

ARTÍCULOS

INTERROGAR A LOS TESTIGOS DE CARGO: FUNDAMENTOS Y ALCANCES
DEL DERECHO SEGÚN EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

¿UNA GUÍA PARA REPENSAR Y ESCLARECER LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA?*

Pablo ROVATTI**

Resumen: El derecho de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo es ampliamente reconocido como parte integrante del debido proceso. Sus fundamentos y sus alcances frente a casos problemáticos son, sin embargo, intensamente discutidos desde hace algunas décadas, tanto en el ámbito de los tribunales internacionales de derechos humanos, como en el de altas cortes de justicia nacionales. En este trabajo se procura repensar y esclarecer algunos aspectos oscuros de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina en esta materia, a la luz de las transformaciones que ha experimentado el influyente test elaborado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para determinar cuando se ha infringido aquel derecho. En este contexto, se aborda en particular la pregunta por los fundamentos del derecho a la confrontación y su posible incidencia a la hora de dar respuesta a los interrogantes específicos acerca de las restricciones admisibles en supuestos problemáticos, como el de testigos no disponibles.

* Este trabajo se apoya en ciertas ideas previamente desarrolladas en dos trabajos previos (ROVATTI, “Testigos no disponibles y confrontación: fundamentos epistémicos y no epistémicos”, en *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, n.º 1, 2020; IDEM, “Interrogar a los testigos de cargo: fundamentos y alcances del derecho”, en ROVATTI, P. (coord.), *Manual sobre derechos humanos y prueba en el proceso penal*, Ciudad de México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021), aunque con algunas modificaciones y, particularmente, la introducción de las referencias críticas a la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina. Agradezco especialmente las lecturas y comentarios de Diana Veleza y Pablo Larsen.

** Abogado y Especialista en derecho penal por la Universidad de Buenos Aires. Magister en razonamiento probatorio por la Universidad de Girona. Profesor adjunto int. de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y codirector de *Pensar la prueba*.

Palabras clave: derecho de interrogar a los testigos de cargo – debido proceso – regla del testimonio único o decisivo – fundamentos epistémicos y no epistémicos

Title: Questioning Witnesses: Basis and Ccope of the Right According to the European Court of Human Rights.

Abstract: The right to examine or have examined witnesses for the prosecution is widely recognized as an integral part of due process. However, its foundations and scope in problematic cases have been the subject of intense debate for several decades, both in international human rights tribunals and in national courts. This paper seeks to reconsider and clarify some obscure aspects of the Argentine Supreme Court's case law in this area, in light of the changes that have occurred in the influential test developed by the European Court of Human Rights to determine when this right has been violated. In this context, the question of the foundations of the right to confront witnesses and its possible occurrence in answering specific questions about the permissible limitations in problematic cases, such as that of unavailability of witnesses, is addressed.

Keywords: right to cross-examine witnesses - due process - single or decisive testimony rule - epistemic and non-epistemic grounds

Sumario: I. Introducción; II. El derecho de interrogar a los testigos de cargo en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina; III. El influyente test del Tribunal Europeo: aspectos problemáticos, críticas y transformaciones; IV. ¿Una cuestión de principios?; V. A modo de conclusión: *Benítez y Gallo López* a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo; VI. Bibliografía

I. Introducción

Tanto los instrumentos internacionales de derechos humanos como las constituciones políticas de diversos países reconocen, con fórmulas ligeramente distintas, el derecho de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo. Así está reconocido, por ejemplo, en los artículos 6.3.d del Convenio Europeo de Derechos Humanos, 14.3.e del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.2.f de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. También llamado derecho

de confrontación, según la redacción de la Sexta Enmienda de la Constitución norteamericana,¹ se lo reconoce como un aspecto central del debido proceso y forma parte de los derechos procesales de intervención de la persona acusada, que incluyen facultades de control de la prueba durante su práctica y con posterioridad. Este derecho se complementa, en el terreno probatorio, con otras manifestaciones del derecho de defensa, como la de exponer una versión propia de los hechos, proponer pruebas de refutación, aportar las propias pruebas y obtener una decisión motivada sobre los hechos probados.

