba prevalecer siempre a ultranza sobre otros (48).

Según el principio N° 10 de los Principios de Siracusa, una limitación a un derecho reconocido en el PIDCyP debe ser necesaria a la finalidad de protección para la cual está autorizada, donde necesario implica: a) que se basa en uno de los motivos que justifican las limitaciones reconocidas por el artículo pertinente del Pacto; b) que responde a una necesidad pública o social apremiante; c) que responde a un objetivo legítimo y d) que guarda proporción con ese objetivo. El mismo principio, en su parte final advierte que "toda evaluación en cuanto a la necesidad de limitación se basará en consideraciones objetivas".

Aplicados estos principios a un caso como el que se comenta, era necesario demostrar objetivamente, y con indicadores concretos, cuál era el mal que podría esperarse produciría a la niña si se decidía su interrogación judicial. Nótese que las alegaciones genéricas de "stress emocional", y el peligro de recidiva de una enfermedad psicosomática como la "neurodermatitis", no parecieron suficientemente concretas al TEDH para justificar la proporcionalidad de la restricción a los derechos de la defensa.

Adicionalmente, los principios 11 y 12 de los citados Principios de Siracusa aportan otros criterios relevantes para el caso. El primero de ellos, en cuanto establece el principio de subsidiariedad: "Al aplicar una limitación, un estado no utilizará medios más restrictivos de lo que sea necesario para lograr el propósito de la limitación", y el segundo, en cuanto la necesidad y proporcionalidad de la injerencia no se presumen con argumentos meramente abstractos: "La carga de justificar una limitación a un derecho garantizado por el Pacto incumbe al Estado". Estos principios son plenamente extensibles a un caso como el que se comenta. Correspondía al Estado demostrar que la limitación a los derechos de la defensa era necesaria para la protección de la niña, y en segundo lugar, que no se disponía de otros recursos para oír judicialmente a la niña, dando alguna oportunidad útil de control a la defensa.

En el mismo marco regional europeo de protección de los derechos humanos, es pertinente considerar para casos análogos la Recomendación n° R (97) 13 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre "Protección de testigos contra toda maniobra de intimidación y derechos de la defensa", de 10 de septiembre de 1997; nótese sin embargo que ésta aún no había sido emitida cuando ocurrieron los hechos del caso que se anota. En particular, su capítulo IV, que regula las medidas a tomar respecto de testigos vulnerables (49). En él se destacan la protección particular que merecen los niños, y el deber de contemplar el interés del niño (principios 18 y 19), la conveniencia de que en el primer contacto con el niño el interrogatorio sea llevado a cabo por personas adecuadamente formadas (principio 24), la conveniencia de interrogar al testigo vulnerable, dentro de lo posible, en la fase inicial del procedimiento, y tan pronto como sea posible, de manera atenta, respetuosa y profunda (principio 25), la proposición, dentro de lo posible, de evitar la renovación de los interrogatorios, y a tal fin, el asegurar que sea conducido por una autoridad judicial, o en presencia de ésta asegurando a la defensa ocasión suficiente de confrontar el testimonio (principio 26) (50), dado el caso, la recomendación de que se registren en video los interrogatorios a fin de evitar una confrontación directa o que los interrogatorios inútilmente repetidos traumatizan al testigo, así como en el juicio mismo, la de utilizar técnicas audiovisuales que permitan a las autoridades competentes oír a las personas pertinentes sin que ellas se encuentren las unas en presencia de las otras (p. 27) (51) Todas estas recomendaciones merecen una consideración puntual con arreglo a las circunstancias de cada caso, antes de suprimir, lisa y llanamente toda posibilidad de que el imputado pueda interrogar o hacer interrogar al niño que aparece como testigo de cargo, en alguna etapa útil de procedimiento.

Finalmente, cabe hacer una reflexión final acerca del interés superior del niño. Este término no define un contenido normativo abstracto (52), sino una dirección axiológica (53) en la interpretación de un eventual conflicto (54) entre los intereses concretos del niño de los que en cada caso se trata, y su supremacía frente a los intereses de otras personas, en el caso, los de la defensa del imputado. Por un lado, debe rechazarse la existencia de un principio

general que predique que siempre el interés del niño es superior a otros e impone prescindir de su interrogatorio en el juicio. Debe por otra parte rechazarse un enfoque puramente objetivo, y es necesario consultar la inclinación u opinión del niño (55) Hay casos en los cuales, un interrogatorio desarrollado mesuradamente, en un ambiente adecuado, y con explicación suficiente de la finalidad del interrogatorio, más que renovar la victimización pueda dar ocasión a la reparación, en la que el niño se siente protagonista (56) Esta es también una vía por la que se da a los niños el derecho a ser oídos, y cuando han adquirido ya una cierta edad, la posibilidad de ser oídos en un marco que ya vislumbran como cívico o de pertenencia comunitaria.

Es de señalar, por otra parte, que incumbe a los Estados adoptar las medidas en el orden doméstico necesarias para configurar sus procedimientos de modo que contemplen la situación de especial vulnerabilidad de las víctimas de delitos.

La Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, señala en su principio cuarto, como pauta general, que "Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad", y, en particular, en su numeral 6, que "se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas: [...] c) Prestando asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial; d) Adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia". Si esto vale para las víctimas en general, más sentido cobra en el caso de que éstas sean niños, que han sido objeto de delitos graves (57)

Pero en todo caso, si cualquiera de las otras medidas imaginables para garantizar algún control adversarial del testimonio, fuesen en las circunstancias particulares del caso concreto impracticables o con alto grado de probabilidad perjudiciales para el niño, y en consecuencia el Estado, o su representante en la persecución penal, deciden prescindir del testimonio del único testigo directo del hecho, el costo en términos de defecto de prueba no puede ser cargado en la cuenta del imputado que no ha prescindido de ese testigo.

#### IX. Elementos relevantes para satisfacer los artículos 6.1 y 6.3.d

Como se ha visto, el TEDH ha estado lejos de sentar alguna regla sobre la admisibilidad de las actas de declaración prestada por la niña en el puesto de policía, ni sobre la admisibilidad y en su caso el valor convictivo de las declaraciones de testigos de referencia o de oídas, y ello por las razones que se han expuesto al aludir a la regla de la cuarta instancia. Sin embargo, surgen de la sentencia algunos criterios para determinar si, a pesar de que el imputado o su defensa no habían podido interrogar en el juicio al testigo, se ha compensado ese déficit de control que mantenga al proceso en el marco del estándar de un proceso equitativo. Al respecto afirmó:

- Una condena basada únicamente (58), o en un grado decisivo (59), sobre deposiciones hechas por una persona que el imputado no ha tenido oportunidad de examinar o hacer examinar en algún momento útil del proceso, no es el resultado de un proceso con las garantías del art. 6 CEDH (§ 24 de la sent.) (60).

- Debe darse oportunidad de control sea durante la investigación o en el juicio, observando el comportamiento del testigo bajo interrogatorio directo, y así examinar su confiabilidad (§ 26 de la sent.) (61).

- En ese caso, para compensar el déficit, es relevante determinar si durante el interrogatorio intervino un juez o autoridad judicial (§ 26 de la sent.).

Sin embargo, a los ojos del TEDH, la falta de oportunidad útil de control no es necesariamente incompatible con el standard del art. 6 CEDH, cuando ha sido compensada por otras pruebas idóneas (§ 29 de la sent.), o cuando la sentencia se ha fundado totalmente en otros elementos de prueba (§ 24 y 30 de la sent.) o "no solamente" en la declaración no sometida a control (§ 30 de la sent.) (62).

Ahora bien, el estándar sentando en la sentencia "P.S. vs. Alemania" no parece agotar los distintos casos que pueden presentarse. Así, más tarde, la Sección Primera del TEDH, en otro asunto respecto de un procedimiento por delito sexual contra un niño, cuya declaración había sido prácticamente la única prueba decisiva, mantuvo el primer elemento del estándar (oportunidad útil de interrogar o hacer interrogar al testigo), pero no persistió estrictamente en los otros dos (oportunidad de observar el comportamiento del testigo bajo interrogatorio directo e intervención de un juez en el interrogatorio) (63). En ese caso concluyó que no había habido violación al art. 6.3.d, CEDH, y que no podía decirse que el procedimiento criminal en su conjunto hubiese de considerarse inequitativo. Sostuvo que, en cuanto al interrogatorio policial, el defensor del imputado había tenido oportunidad de proponer preguntas al policía, y se satisfizo con el modo en que habían sido formuladas por éste al niño (64); y en cuanto a la alegación de que no había podido interrogar al niño en el procedimiento judicial, sostuvo que en vistas de las especiales particularidades de los procedimientos por delitos sexuales, el art. 6.3.d no podía ser interpretado "en el sentido de que requiriese, en todos los casos, que las preguntas fuesen formuladas directamente por el acusado o su asistente legal, por la vía de cross-examination o por otros medios" y sopesó que en el juicio se había exhibido la cinta de video del primer interrogatorio policial, que las actas del segundo interrogatorio, que había sido grabado, se leyeron en el juicio ante el tribunal de primera instancia, que la cinta de audio de ese interrogatorio se reprodujo en el procedimiento de apelación, y en especial, que el tribunal de apelación había reducido los hechos y monto de la pena porque consideró que parte de los cargos no habían sido probados, valorando la vaguedad, imprecisión y falta de detalle de algunas de las respuestas del niño, así como la naturaleza indicativa de alguna de las preguntas dirigidas por el policía que lo interrogó (65). Es de destacar que en esta decisión el TEDH ha prevenido que "la prueba obtenida de un testigo bajo condiciones en que los derechos de la defensa no pueden asegurarse en la extensión normalmente requerida por la Convención debe ser tratada con extremo cuidado", pero se contentó con que en el caso el tribunal de apelaciones había establecido estándares muy estrictos en cuanto al procedimiento, contenido y valoración de los interrogatorios del niño antes del procedimiento judicial.

#### X. Consideraciones finales.

Como se ha destacado ya, el imputado del caso "P.S. vs. Alemania" había tenido oportunidad útil de interrogar, en las distintas etapas del juicio, a los únicos testigos citados. Lo que el TEDH debía resolver era una cuestión parcialmente distinta, a saber, si el imputado tenía derecho a hacer comparecer y a interrogar o hacer interrogar a la niña. No lo

ha dicho expresamente, pero parece inclinarse por la afirmativa, porque el TEDH concluye que "la información dada por la niña era la única prueba directa del delito en cuestión, los tribunales domésticos basaron sus conclusiones sobre la culpabilidad del peticionario, de modo decisivo, en las declaraciones de S." (confr. § 30), y en que la niña no había sido interrogada en ninguna etapa del procedimiento por un juez, ni había podido ser controlada por el peticionario (confr. § 26). Sabemos pues que el TEDH declara que una sentencia fundada decisivamente en tales informaciones es incompatible con el art. 6.1, en función del art. 6.3.d CEDH si el imputado o su defensa no han tenido oportunidad útil de interrogarlo o hacerlo interrogar; su jurisprudencia deja abierta, sin embargo, la cuestión de si el imputado tiene derecho a obtener en cualquier caso el interrogatorio del niño que lo acusa deba ser hecho ante o dirigido por un juez. Esta cuestión no es nimia tan pronto se observa lo peligroso que puede ser para el derecho de defensa que el interrogatorio sea dirigido exclusivamente por la parte acusadora, o por la policía que recoge las primeras informaciones y pruebas para preparar el caso de la parte acusadora (66).

Como he adelantado, el Estado puede tener buenas razones para proteger al niño, y no someterlo a un interrogatorio judicial, pero en ese caso, es la acusación la que debe cargar con el déficit de prueba y no el imputado (67). Ello no significa que deba en esos casos rechazarse lisa y llanamente toda proposición de testigos de referencia o de oídas, pero éstos no podrán la única prueba en que se funde la sentencia, tampoco la decisiva. El estándar de proceso equitativo exigirá que el imputado haya tenido una oportunidad útil de interrogar a los testigos de referencia (68), y que la sentencia tenga por base, además, otros elementos de prueba objetivos que confirmen suficientemente directamente o por vía indiciaria el relato de referencia (69).

Distinto es el caso en el que se trata de la introducción por lectura en el juicio de actas de declaraciones que el imputado no ha podido controlar de modo útil. En este caso, los estándares del TEDH debilitan la protección del art. 6.1 y 6.3.d., CEDH, en tanto aquél se abstiene de sentar cualquier regla de admisibilidad, deja abierta la puerta a la arbitrariedad, en la medida en que no resulta claro cuándo una acta leída es una prueba decisiva (70), y cuándo no, y cuándo la restricción al derecho de defensa ha sido suficientemente compensada (71). En todo caso, si se quiere buscar un estándar seguro que satisfaga las exigencias del juicio equitativo, parece adecuado seguir la opinión, aparentemente no mayoritaria, de alguno de los jueces del TEDH, en cuanto han sostenido que existan otras pruebas incriminatorias no es el punto de discusión, sino que lo relevante es determinar si se hubiese podido llegar a la convicción sobre la culpabilidad sin el uso de las declaraciones respecto de las cuales la defensa no gozó de oportunidad útil de control, y que en ese caso no habría sido necesario admitir la lectura de las declaraciones (72).

Por cierto, si las actas leídas son los únicos elementos de prueba, no puede haber lugar a la interpretación arbitraria del estándar, pero si no lo son, los tribunales domésticos tienen un campo de juego peligrosamente discrecional para calificar a esas actas de más o menos decisivas (73) A ello se suma que, en todo caso, si en el orden doméstico los recursos disponibles restringen las facultades del tribunal ad quem para examinar las cuestiones de valoración de la prueba, se corre el riesgo de decisiones que admitan que la prueba ha sido admitida en el juicio en violación a los estándares del juicio equitativo (74).

(\*) Universidad de Buenos Aires.