A la confrontación se le atribuye una larga tradición² y cuando se habla de este derecho en general las discusiones vienen acompañadas de una poderosa retórica. En efecto, no es exagerado decir que la *cross-examination* —esa técnica específica de formular preguntas al testigo del “adversario”— despierta cierta fascinación, probablemente alimentada por escenas memorables de grandes filmes norteamericanos.³ Las reformas procesales penales de las últimas décadas en la región, que *grosso modo* procuran instalar o acentuar los rasgos “adversariales” del modelo de investigación y enjuiciamiento, también tienden a ensalzar las virtudes de la confrontación, al punto de que, en ocasiones, se niega directamente el carácter de verdadera “prueba” a los testimonios que

¹ En este trabajo utilizaré indistintamente las expresiones derecho de “confrontación”, derecho a “examinar” a los testigos “de cargo”, de “interrogarlos” o de “contrainterrogarlos”. Para algunos comentarios acerca de las distintas formulaciones del derecho y sus implicancias, pueden consultarse TRECHSEL, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 291-292, 311; JACKSON / SUMMERS, *The internationalisation of Criminal Evidence. Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*, New York, Cambridge University Press, 2012, pp. 325-335; ROVATTI, “Testigos no disponibles y confrontación: fundamentos epistémicos y no epistémicos”, en *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, n.º 1, 2020, pp. 35-37.

² Suele citarse como antecedente remoto el diálogo entre Festo y el rey Agripa sobre el trato debido al prisionero Pablo. Los sumos sacerdotes y ancianos judíos presentaban contra Pablo graves e insistentes acusaciones, y le pedían a Festo que lo hiciera trasladar de Cesarea a Jerusalén, mientras preparaban una celada para matarlo en el camino. Más tarde, Festo expone al rey el caso y recuerda: “A éstos respondí que no es costumbre de los romanos entregar un hombre a la muerte antes de que tenga delante de sí a sus acusadores, y pueda defenderse de la acusación presentada en su contra” (Hechos de los Apóstoles, 25:16).

³ Para un abordaje epistemológico del contraexamen de testigos tal y como —se sostiene— debería ser realizado en el contexto de un sistema adversarial, véase RIMOLDI / ROVATTI, “Extraer la verdad del testigo adversario: ¿es el contraexamen un mecanismo epistémicamente justo?”, en ROVATTI, P. (coord.), *La defensa penal: cuestiones fundamentales*, Ciudad de México, Centro de Estudios Constitucionales, 2024 [en prensa]. En ese trabajo dejamos a la vista algunas inquietudes que sugieren cautela en la implementación de ciertos aspectos de las prácticas propias del modelo adversarial y, a la vez, abren nuevas posibilidades para pensar modelos virtuosos de intercambios testimoniales en el contexto legal.

no hubieran pasado por el tamiz del contrainterrogatorio en la etapa de debate y se les atribuye algún otro nombre.⁴

Sin embargo, como se ha hecho notar con agudeza, este derecho presenta una serie de rasgos algo peculiares, de modo que no resulta sencillo determinar sus alcances.⁵ En primer lugar, no siempre es claro qué se quiere decir exactamente cuando se afirma que al acusado debe asegurarse una oportunidad de “confrontar” a los testigos (para poner tan sólo un ejemplo: ¿el derecho incluye también la facultad del acusado de exigir la confrontación visual de los testigos?). En segundo término, es frecuente que se reconozca que este derecho está sujeto a excepciones y limitaciones en su concreta operatividad en los procesos criminales. Por último, la jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos y altas cortes de justicia nacionales no suele hacer explícito el fundamento o razón de ser de la “confrontación”, ni hay consenso teórico a este respecto, lo cual influye evidentemente en la determinación de los alcances del derecho.

En este trabajo se busca explorar algunas de estas cuestiones, poniendo el foco en un problema recurrente, el de los testigos no disponibles, que ha suscitado debates en las últimas décadas, tanto en el ámbito de los tribunales internacionales de derechos humanos como en el de altas cortes de justicia a uno y otro lado del Atlántico.⁶

A ese fin, presentaré primero una reseña mayormente descriptiva de los dos precedentes más significativos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de nuestro país (CSJN), en los que se examina precisamente aquel problema (apartado II).