(1) TEDH, "Unterpertinger vs. Austria", Serie A, v. 110; "Barberà, Messegué y Jabardo vs. España", Serie A, vol. 146; "Isgrò vs. Italia", Serie A, vol. 194-A; "Asch vs. Austria", Serie A, vol. 203; "Artner vs. Austria", Serie A, vol. 242-A; "S.N. vs. Suecia", petición N°. 34209/96, sent. sobre el fondo de 2002/07/02; "S.E. vs. Italia", decisión sobre admisibilidad, 1999/01/12 "Verdam vs. Países Bajos", decisión sobre admisibilidad, 1999/08/31; "Raniolo vs. Italia", decisión sobre admisibilidad, 2002/03/21; "Carrozo vs. Italia", decisión sobre admisibilidad, 2002/06/20. Véase tb. Comisión EDH, casos "Baegen vs. Países Bajos", petición 16696/90, informe de 1994/10/20; "Finkensieper vs. Países Bajos", petición n° 19525/92, informe 1995/05/17, y "M.K. vs. Austria", petición 28897/95, decisión sobre admisibilidad, 1995/10/05;. Sobre la incorporación de declaraciones escritas de o procedimientos conexos o relacionados, vide TEDH "Calabro vs. Italia y Alemania", decisión sobre admisibilidad, 2002/03/21.

(2) TEDH, "Kostovski vs. Países Bajos", Serie A, vol. 186; "Windisch vs. Austria", Serie A, vol. 186; "Lüdi vs. Suiza", Serie A, vol. n° 238; "Saïdi vs. Francia", Serie A, vol. 261-C; "Doorson vs. Países Bajos", Recueil 1996-II; "Van Mechelen vs. Países Bajos", Recueil 1997-III; "Kok vs. Países Bajos", Recueil 2000-VI; "Calabro vs. Italia y Alemania" y "Raniolo vs. Italia", antes citados. Véase tb. Comisión EDH, casos "Baegen vs. Países Bajos", informe citado; "Fitt vs. Reino Unido", petición n° 29777/96 , informe de 1998/10/20.

(3) TEDH, "Kostovski vs. Países Bajos"; "Windisch vs. Austria", antes citados; "Delta vs. Francia", Serie A, vol. 191-A; "Asch vs. Austria", Serie A, vol. 203; "A.M. v. Italia", Recueil 1999-IX; "Raniolo vs. Italia", antes citado; Comisión EDH, "M.K. vs. Austria", petición 28897/95, decisión sobre admisibilidad, 1995/10/05.

(4) Véase también las sentencias del TEDH en los casos "S.E. vs. Italia", "A.M. v. Italia", "S.N. vs. Suecia", citados supra; e informes de la Comisión EDH, casos "Baegen vs. Países Bajos"; "Finkensieper vs. Países Bajos", y "M.K. vs. Austria", tb. citados. Compárese en la jurisprudencia doméstica la sentencia CNCasación Penal, sala II, "in re", "Barrera, A.", de 1998/12/15.

(5) Confr. Corte IDH, caso "Genie Lacayo", sent. del 1997/01/29, Serie C: No. 30, § 77; y tb. más referencias en mi trabajo "La noción de tribunal imparcial en los instrumentos internacionales de derechos humanos: El caso "Zenzerovich": una oportunidad perdida", en La Ley, 1999-F, 223.

(6) Confr. voto en disidencia parcial de los jueces Fayt y Petracchi "in re": "Viaña, Roberto", publicado en Fallos: 318:2348, consid. 6°, La Ley, 1997-E, 1004; voto en minoría de los jueces Fayt, Petracchi y Bossert en "Nardelli, Pietro A.", Fallos: 319: 2557, consid. 15, La Ley, 1998-D, 869; voto en minoría de los jueces Fayt y Boggiano en el caso "Zenzerovich, Ariel F.", sent. de 1998/08/31, en La Ley, 1999-F, 225.

(7) Véanse por ejemplo las sentencias de CNCasación Penal, sala I, en los casos: "Abasto, Héctor J.", 1999/02/11, La Ley, 2001-B, 359 y E.D., 185-1052; "Almada, Sergio Martín", 1999/03/02; "Martín, Marcos Alejandro", 1999/04/23; "Fagúndez, Héctor O.", 1999/05/26; "Bianchini Liguori, Fernando R.", 1999/06/30; "Brizuela Zarza, Daniel y otro", 1999/12/15; "Pérez, José D.", 2001/11/26, La Ley Suplemento Jurisprudencia Penal 2002/06/10, p. 1 y ss.; y "Reyna, Jorge F", 2002/03/21, en La Ley Suplemento Jurisprudencia Penal, 2002/08/30, p. 43 y sigtes. ; de la CNCasación Penal, sala II, "Fuñoli Salazar, José Daniel",

1999/11/26, en E.D., 187-1272; "Barrera, Alfredo", 1998/12/15; CNCasación Penal, sala III, "Pazos, Luis C.", 1998/12/28; "Novoa, Jorge A.", 2000/08/10, La Ley, 2000-F, 912; CNCasación Penal, sala IV, "Abatemarco, Jorge E.", 1999/03/05, La Ley, 1999-F, 272 - DJ 2000-1-157; TOral Federal Mar del Plata, "G., H.M.", 1995/09/14, La Ley, 1996-B, 402; TOral Criminal Federal N° 1 de Mendoza, en el caso "Reynoso Gauna, Edgardo y otro", sent. de 1988/08/06, en La Ley, 1998-F, 707; TOral Criminal N° 3, "Ausilio, Néstor Aníbal", 1999/05/19; TOral Criminal N° 23, "Alfonzo, Cristian Darío", 1997/05/22.

(8) Mis primeras aproximaciones al tema en: "El principio de igualdad de armas y los nuevos requerimientos (El derecho al control de la prueba introducida en el juicio. La incorporación de actas y la ocultación de la identidad de testigos, informantes e investigadores bajo cubierta)", ps. 75 y sigtes., en Prudentia Iuris, N° 50, (1999). Compárense los distintos puntos de vista en ALMEYRA, Miguel A., "Regulación constitucional de la prueba de testigos. La cláusula de la confrontación", La Ley, 2002/06/10, ps. 1 y sigtes.; CORVALAN, Víctor, "Valor de la prueba obtenida en la etapa instructoria", La Ley, 1996-B, 402; DARAY, Roberto, "Incorporación de prueba al debate", en Prudentia Iuris, ps. 109 y sigtes., N° 53, (2000); FEDERICO, Martín, "Cuando el principio de igualdad de armas consagra la desigualdad", E.D., 187-1270, NAMER, Sabrina, "Abasto vs. Novoa: dos posturas encontradas sobre la posibilidad de incorporar al debate, por lectura y sin el consentimiento de las partes, declaraciones testimoniales prestadas durante la instrucción", La Ley, 2000-F, 910; ORGEIRA, José María, "Control de la prueba testimonial en la etapa sumarial. Más sobre Abasto vs. Novoa", La Ley, 2001-B, 358; SANCINETTI, Marcelo A., "Análisis Crítico del caso "Cabezas" - El juicio", Buenos Aires, t. II, ps. 831-892, Ed. Ad-Hoc, 2002.

(9) Texto según Protocolo n° 11, entrado en vigor el 1° de noviembre de 1998.

(10) Véase, de modo introductorio ALBANESE, Susana, "La fórmula de la cuarta instancia", en J.A., 1997-II-948.

(11) Sobre el modo concreto en que aplican esta doctrina los respectivos órganos internacionales véase el detalle de jurisprudencia en mi trabajo "El derecho internacional de los derechos humanos. ¿Cuestión de derecho internacional o cuestión de derecho doméstico?" de inminente aparición por ed. Abaco, Buenos Aires, § 12.

(12) ABREGÚ, Martín, "La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales locales: una introducción", en ABREGÚ, Martín / COURTIS, Christian, compiladores, "La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales", ps. 28/29, Del Puerto Editores, Buenos Aires, 1997.

(13) En el § 19 de la sentencia anotada se citan las sentencias de los casos "Doorson v. Países Bajos", cit., § 67; y "Van Mechelen y otros vs. Países Bajos", cit., § 50. Sin embargo, este abordaje es constante en la jurisprudencia sobre el art. 6.3.d CEDH. Confr. casos: "A.M. v. Italia", cit., § 24; "Asch vs. Austria", § 26; "Calabro vs. Italia y Alemania", cit., § 1; "Carrozo vs. Italia", cit., § 1; "Delta vs. Francia", cit., § 35; "Edwards vs. Reino Unido", Serie A, vol. 247-B, § 34; "Ferrantelli y Santangelo vs. Italia", Recueil 1996-III, § 48; "Isgrò vs. Italia", § 31; "Lüdi vs. Suiza", cit., § 43; "Pfleger vs. República Checa", decisión sobre admisibilidad, 2002/04/30; "Raniolo vs. Italia", cit.; "S.E. vs. Italia", cit., § 1; "S.N. vs. Suecia", cit., § 44; "Windisch vs. Austria", cit., § 25. Ídem Comisión EDH, "Finkensieper vs. Países Bajos", informe cit., § 54; "M.K. vs. Austria", informe cit., § 1, b.

(14) "S.E. vs. Italia", cit., § 1, con cita de "Padovani vs. Italia", Serie A, vol. 257-B, § 24 y de "Hauschildt vs. Dinamarca", Serie A, vol. 154, § 45. En el mismo sentido, en el ámbito del Protocolo Adicional al PIDCyP, el HRC en Comunicación R.11/46, "Fals Borda, Orlando y otros vs. Colombia", §13.3, Suplemento 40, Documento A/37/40, § 193, y Comunicación R.14/61, "Hertzberg Leo R. y otros vs. Finlandia", § 9.3. Suplemento 40, Documento A/37/40, § 161.

(15) Véanse los casos: "A.M. v. Italia", cit., § 23; "Asch vs. Austria", § 25; "Barberà, Messegué y Jabardo vs. España", cit., § 67; "Bönisch vs. Austria", Serie A, vol. 92, § 29; "Bricmont vs. Bélgica", Serie A, vol. 158 § 75; "Delta vs. Francia", cit., § 34; "Doorson vs. Países Bajos", § 66; "Ferrantelli y Santangelo vs. Italia", cit., § 51; "Isgrò vs. Italia", § 31; "Raniolo vs. Italia", cit.; "S.N. vs. Suecia", cit., § 43; "S.E. vs. Italia", cit., § 1; "Unterpertinger vs. Austria", § 29; "Van Mechelen y otros vs. Países Bajos", cit., § 49; "Verdam vs. Países Bajos", cit., § 2; "Windisch vs. Austria", cit., § 23. En sentido análogo la Comisión EDH en los casos "Finkensieper vs. Países Bajos", cit., § 53; "Fitt vs. Reino Unido", informe cit., § 72; "M.K. vs. Austria", informe cit., § 1, b.

(16) Sobre los conceptos autónomos en la jurisprudencia del TEDH, véase GANSHOF VAN DER MEERSCH, Walter J., "Le caractère 'autonome' des termes et la 'marge d'appréciation' des Gouvernements dans l'interprétation de la Convention européenne des Droits de l'homme", en MATSCHER, Franz / PETZOLD, Herbert, "Protection des droits de l'homme: la dimension européenne - Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda", Heymanns Verlag, Colonia-Berlín-Bonn-Munich 1990, p. 203, N° 10; con mayores referencias sobre los casos en los que el TEDH ha recurrido a la autonomía de conceptos. Véase mi trabajo "El derecho internacional de los derechos humanos. ¿Cuestión de derecho internacional o cuestión de derecho doméstico?", cit., § 16.

(17) Así expresamente en "Isgrò vs. Italia", cit., § 33. En sentido análogo, la Recomendación n° R (97) 13 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre "Protección de testigos contra toda maniobra de intimidación y derechos de la defensa", de 10 de septiembre de 1997, en su capítulo I define: "por testigo se entiende toda persona que, independientemente de su situación respecto de los textos que regulan el procedimiento penal nacional, disponga de una información en relación a un asunto penal. Esta definición se aplica igualmente a expertos e intérpretes"; confr. texto íntegro de la Recomendación en *Révue Universelle des Droits de l'Homme*, ps. 298 y sigtes., 1997.

(18) Confr. especialmente el caso "S.N. vs. Suecia", cit., § 45: "En cuanto a la noción de 'testigo', la Corte nota que, aunque M. no testificó en una audiencia ante un tribunal, a los fines del art. 6.3 (d), éste debe ser considerado como testigo -término al que ha de darse una interpretación autónoma- porque sus declaraciones, tal como fueron registradas por la policía, fueron usadas como prueba por los tribunales domésticos", (con cita de "Asch v. Austria", Serie A, vol. 203, § 25. Vide tb. TEDH, caso "Verdam vs. Países Bajos", cit., § 2; y Comisión EDH, "Finkensieper vs. Países Bajos", cit., § 56.

(19) TEDH, caso "Bönisch vs. Austria", cit., §§ 29 y ss. Al momento de escribir este trabajo se encuentra pendiente la decisión sobre el fondo del caso "Papageorgiou vs. Grecia", decisión sobre admisibilidad de 2002/06/20, en el que, entre otras cuestiones, el peticionario ha invocado violación al art. 6.3.d, CEDH, porque en los tribunales domésticos no se le permitió recurrir a un perito calígrafo de parte para confrontar a otro perito

calígrafo que había dictaminado que las firmas de unos cheques reputados falsificados le pertenecían al peticionario.

(20) TEDH, casos "Cardot vs. Francia", Serie A, vol. 200, § 34, "Isgrò vs. Italia", § 33; "Saïdi vs. Francia", cit., §§ 41 y ss; "Ferrantelli y Santangelo vs. Italia", cit., § 52.

(21) TEDH, caso "Barberà, Messegué y Jabardo vs. España", cit., §§ 86, 87; "Fitt vs. Reino Unido", informe citado.

(22) TEDH, "Delta vs. Francia", cit., § 34, donde se trataba de una condena por robo fundada en los dichos de un policía que había recibido la declaración de la víctima y de una amiga, que a su vez, habrían identificado ante éste al imputado, pero que no habían comparecido a declarar en ninguna etapa del procedimiento correccional.