Tras ello, y considerando la influencia que en esta materia ha ejercido la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), expondré y examinaré críticamente los aspectos más discutidos de la interpretación que ese tribunal ha hecho del derecho del acusado de interrogar a los testigos de cargo. Ello dará oportunidad para considerar la enriquecedora disputa que tuvo

⁴ Véase, por ejemplo, la distinción entre verdaderas “pruebas” (que serían exclusivamente las practicadas bajo los principios de inmediación y del contradictorio) y simples “datos de prueba” (las recabadas en la etapa de investigación) en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (art. 20.A.III) y, correspondientemente, en el Código Nacional de Procedimientos Penales mexicanos (especialmente, art. 261), que examino críticamente en ROVATTI, “Interrogar a los testigos de cargo: fundamentos y alcances del derecho”, en ÍDEM (coord.), *Manual sobre derechos humanos y prueba en el proceso penal*, Ciudad de México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021, p. 178.

⁵ DENNIS, “The Right to Confront Witnesses: Meanings, Myths and Human Rights”, en *Criminal Law Review*, n.º 4, 2010, pp. 255-274.

⁶ Véanse las referencias que a este respecto incluyo en ROVATTI, *supra* nota 1, pp. 33-35, *passim*.

lugar entre la Suprema Corte del Reino Unido y el Tribunal de Estrasburgo, a propósito de la llamada *sole or decisive rule*, y el saldo que ella ha dejado (apartado III).

Luego, abordaré brevemente la pregunta por los principios o fundamentos que subyacen al derecho de interrogar a los testigos de cargo, cuya importancia se hizo evidente en ese diálogo entre altas cortes. En particular, si más allá de su fundamento instrumental-epistémico cabe concebir a la confrontación como algo intrínsecamente valioso, apoyándose en fundamentos distintos y, en caso afirmativo, cómo esto incidiría en las respuestas a los interrogantes específicos acerca de las restricciones admisibles en supuestos problemáticos como el de testigos no disponibles (apartado IV).

Por último, emplearé las mencionadas discusiones como marco para intentar desentrañar qué fundamento subyace a los criterios que nuestra Corte Suprema ha adoptado y examinar sus precedentes a la luz de la jurisprudencia más reciente del TEDH. Argumentaré que esta puede ser una guía útil a la hora de esclarecer algunos aspectos todavía oscuros y, con ello, contribuir a una mayor elaboración y consistencia en la determinación de los alcances del derecho y el abordaje de los casos problemáticos (apartado V).

II. El derecho de interrogar a los testigos de cargo en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina

En lo que respecta al derecho de confrontación y, en particular, al problema que plantea el caso en que uno o más testigos no se encuentran disponibles para el juicio, la Corte Suprema de nuestro país se pronunció en dos precedentes importantes: *Benítez* (2006) y *Gallo López* (2011), publicados respectivamente en Fallos: 329:5556 y 334:725.

1. El caso *Benítez*

Benítez es el primer precedente en el cual la Corte tomó una posición sobre los alcances del derecho. En ese caso, Benítez había sido condenado como autor del delito de lesiones graves, agravado por haber sido cometido con un arma de fuego. Según la acusación del fiscal que la sentencia de la Corte reproduce, Benítez fue llevado a juicio por haber amenazado de muerte con un arma de fuego, junto con Pérez, a Bejarano, en la puerta del domicilio de este último. Luego de que Benítez intentara dispararle sin éxito, ambos comenzaron a forcejear, y en ese contexto se produjo un disparo que causó al damnificado lesiones graves. En apoyo de la acusación, el fiscal había indicado que “la evidencia de la responsabilidad de Benítez en el hecho que se le imputa se

basa principalmente en los dichos del damnificado Bejarano, de los testigos Gregorio, Herminio y Osvaldo Paredes, de Espínola y del personal policial interviniente; los informes médicos y de la División Balística”.

En su declaración ante el tribunal, sin embargo, Benítez sostuvo una versión contraria a la de la acusación: afirmó que había sido Bejarano quien le había apuntado con un arma de fuego, y que por esa razón se produjo el forcejeo que derivó en el disparo. En el curso del debate se dejó constancia de que no fue posible lograr la comparecencia de varios de los testigos citados, entre ellos Bejarano, Gregorio, Osvaldo y Herminio Paredes, ni del coimputado Pérez. A pesar de la oposición de la defensa de Benítez, el tribunal decidió incorporar por lectura —de acuerdo con el art. 391, inc. 3º, del Código Procesal Penal de la Nación— las declaraciones de estos recabadas durante la etapa de instrucción, “mientras dicho imputado aún no había sido habido”.