(23) Compárese el informe de la Comisión EDH en el caso "Fitt vs. Reino Unido", citado, §§ 78-88, donde la Comisión ha examinado la cuestión de la evidencia retenida por la acusación de la que podría resultar la identificación de un informante, y las reglas de revelación (disclosure) no ya bajo el ángulo del art. 6.3.d, sino también bajo el ángulo del art. 6.1 y 6.3. b. CEDH. En general sobre el deber de revelación del acusador, STAVROS, Stephanos, "The guarantees for accused persons under article 6 of the European Convention on Human Rights, An Analysis of the Application of the Convention and Comparison with Other Instruments", ps. 178 y sigtes., Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-Londres, 1993.

(24) Comisión EDH, "M.K. vs. Austria", cit., § 1, b, donde se había negado la citación al juicio del niño de once años, víctima de alegado abuso sexual, pues se encontraba internado y con tratamiento psiquiátrico con relación a los hechos del juicio, y su audición, según el jefe de servicio de la institución donde estaba internado, y de un experto en psiquiatría, podría dañar seriamente su desarrollo psicológico. Allí también se había negado la citación de la hermana del niño, de ocho años, que había sido testigo presencial de los hechos, sobre la base de que estaba siendo sometida a un tratamiento psiquiátrico intensivo por haber sido también víctima de abuso sexual, confr. § 1, b, bb; y donde se había denegado la citación de dos testigos de oídas con fundamento en que éstos no podrían arrojar luz sobre los hechos, confr.1, b, cc. En ese caso la Comisión no consideró a ese rechazo contrario al art. 6.3, d, CEDH.

(25) Compárese lo resuelto por el TEDH en el caso posterior "S.N. vs. Suecia", cit, § 44, en el que no se había hecho comparecer al juicio al niño objeto del alegado abuso sexual, y se había conocido su relato mediante la reproducción de las cintas de video y de audio de dos interrogatorios a los que había sido sometido por un policía especializado, donde el TEDH, dijo: "el artículo 6 no concede al imputado un derecho ilimitado de asegurar la presencia de los testigos ante el Tribunal. Normalmente corresponde determinar a los tribunales nacionales decidir si es necesario o aconsejable oír a un testigo", (con cita de "Bricmont vs. Bélgica", cit., § 89; en el mismo sentido el TEDH en "Vidal vs. Bélgica", Serie A, vol. 235-B, § 34; y "Pfleger vs. República Checa", cit., § 3. En sentido análogo también la Comisión EDH, "Finkensieper vs. Países Bajos", cit., § 57; "M.K. vs. Austria", cit., § 1, b. Sin embargo, nótese que a la fecha de escribir este comentario está pendiente una decisión de la 4ª. Sección del TEDH en el caso "Laukkanen y Manninen vs. Finlandia", decisión sobre admisibilidad de 2002/05/28, que ha sido parcialmente admitido, en el que los peticionarios se quejan de que el policía llamado al juicio como único testigo ocular del hecho de la imputación, se había negado a dar a conocer la identidad de otros policías que habrían

estado en los alrededores del lugar del hecho, para proteger con su reserva otras actividades de vigilancia que estaban realizando, y por esa vía, habrían impedido obtener la comparecencia de esos "posibles" testigos oculares y su interrogatorio. En el procedimiento de apelación el fiscal había dicho haber obtenido de identificación de esos policías, y haberlos entrevistado, de donde según sus dichos, no habrían presenciado el hecho. Sobre esa base la citación había sido denegada.

(26) Confr. "Barberà, Messegué y Jabardo vs. España", cit., § 78.

(27) TEDH, "Brandstetter vs. Austria", Serie A, vol. 211, § 67. También la Comisión EDH, "Fitt vs. Reino Unido", informe cit., § 74, con cita del TEDH, en "Brandstetter vs. Austria", ha dicho: "el principio adversarial significa que debe darse a cada parte oportunidad de tomar conocimiento y alegar sobre las observaciones presentadas y la prueba alegada por la otra".

(28) Comisión EDH, "Fitt vs. Reino Unido", informe cit., § 74, con cita de la petición N° 8403/78, informe de 14 de diciembre de 1981, D.R. 27, pp. 87-88, §§ 55-58. Nótese que, sin embargo, la mayoría no encontró violación al art. 6.1 y 6.3 en un procedimiento "ex parte" promovido por la acusación, sin participación del abogado de la defensa, para obtener la reserva de actuaciones que permitirían identificar a un informante.

(29) Sobre esto, con más detalle, mi trabajo "El derecho del imputado a la asistencia legal en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Una visión americana", en NDP 2001-B, 447, esp. ps. 528 y sigtes.

(30) El pasaje es reproducción textual de otras sentencias. Así en TEDH, "Delta vs. Francia", cit., § 36; "A.M. v. Italia", cit., § 25. Compárese "Poitrimol vs. Francia", Serie A, vol. 277-A, § 35 sobre derecho del imputado a ser confrontado con la víctima o los testigos, sin perjuicio de la protección de éstos cuando corresponda.

(31) En la sentencia que se comenta se citan las sentencias de los casos "Van Mechelen vs. Países Bajos", cit., § 51; y "Lüdi v. Suiza", Serie A, vol. 238, § 49. Esta regla es una constante, como se observa en los casos: "A.M. v. Italia", cit., § 25; "Asch vs. Austria", § 27; "Carrozo vs. Italia", cit., § 1; "Delta vs. Francia", cit., § 36; "Ferantelli de Santangelo vs. Italia", § 51; "Isgrò vs. Italia", § 34; "Kostovski vs. Países Bajos", Serie A, vol. 166, § 41; "Saïdi vs. Francia", cit., § 43; "S.E. vs. Italia", cit., § 1; "S.N. vs. Suecia", cit, § 44; "Verdam vs. Países Bajos", cit., 1999/08/31, § 2; "Windisch vs. Austria", § 26. Comisión EDH, "Finkensieper vs. Países Bajos", informe cit.

(32) En igual sentido "Unterperntinger c. Austria", Serie A, vol. 110, §§ 31-33; "Saïdi c. Francia", cit., §§ 43-44.

(33) O "adecuada y suficiente" según "A.M. v. Italia", cit., § 25; "S.N. vs. Suecia", cit, § 46; "Calabro vs. Italia y Alemania", cit., § 1.

(34) Véase por ejemplo el caso "Verdam vs. Países Bajos", cit., § 2, en el que un defensor designado había podido estar presente durante el interrogatorio de una testigo de cargo en el puesto de policía, y se le había permitido proponer preguntas, así como sucesivamente, presencié un reconocimiento por fotografías de esta testigo, pero todo ello antes de que hubiese podido tener alguna entrevista con el imputado, que se encontraba detenido. El TEDH no consideró sin embargo que se lo hubiese privado de una oportunidad útil de confrontar el testimonio.

(35) Véase p. ej. el caso "Artner vs. Austria", cit., en el que el proceso se había visto paralizado un tiempo por la rebeldía del imputado, hasta que se obtuvo su extradición. El TEDH no examinó, sin embargo, si la pérdida de la posibilidad de examinar a la testigo de cargo podía atribuirse a la conducta del imputado que conociendo del proceso se sustrajo a él.

(36) STAVROS, op. cit., p. 219, distingue entre derechos concebidos en términos absolutos, y otros susceptibles de renuncia según la evaluación del contexto de las circunstancias del caso. No da sin embargo criterios satisfactorios para distinguir unos de otros.

(37) En particular en cuanto se requiere que las renunciaciones sean expresas, libres, y precedidas de adecuado asesoramiento legal previo. Véanse los casos: "Colozza vs. Italia", Serie A, vol. 89, "Oberschlick vs. Austria", Serie A, vol. 204, "Imbroscia v. Suiza", Serie A, vol. 220, "Pfeifer y Plankl v. Austria", Serie A, vol. 227, "Bulut vs. Austria", Recueil 1996-II; sobre esto más exhaustivamente mi trabajo "La noción de tribunal imparcial en los instrumentos internacionales de derechos humanos: El caso "Zenzerovich": una oportunidad perdida", cit., en La Ley, 1999-F, 223.

(38) "Barberà, Messegué y Jabardo vs. España", cit., §§ 82. No puedo ocuparme aquí de la decisión en cierto punto paradójal, pues el TEDH sostuvo que el derecho a poner en discusión la prueba testifical era renunciable, pero al mismo tiempo consideró relevante para una violación al art. 6 CEDH que la investigación y ciertas declaraciones se habían obtenido mucho tiempo antes de la detención y constitución de la defensa de los imputados; ibídem, § 84. Probablemente este abordaje es hijo de la reticencia del TEDH a sentar reglas de admisibilidad de la lectura.

(39) "S.N. vs. Suecia", cit, § 48; no es claro sin embargo si el TEDH consideró que en ese caso no había habido renuncia, o si trató el punto como una excepción a la exigencia del agotamiento de los recursos internos. Compárese con la decisión de los casos "Cardot vs. Francia", cit., §§ 34, 35, donde ni el imputado ni su defensa habían solicitado la citación de sus ex co-inculpados que lo inculcaban durante el juicio, ni durante el trámite de la apelación; y "Edwards vs. Reino Unido", cit., § 37, desde el ángulo del proceso equitativo - art. 6.1 CEDH- el TEDH consideró infundada la alegada violación porque habían sido los abogados del condenado los que se habían abstenido de requerir la citación de dos testigos cuya credibilidad cuestionaban en el procedimiento de apelación, a pesar de que el derecho y jurisprudencia domésticas los habilitaban a ello. Compárese el informe de la Comisión EDH, en "M.K. vs. Austria", cit., § 3, donde en relación a la conducta del peticionario, que no había objetado que se leyes en el juicio las declaraciones de dos testigos que habían declarado en una audiencia anterior, anulada por enfermedad de uno de los jurados, consideró que no había agotado los recursos internos al omitir presentar la cuestión ante las autoridades nacionales. Compárese en sentido contrario "Saïdi vs. Francia", cit., §§ 36 a 40.

(40) "S.N. vs. Suecia", cit., §§ 49-50. Véase tb. Comisión EDH, caso "Baegen vs. Países Bajos", informe citado, § 78, y especialmente voto concurrente de los comisionados DANELIUS, ERMACORA, REFFI y CONFORTI.

(41) Confr. Comisión EDH, "M.K. vs. Austria", cit., § 1, b, aa; nótese sin embargo que la Comisión no calificó a esta conducta procesal de "renuncia", y declaró no sustanciada la

violación por otros argumentos adicionales, tales como la pluralidad de elementos de prueba producidos.

(42) Sobre la proporcionalidad en la limitación de los derechos humanos en el marco del PIDCyP, consúltense los Principios de Siracusa, N°. 10 a 13, doc. ONU E/CN.4/1985/4. Para una introducción general sobre el funcionamiento del principio como instrumento crítico de la limitación y suspensión de derecho, y sobre su aplicación en el marco del PIDCyP, y en el sistema Inter-americano de protección de derechos humanos, remito a mi trabajo "El derecho internacional de los derechos humanos. ¿Cuestión de derecho internacional o cuestión de derecho doméstico?", cit., § 17.

(43) Sobre el principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TEDH, véase EISSEN, Marc-André, "Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'homme", en PETTITI, Luis-Edmond / DECAUX, Emmanuel / IMBERT, Pierre-Henri, *La Convention européenne des droits de l'homme: Commentaire article par article*, ps. 66 y sigtes., 2ª. ed. Economica, París 1999, y también del mismo autor "The principle of proportionality in the case-law of the European Court of Human Rights", en MCDONALD, R. St. J. / MATSCHER, F. / PETZOLD, H., *The European System for the Protection of Human Rights*, ps. 125 y sigtes., Martinus Nijhoff, Dordrecht-Boston-Londres, 1993.

(44) Véase "S.N. vs. Suecia", cit, § 47.

(45) TEDH, "Doorson vs. Países Bajos", cit., § 70; ídem "Visser vs. Países Bajos", § 43.

(46) "S.N. vs. Suecia", cit., § 47. Véase Comisión EDH, casos "Finkensieper vs. Países Bajos", cit., § 66; "Baegen vs. Países Bajos", informe citado, § 77.

(47) TEDH, "S.N. vs. Suecia", cit., § 47; ídem Comisión EDH, "Baegen vs. Países Bajos", cit., § 77; "M.K. vs. Austria", cit., § 1, b, aa.

(48) Recuerda DETRICK, Sharon, "A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child", p. 91, Ed. Martinus Nijhoff Publishers, La Haya-Boston-Londres, 1999, que en los trabajos preparatorios de la convención se prefirió el término "una consideración primordial", y no "la consideración primordial", para indicar que el interés superior del niño es una consideración de primordial importancia, pero que no tiene absoluta prioridad sobre otras consideraciones, y que la redacción tiende a asegurar que haya suficiente flexibilidad, al menos en casos extremos, para posibilitar que los intereses de personas distintas del niño puedan prevalecer. Análogamente CILLERO BRUÑOL, Miguel, "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño", en GARCIA MENDEZ, Emilio / BELOFF, Mary, "Infancia, ley y democracia en América latina", t. I, ps. 69 y sigtes., esp. p. 82, 2ª. ed., Santa Fe de Bogotá-Buenos Aires, 1999, sostiene que "En el caso de conflicto entre los derechos del niño y los derechos de otras personas, como por ejemplo en las infracciones a la ley penal, los derechos del niño deberán tener una primacía no excluyente de los derechos de terceros".

(49) Si bien el título de este capítulo reza: "Medidas a tomar respecto de testigos vulnerables, en particular en el caso de criminalidad en el seno de la familia", el contexto de la Recomendación y su exposición de motivos dejan en claro que esas medidas son aplicables a testigos vulnerables aun en casos de criminalidad fuera del seno de la familia.

Confr. principios 18, 19, 24 y sigtes., y § 24 y 95 de la Exposición de Motivos, loc. cit, ps. 303 y 313.

(50) Sobre la reiteración de exámenes e interrogatorios y el peligro de la "re-victimización", vide la práctica de la que da cuenta KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "El inestable equilibrio entre el interés superior del niño y el derecho de defensa en juicio", ps. 215 y sigtes. en CDP, N° 9-C, (228).