En la sentencia, el tribunal consideró que la incomparecencia al debate de Gregorio Paredes —testigo directo del hecho— y del damnificado, Bejarano, “impedían tener por acreditado el dolo de homicidio, pero que sí existían elementos de convicción suficientes con relación a las graves lesiones producidas por Benítez a Bejarano con un arma de fuego”. La versión de Benítez fue descartada sobre la base de “las contestes versiones en contrario de Bejarano y Gregorio Paredes” así como “la intervención que le achaca [el coimputado] Pérez”. El tribunal señaló, asimismo, que “la hipótesis de amenaza con un arma de fuego por parte de Bejarano y la negativa de Benítez [...] no encuentran sustento sino cabal oposición en los contestes testimonios de Bejarano y Gregorio Paredes, ni siquiera fueron avaladas por el coprocesado Pérez, y resultan manifiestamente incompatibles con el testimonio de Espínola”.⁷

En contraste, al examinar el recurso extraordinario presentado contra la confirmación de esa condena, la Corte consideró que “resultaba más que razonable que la defensa reclamara la posibilidad de interrogar ante los jueces del debate, al menos, a Bejarano, Gregorio Paredes y Pérez, toda vez que tales testimonios constituían *la base principal de la acusación*”. En apoyo de esta conclusión, señaló que “la sentencia de condena parte de la base de que los nombrados, además de Benítez, fueron los únicos que estuvieron efectivamente presentes durante el incidente” y que “de

⁷ La reseña de los antecedentes del caso y las citas textuales están tomadas de los considerandos 1º y 6º a 9º del fallo de la Corte Suprema.

los fundamentos expresados en [esa] decisión se deriva claramente que fueron los dichos de los mencionados los que dieron verdadero sustento al rechazo de los descargos ensayados por el imputado”.⁸

La Corte, a su vez, contestó dos argumentos que había empleado la sentencia de casación para confirmar la condena. Por un lado, consideró “inaceptable la afirmación del *a quo* relativa a que ‘la defensa no ha demostrado que, excluida las declaraciones testimoniales cuya incorporación por lectura ha sido puesta en crisis, la restante prueba colectada impida alcanzar certidumbre acerca de la forma en que sucedieron los hechos y respecto de la participación penalmente responsable de Benítez’”. En apoyo de esa conclusión, la Corte usó dos argumentos. Primero, que una exigencia como la reclamada por la casación a la defensa carecía de “de todo sustento” cuando, como en el caso, “*prácticamente toda la prueba de cargo de alguna significación fue incorporada por lectura*”. Y, segundo, que “no es posible partir del presupuesto [...] de que del interrogatorio de los testigos llevado adelante por la defensa durante el debate no podría surgir elemento alguno que corroborara la versión del imputado, y que dicho interrogatorio resulta *ex ante* inidóneo para lograr, al menos, echar alguna sombra de duda sobre un cuadro probatorio ‘suficiente’”.⁹

Complementariamente, la Corte contestó el argumento de la casación acerca de que el tribunal había aplicado una norma procesal clara que admitía la incorporación por lectura de las declaraciones previas en circunstancias excepcionales. En esta línea, consideró que el hecho de que el tribunal hubiera realizado todos los esfuerzos posibles para hallar a los testigos y para satisfacer la pretensión de la defensa de interrogarlos, “carece de toda relevancia, pues lo que se encuentra en discusión es otra cosa: *si la base probatoria obtenida sin control de la defensa es legítima como tal*”. En apoyo de esa posición, la Corte Suprema citó el precedente *Unterpertinger c. Austria* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos,¹⁰ en el sentido de que “lo decisivo no es la legitimidad del procedimiento de incorporación por lectura, el cual, bajo ciertas condiciones, bien puede resultar admisible, sino que lo que se debe garantizar es que al utilizar tales declaraciones como prueba se respete el derecho de

⁸ Considerando 10, *itálicas añadidas*.

⁹ Considerando 12, *itálicas añadidas*.

¹⁰ TEDH, Serie A, N.º 110, sentencia del 24 de noviembre de 1986, esp. §31.

defensa del acusado”.¹¹ Asimismo, se añadió —con cita del caso *Castillo Petruzzi c. Perú*¹²— que la Corte Interamericana, siguiendo al Tribunal Europeo, “consideró relevante la circunstancia de que la defensa no hubiera podido concontrinterrogar a los testigos *ni durante la instrucción ni con posterioridad*”.¹³

En fin, la Corte entendió que el tribunal había fundado la condena “en *prueba de cargo decisiva* que la defensa no tuvo oportunidad adecuada de controlar, en desmedro del derecho consagrado por los arts. 8.2.f de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.3.e del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”¹⁴ y, en consecuencia, hizo lugar al recurso extraordinario y dejó sin efecto la sentencia recurrida.