(51) Compárense las informaciones de KEMELMAJER DE CARLUCCI, op. cit., p. 222, sobre la práctica inglesa de recibir declaración testifical a un niño que alega haber sido víctima de un abuso sexual, registrada en un sistema televisivo de circuito cerrado por el cual el imputado y niño no tienen contacto directo entre sí.

(52) Sobre su indeterminación y las reservas que se levantan, DETRICK, op. cit., ps. 88 y sigtes.

(53) Según DETRICK, op. cit., p. 89, "La convención, en su conjunto, va al menos en parte camino a proveer el amplio marco ético o valorativo respecto del que se reclama a menudo como el ingrediente faltante de certeza sobre el contenido del interés superior del niño" (con cita de ALSTON, Philippe, "The Best Interests of the Child: Reconciling Culture and Human Rights", p. 19, Oxford University Press, 1994).

(54) Como principio instrumental (principio rector o guía) superador del conflicto de derechos en los que se vean involucrados los niños lo caracteriza CILLERO BRUÑOL, op. cit., ps. 71 y 75. Según este el principio es guía para la interpretación sistemática, pero reconoce también su contenido de control axiológico, en cuanto instrumento de determinación mediante ponderación del derecho que debe prevalecer; *ibídem*, p. 81.

(55) Así DETRICK, op. cit., p.89.

(56) Vide MOLINA CENTENO DE MADA, Silvia, "Cómo el testimonio del menor, víctima de delitos sexuales, puede transformarse en un acto reparatorio de su salud mental", La Ley Actualidad, del 27/4/1999, con especial referencia a una experiencia multidisciplinaria piloto desarrollada en el marco de la justicia local de la Provincia de Mendoza.

(57) Vide art. 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño: que impone la adopción de todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física, psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de cualquier forma de abandono, explotación o abuso, lo que debe correlacionarse con el deber fijado en el art. 34 de protección contra toda forma de abuso sexual; confr. DETRICK, op. cit., ps. 669. De modo que en el primero el deber es preventivo, en el segundo se fija una obligación de medios reparatorios. En el término "todas las medidas apropiadas" queda incluida la configuración de los procedimientos penales de modo que contemplen la recuperación física y psicológica de los niños víctimas de abuso sexual.

(58) Así por ejemplo en "Saïdi vs. Francia", cit., § 44.

(59) O "determinante"; confr. "Delta vs. Francia", cit.; "A.M. v. Italia", cit., § 25.

(60) En "A.M. v. Italia", cit, §§ 26 y 27, el TEDH valoró que el imputado había sido condenado exclusivamente sobre la base de las declaraciones de testigos de la acusación, que habían declarado en el extranjero, que no había podido confrontar en ninguna fase del

procedimiento, y en especial, que en la comisión rogatoria de auxilio judicial se había dejado constancia de que ningún abogado podía estar presente en el país requerido, al momento de recibirse las declaraciones; ello a pesar de que la Convención de auxilio judicial aplicable concedía tal derecho, confr. §§ 19 y 21. Esas declaraciones se habían incorporado por lectura según la ley doméstica -art. 512 bis Cód. Procesal Penal italiano- que lo autorizaba según los tribunales locales. El peticionario había sostenido que sólo podrían haberse leído en juicio si se hubiese seguido el procedimiento para actos que no pueden ser repetidos, con la presencia de los abogados de la defensa. Compárese "Carrozo vs. Italia", cit., § 1, donde se declaró mal fundado el agravio al art. 6.3.d, CEDH; se trataba de un interrogatorio por comisión rogatoria, con la presencia del abogado del imputado, que había podido proponer preguntas, y la sentencia se había fundado además en las afirmaciones de un coimputado, y en las conclusiones de peritajes balísticos.

(61) Con cita de los casos "Kostovski vs. Países Bajos", Serie A, vol. 166, § 42; y "Windisch vs. Austria", Serie A, vol. 186, § 29. La Comisión EDH ha considerado adecuada y suficiente la oportunidad del defensor del imputado de estar presente y proponer preguntas a tres testigos de cargo ante el juez a cargo de la investigación preliminar, confr. "Finkensieper vs. Países Bajos", cit., § 62.

(62) En la sentencia del caso "P.S. vs. Alemania" se dice que éste "difiere de decisiones previas donde el Tribunal se satisfizo con que procedimientos concernientes a ofensas sexuales, tomados como un todo, fueron equitativos, en cuanto las condenas habían sido o bien totalmente fundadas en pruebas distintas de las declaraciones de la víctima (conf. N° 36686/97, Decisión de 12 de enero de 1999), o no solamente fundadas en las declaraciones de la víctima (N° 35253/97, Decisión de 31 de agosto de 1999)". La primera cita corresponde a "S.E. vs. Italia", cit., § 1, donde el TEDH se conformó con que los Tribunales domésticos hubiesen declarado "inutilizables" las declaraciones de la niña francesa que alegaba haber sido violada, prestadas en un puesto de carabineros, sin la asistencia de un intérprete, y la declaración de un co-incepado, que admitía los hechos, y que no había podido ser enjuiciado válidamente por haber caído en contumacia. No puedo ocuparme aquí de las múltiples debilidades de la argumentación del TEDH en este caso. La segunda cita corresponde al caso "Verdam vs. Países Bajos", cit., sobre éste último véanse las observaciones críticas que se desarrollan infra. Compárese tb. TEDH, "Calabro vs. Italia y Alemania", cit., § 1, donde a pesar de la incorporación por lectura de las declaraciones del agente provocador de un delito de comercio de estupefacientes, que no pudo ser traído al juicio, declaró mal fundado el agravio al art. 6.3.d, CEDH; consideró relevantes los elementos de prueba recogidos durante el arresto del peticionario, el registro audiovisual de ese acto, las transcripciones de ciertas escuchas telefónicas, las declaraciones de los policías italianos y alemanes que intervinieron en las tratativas previas y el arresto. Véase Comisión EDH, casos "Finkensieper vs. Países Bajos", cit., §§ 68-69; "Baegen vs. Países Bajos", informe citado, § 79.

(63) Véanse las reservas de los jueces THOMASSEN y CASADEVALL en su voto concurrente, donde se aclara que el handicap de la defensa debería ser compensado, en alguna etapa del procedimiento por un interrogatorio llevado a cabo por alguien "independiente de la acusación"; sin embargo, consideraron decisivo para descartar una violación al art. 6.1 en conjunto con el art. 6.3.d, las renunciaciones del abogado a estar presente en el segundo interrogatorio, y a ejercer facultades de control. Por su parte, en su opinión

disidente, los jueces Türmen y Maruste, sugieren que para balancear el handicap de la defensa, los interrogatorios debieron haber contado con la colaboración de psicólogos forenses.

(64) "S.N. vs. Suecia", cit., § 50.

(65) *Ibidem*, §§ 52/53.

(66) En la sent. posterior "S.N. vs. Suecia", cit., §§ 44 y 52, el TEDH sostuvo que ese derecho no era absoluto, y se contentó con la circunstancia de que el niño había sido oído por la policía en dos oportunidades, una vez en dependencias policiales especialmente acondicionadas y otra vez en el domicilio del niño.