2. El caso *Gallo López*

Gallo López fue decidido por la Corte cinco años después. Según se indica en la sentencia, en ese caso se le habían atribuido al acusado tanto la promoción de la corrupción como los abusos sexuales con acceso carnal cometidos con violencia física y amenazas en perjuicio de su hija, con quien convivía desde el año 2000, cuando la víctima tenía doce años de edad. El tribunal de juicio resolvió condenarlo como autor del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por haber sido cometido por un ascendiente —al menos en dos oportunidades— en concurso ideal con el delito de corrupción de una menor de dieciocho años de edad, agravado por la misma circunstancia.

La defensa recurrió en casación esa condena con el argumento de que se la había privado de la posibilidad de controvertir los dichos de la joven y su tía, denunciante en la causa. Esto había ocurrido, “en el primero de los casos, como consecuencia de haber sido desaconsejada por las expertas su comparecencia en juicio a la luz del intento de suicidio y de los episodios psicóticos padecidos por la joven y en el segundo caso, por la imposibilidad de dar con el paradero de la denunciante”. En la instancia de casación, la sala interviniente recogió ese motivo de agravio, “anuló

¹¹ Considerando 13, itálicas añadidas. Como la sentencia de condena se había apoyado también en la declaración de Pérez (coimputado), la Corte acudió a la jurisprudencia del TEDH y de la Comisión Europea de Derechos Humanos para aclarar la noción de “testigo de cargo” en el contexto del art. 6.3.d del Convenio Europeo de Derechos Humanos y citó los precedentes *Säidi c. Francia* (TEDH, Serie A, N.º 261-C, sentencia del 20 de septiembre de 1993, §43) y *Barberá, Messegué y Jabardo c. España* (TEDH, Serie A, N.º 146, sentencia del 6 de diciembre de 1988), así como el caso *Bönisch c. Austria* (CEDH, Serie A, N.º 92, sentencia del 6 de mayo de 1985). De acuerdo con estos, “testigo de cargo” es cualquier persona que hubiera hecho declaraciones en las que se funde una acusación o sentencia condenatoria.

¹² Corte IDH, sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C No. 52, §154.

¹³ Considerando 15, itálicas añadidas.

¹⁴ Considerando 11, itálicas añadidas

la sentencia condenatoria y reenvió las actuaciones a un nuevo tribunal, para que se ocupara de que la víctima fuera preparada psicológicamente para prestar declaración en el debate y de la búsqueda intensiva de la denunciante, a fin de que se realizara un nuevo juicio”.

El caso llegó a la Corte a raíz del recurso extraordinario federal presentado por la fiscalía general, que planteó la arbitrariedad del fallo con el argumento, entre otros, de que “las declaraciones omitidas en el juicio de referencia no constituyen el único ‘hilo conductor’ de la investigación y la responsabilidad del imputado en los hechos denunciados. En efecto, debe reconocerse que la prueba señalada *era de suma importancia* para dilucidar lo ocurrido, *mas no fue la única en la cual se basó la sentencia* que culminó en la condena de Gallo López”.¹⁵

La Corte hizo lugar al recurso extraordinario y dejó sin efecto la sentencia de la casación, por considerarla arbitraria. Por un lado, consideró contradictorio el criterio de la cámara “respecto de la salud mental de la joven pues no obstante considerarla comprometida, sostuvo que la declaración de aquélla debía llevarse a cabo de todos modos, si no se viera por ello afectada, ‘aún más’ [...] o ‘sin alto riesgo’ [...], entendiendo por este último algo más que el riesgo de vida oportunamente denunciado por los peritos profesionales de la salud intervinientes”. Por el otro —y este fue el argumento central— sostuvo que la decisión recurrida había prescindido “de todo un *cúmulo probatorio independiente*”.¹⁶

Respecto de este último señalamiento, la Corte enumeró otras pruebas —distintas de las declaraciones de la joven y su tía— que “resultaron determinantes para la construcción de la sentencia condenatoria”: “a) el examen ginecológico [...] por el que se constató que la menor presentaba a nivel genital desgarros himeneales de características antiguas —que habían completado su período de cicatrización de alrededor de 7 a 10 días—, cuyo mecanismo determinante fue la penetración de un objeto romo, duro o semiduro; b) las conclusiones del peritaje efectuado sobre el colchón de la víctima —en el que se habrían producido las vejaciones— toda vez que ‘...se comprobó la presencia de sangre y semen humano’ compatible ‘...con la información genética obtenida de la muestra de sangre perteneciente al encausado, con una probabilidad del 99,999999990385%’ [...], c) la declaración en el debate de la [...] psicóloga del Cuerpo Médico Forense, quien señaló que la menor de edad —durante las entrevistas que realizó— siempre se mantuvo en su discurso sobre los abusos de los que había sido objeto por parte de su padre, que no existían dudas de las consecuencias traumáticas de lo que había sufrido y, por último, que la

¹⁵ La reseña de los antecedentes del caso y las citas textuales están tomadas de los considerandos 1° y 2° del fallo de la Corte.

¹⁶ Considerando 5°, itálicas añadidas.

damnificada se encontraba en un estado de extrema vulnerabilidad por las vivencias de intensa agresión padecidas, siendo factible que pudiera intentar suicidarse, lo que sumado al resultado de los peritajes médicos [...] permitirían corroborar la veracidad de la imputación”.¹⁷

En suma, la Corte sostuvo que estas “pruebas objetivas”, que no habían sido cuestionadas por la defensa, “debieron cuanto menos ser atendidas por el *a quo* en orden a *examinar si constituían un curso causal probatorio independiente*”.¹⁸

La jueza Highton de Nolasco acompañó la solución, aunque con fundamentos distintos, que vale la pena recordar brevemente.

Por un lado, explicó con mayor detalle que la incomparecencia de la víctima en las condiciones del caso estaba justificada —pues la decisión del tribunal se había apoyado “en un informe médico que demostró objetiva y concretamente, superando toda mención genérica, el alto riesgo que para su salud mental una decisión en contrario podía aparejar”— y, en ese contexto, subrayó el deber estatal de proteger la integridad física y psicológica de la víctima y de evitar la victimización secundaria, esto es, de “procurar que el daño sufrido no se vea incrementado como consecuencia del contacto con el sistema de justicia”.¹⁹

Por el otro, reconoció que esa necesidad de preservar la salud psicofísica de la damnificada había implicado una cierta restricción del derecho a interrogar del acusado. Sin embargo, aclaró también que “[n]o toda restricción del derecho a interrogar es incompatible con la noción de un juicio justo, en tanto y en cuanto [...] no se resigne definitivamente a mantener el equilibrio que debe mediar entre la acusación y la defensa”. Y, en las circunstancias concretas del caso, afirmó que ese límite al control de una prueba de cargo “fue compensado por otras pruebas en las que la sentencia se fundó para formular el juicio de culpabilidad al acusado, que la defensa pudo fiscalizar y que habían confirmado el relato de la menor”, lo que permitía descartar una “iniquidad inaceptable entre los derechos colisionantes”.²⁰

III. El influyente test del Tribunal Europeo: aspectos problemáticos, críticas y transformaciones

¹⁷ Considerando 6°.

¹⁸ Considerando 7°, itálicas añadidas.

¹⁹ Voto de la jueza Highton de Nolasco, considerandos 6° y 7°.

²⁰ Voto de la jueza Highton de Nolasco, considerandos 7°, 8° y 9°.

1. Consideraciones generales sobre la llamada *sole or decisive rule*

De acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, el derecho de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, reconocido en el artículo 6.3.d del Convenio Europeo, constituye un aspecto específico del derecho al debido proceso (*fair trial hearing*) previsto en el párrafo 1 de esa misma cláusula. Por ende, ese derecho específico debe ser tenido en consideración en todo análisis acerca de si el proceso judicial ha sido justo. En este sentido, el TEDH ha indicado reiteradamente que su preocupación principal bajo el artículo 6.1 es precisamente la de evaluar de modo global la justicia del procedimiento criminal. En esta tarea, el Tribunal de Estrasburgo mira al proceso judicial doméstico “como un todo”, considerando los derechos de la defensa, pero también el interés general y el de las víctimas a que los crímenes sean debidamente perseguidos y, en su caso, los derechos de los testigos.²¹