(67) Así, expresamente, los jueces TÜRMEEN y MARUSTE, en su voto disidente en el caso "S.N. vs. Suecia", cit., donde expresaron: "Teniendo en cuenta todas estas circunstancias y requerimientos especiales, todo paso posible para sostener los intereses de diligencia y de un juicio equitativo. Esto significa que debería usarse algún otro procedimiento compensatorio u obtenerse evidencia adicional; de lo contrario, el peticionario debía ser absuelto".

(68) En esto se diferencia el caso anotado del caso "A.M. v. Italia", cit., porque en este último ni el imputado ni su defensa habían tenido oportunidad en etapa alguna de los procedimientos, de interrogar o hacer interrogar a los testigos. Compárese el informe de la Comisión EDH, en "M.K. vs. Austria", cit., § 1, b, aa, donde se desestimó la existencia de violación al art. 6.3.d, CEDH, por cuanto, además de la declaración de un experto psiquiatra que había entrevistado al menor víctima del alegado abuso, y había reproducido en el juicio su relato, en presencia del imputado y la defensa, la sentencia se había fundado en otros elementos de prueba decisivos, entre ellos otro testigo presencial de cargo, presente en el juicio, sometido también a interrogación por el imputado y la defensa.

(69) Así claramente en el caso "Asch vs. Austria", cit., con observación crítica de SANCINETTI, op. cit., p. 864.

(70) Véase tal problema en el caso "Iscrò vs. Italia" ya citado, §§ 35 y sigtes.; y las dudas de SANCINETTI, op. cit., ps. 866, 867.

(71) Un ejemplo claro de las inseguridades a que lleva este estándar tan abierto puede verse en el caso "Raniolo vs. Italia", cit.; en el que la 1ª. Sección del TEDH declaró parcialmente inadmisibles las peticiones del requirente, que se había agraviado de lesión a los arts. 6.1 y 6.3.d, CEDH, porque en los tribunales domésticos se había permitido la lectura de las actas de declaración de un testigo de identidad protegida Y, que ya no se encontraba presumiblemente en territorio italiano cuando se realizó el juicio, y que no habían sido posible a la defensa interrogarlo en ninguna etapa del procedimiento. El TEDH declaró lacónicamente que las declaraciones leídas no constituían el "único" elemento de prueba sobre el que los jueces sobre el fondo habían basado la condena del requirente, a la que también se habían valorado los rastros de plomo en las vestimentas de los acusados, los testimonios de los carabinieri que habían recibido las primeras declaraciones de Y., y las verificaciones sobre la existencia de contactos telefónicos estrechos entre el requirente y la víctima el día de su muerte. Renunció sin embargo el TEDH a examinar si la prueba leída era "decisiva" o "determinante", según lo habría exigido su propio estándar, máxime cuando los policías habrían declarado en parte sobre el relato de Y, y éste era el único que

había dado las señas y el nombre de pila de las dos personas que habrían tomado parte en el homicidio, entre ellos, el del imputado. Otro ejemplo más claro aún es el del caso "Verdam vs. Países Bajos", cit., § 2, donde el TEDH no halló violación al art. 6.3.d, CEDH, y se contentó con el hecho de que las declaraciones leídas de las víctimas habrían conducido hacia "pistas" o indicios (leads), tales que habrían corroborado los relatos de las testigos ausentes en el juicio, y le reprochó al imputado que no hubiese pedido el interrogatorio en la audiencia de los oficiales de policía que las habían interrogado. Es decir, se contentó afirmando que la condena se había fundado "no sólo" en esas declaraciones, y se excusó resolver si esas declaraciones eran o no "decisivas", máxime cuando ese era el punto alegado por el requirente. Nótese además que los indicios (tatuajes, automóvil usado, nombre por el que se hacía llamar, características del cabello), prolijamente detallados por la sentencia, eran los que corroboraban los dichos leídos, y no la le inversa. Esto merecía una afinación del estándar "prueba decisiva". Finalmente, llama la atención que se puso a cargo del imputado el no haber pedido que se llamara a los policías que a lo sumo habrían sido simples "testigos de oídas" o de "referencia", pues no se advierte por qué tal pretensión habría sido útil para controlar las declaraciones prestadas por dos testigos (¡¡de dos hechos distintos!!) que en ninguna etapa del procedimiento habían podido ser interrogadas por el imputado o su defensa. Otro caso donde el estándar lleva a inseguridades lo constituye "Ferrantelli y Santangelo vs. Italia", cit., § 52, en el que el TEDH se contentó con que el tribunal que pronunció la condena había hecho un examen "muy elaborado" del testimonio de cargo, y lo había considerado corroborado con otros indicios; aquí no prestó atención sobre si el testimonio de cargo del ex imputado -que había aparecido suicidado- era o no una prueba decisiva en el sentido de su propia jurisprudencia.

(72) Voto en disidencia de los jueces WALSH, MCDONALD y PALMA, en el caso "Artner vs. Austria", cit., p. 13.

(73) Véase sobre este peligro el voto disidente de los comisionados DANELIUS, LUCAIDES y MUCHA, Comisión EDH, "Finkensieper vs. Países Bajos", cit. En el marco de la jurisprudencia doméstica: nótese el caso de la CNCasación Penal, sala I, "Reyna, Jorge F", 2002/03/21, en La Ley Suplemento de Jurisprudencia Penal, 2002/08/30, ps. 43 y sigtes. donde se sostiene que las declaraciones de las dos víctimas leídas en el juicio, eran la "única prueba dirimente", respecto de la cual la defensa no había tenido oportunidad útil de interrogarlas. Compárese, en sentido contrario a esa decisión la sent. de la sala II, CNCasación Penal, "in re": "Barrera, A.", de 1998/12/15, donde se trataba de una sentencia basada entre otros elementos, en el acta de declaración del niño recibida en la instrucción, en el que la Cámara halló que no había habido violación a la defensa con el argumento abstracto de que la fundamentación de la sentencia abarcaba además otras pruebas independientes que resultaban suficientes para avalar la decisión de condena, sin indicar siquiera sumariamente cuáles eran esos elementos de prueba y por qué serían independientes y suficientes para fundar la condena.

(74) No puedo ocuparme aquí in extenso de la pregunta sobre si ello acarrea la nulidad del debate y de la sentencia, o simplemente abre la jurisdicción para que el tribunal ad quem dicte la sentencia final, confirmatoria o revocatoria. Véase, por ejemplo, en el primer sentido, la sala de la CNCasación Penal en los casos "Abasto" y "Reyna", ya citados. Sin embargo, ello solo sería consecuente con una posición en la que siempre se considerara contraria al debido proceso tales incorporaciones. Si de adverso se sigue la línea análoga

del TEDH y se examina si las pruebas incorporadas por lectura eran o no decisivas en relación al resto de los elementos de prueba, el remedio de la nulidad lleva a inconsecuencias. Obsérvese que en ese caso se examinan las pruebas y se llega a la conclusión de que alguna no debió ser admitida porque era decisiva, y al mismo tiempo se renuncia a dictar una decisión final con el argumento de que debe haber un nuevo debate sobre los hechos para examinar el mérito de las pruebas subsistentes!! Véase tb. el enfoque parcialmente concordante de SANCINETTI, op. cit., p. 886.