En este contexto, el artículo 6.3.d del CEDH consagra el principio según el cual, antes de que un acusado pueda ser condenado, todas las pruebas en su contra deben normalmente presentarse en una audiencia pública donde él pueda estar presente, y donde tendrá lugar el debate contradictorio entre las partes. Se señala que este principio admite excepciones, pero estas no deben infringir los derechos de la defensa que, por regla general, exigen que se le otorgue al imputado una oportunidad adecuada y útil para cuestionar e interrogar a un testigo de cargo, ya sea cuando ese testigo presta su primera declaración o en una etapa posterior del procedimiento.²²

De ese criterio general el TEDH extrajo tradicionalmente dos requerimientos específicos. En primer término, la incomparecencia de un testigo de cargo a esa audiencia pública debe estar justificada por una *buena razón*. Pero eso no basta: aunque concurra una razón atendible, los derechos de la defensa se verán restringidos en una medida incompatible con las exigencias del artículo 6 del Convenio cuando la condena se base *únicamente o en grado decisivo* en declaraciones prestadas por

²¹ TEDH, Gran Sala (GS), *Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido*, nos. 26766/05 y 22228/06, 15 de diciembre de 2011, §118; GS, *Taxquet c. Bélgica*, no. 926/05, 16 de noviembre de 2010, §84; GS, *Güfgen c. Alemania*, no. 22978/05, 1º de junio de 2010, §175.

²² TEDH, *Isgro c. Italia*, no. 11339/85, 19 de febrero de 1991, §34; *Saïdi c. Francia*, no. 14647/89, 20 de septiembre de 1993, §43; *Solakov c. “ex República Yugoslava de Macedonia”*, no. 47023/99, 31 de octubre de 2001, §57; GS, *Al-Khawaja*, §§118-119.

personas a quien el acusado no hubiera tenido oportunidad de interrogar o hacer interrogar, ya sea durante la etapa investigativa o en el juicio.

Esa es precisamente la llamada *sole or decisive rule*, en su versión original. Su germen se encuentra ya en *Unterpertinger c. Austria*, pero fue en *Doorson c. Países Bajos* donde el Tribunal sostuvo por primera vez que, incluso cuando hay una justificación razonable para la incomparecencia al juicio de un testigo, la condena basada única o decisivamente en la declaración previa de dicho testigo resulta contraria al debido proceso.²³

La jurisprudencia de Estrasburgo en esta materia ejerció, como era esperable, una marcada influencia en los países que son parte en el Convenio Europeo y daría lugar, lustros después de su creación, a enérgicas disputas con la Suprema Corte del Reino Unido. Ese intercambio de argumentos condujo a que el TEDH se hiciera eco de algunas de las críticas sobre el funcionamiento de la *sole or decisive rule*, a través de un pronunciamiento histórico de su Gran Sala en *Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido*.²⁴

La influencia de la regla, a su vez, se extendió más allá de los confines de Europa. Del otro lado del Atlántico, la jurisprudencia del TEDH ha sido tenida en consideración, en mayor o menor medida, por varias de las altas cortes de justicia de la región,²⁵ preocupadas por encontrar una interpretación razonable de los alcances del artículo 8.2.f de la CADH, cuya redacción es muy similar a su equivalente europea. A este uso “directo” de la jurisprudencia del Tribunal de

²³ TEDH, *Unterpertinger c. Austria*, no. 9120/80, 24 de noviembre de 1986, §33; *Doorson c. Países Bajos*, no. 20524/92, 26 de marzo de 1996, §76. Véase, asimismo, *Lucà c. Italia*, no. 33354/96, 27 de febrero de 2001, §§40-45; *Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido*, nos. 26766/05 y 22228/06, 20 de enero de 2009, §36-37. Para un análisis crítico y riguroso de la vasta jurisprudencia del TEDH hasta el primer *Al-Khawaja* (2009), consúltese [2009] UKSC 14, §§63-105 y Anexos 2 y 3 a la sentencia. Antes había emprendido esa misma tarea la División Penal de la Corte de Apelaciones británica: [2009] EWCA Crim 964, §§30-58. En doctrina pueden consultarse JACKSON / SUMMERS, *supra* nota 1, pp. 337 ss.; SPENCER, *Hearsay Evidence in Criminal Proceedings*, 2ª ed., Oxford, Hart Publishing, 2014, pp. 43, 56-57.

²⁴ Como veremos luego, el TEDH indicó que, más que como una “regla inflexible”, la *sole or decisive rule* debía ser comprendida como un “principio”; la flexibilización se produjo por obra de un tercer “paso” que se suma al test: la existencia de los llamados factores de contrapeso o contrabalanceo. El ciclo de reformas se completaría años más tarde, en *Schatschaschwili c. Alemania* (GS, no. 9154/10, 15 de diciembre de 2015). Allí la Corte intenta aclarar algunos aspectos todavía oscuros del test; en particular, la relación entre los componentes que lo integran.

²⁵ Además del caso argentino, véanse, a modo de ejemplo: §§11-14; Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-537/06, 12 de julio de 2006, §V.5.1., así como los múltiples precedentes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana, que examino en ROVATTI, *supra* nota 4, pp. 129-144.

Estrasburgo contribuyó el muy limitado tratamiento dado por la Corte IDH al derecho en cuestión, en general, y al problema específico que plantean los supuestos de testigos no disponibles, en particular.²⁶

La Corte Suprema argentina no ha sido la excepción a esta tendencia. Como se ha visto, en el caso *Benítez* (2006) se utilizaron explícitas referencias a la jurisprudencia del Tribunal Europeo como criterio interpretativo autorizado —por ejemplo, sobre los alcances de la expresión “testigos” en el contexto de los instrumentos de derechos humanos—, al tiempo que se emplearon expresiones tales como “prueba de cargo decisiva” que parecen remitir a la *sole or decisive rule*. En *Gallo López* (2011), aunque no hubo remisiones explícitas, el voto particular de la jueza Highton de Nolasco recuerda en buena medida al análisis que ha hecho el Tribunal de Estrasburgo, como veremos en el último apartado.

Por estas razones resulta útil ofrecer una síntesis de esa jurisprudencia, que permita conocerla con mayor detalle y, a la vez, examinar con espíritu crítico ciertos aspectos de la regla del testimonio único o decisivo, comprender las razones que han llevado al TEDH a modificarla sensiblemente a partir de *Al-Khawaja* y, en el último apartado de este trabajo, trazar algunas comparaciones con los precedentes de la Corte Suprema argentina.

2. ¿Qué razones son “buenas razones” para la incomparecencia de un testigo?

De acuerdo con lo antes señalado, la práctica de la prueba testifical debe ocurrir en el juicio y las autoridades estatales deben hacer todos los esfuerzos razonables para asegurar la comparecencia

²⁶ En referencia al artículo 8.2.f de la CADH, SALMÓN / BLANCO señalan que “[e]n la jurisprudencia de la Corte [IDH] encontramos escasos pronunciamientos en los que se ha aplicado esta disposición, en los cuales no se hace un desarrollo del alcance de esta” (*El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Lima, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012, pp. 289 ss.). Más tarde, la Corte IDH tendría oportunidad de pronunciarse sobre los problemas específicos que plantean los testigos de identidad reservada en el *Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile*, Sentencia de 29 de mayo de 2014, Serie C No. 279, §§231-261. El Tribunal de San José, en líneas generales, siguió la jurisprudencia de su par europeo. Lo señalado en el §247 de esa sentencia (*i.e.* que “[i]ncluso cuando se hayan adoptado medidas de contrapeso que parecen suficientes, la condena no puede estar fundada únicamente o en grado decisivo en declaraciones realizadas por testigos de identidad reservada”), sin embargo, invierte el sentido del test de tres pasos formulado por la Gran Sala del TEDH a partir de 2011 en *Al-Khawaja*, que desarrollaré en los próximos apartados. La ausencia de desarrollo argumental a este respecto impide saber si se trata de una cuestión que ha pasado inadvertida, o si —en cambio— la Corte IDH ha preferido distanciarse en ese aspecto del camino trazado desde Estrasburgo. Sólo ulteriores pronunciamientos podrán aclararlo.

de los testigos a la audiencia. Por lo tanto, cuando un testigo no se presenta, se torna obligada la tarea de evaluar si esa ausencia está justificada. En este contexto, la exigencia de que exista una “buena razón” que explique la incomparecencia del testigo y justifique la decisión de incorporar la declaración previa es una cuestión que debe examinarse “preliminarmente”.²⁷

Incluso en casos donde no se trataba de un testimonio único o decisivo, el TEDH consideró que se había infringido el artículo 6.3.d del Convenio debido a que los tribunales domésticos no aportaban razones atendibles para justificar la restricción al derecho que deriva de la incomparecencia del testigo.²⁸ Pero esto no ha sido así de manera invariable: en otras oportunidades, se consideró que la falta de una buena razón que justificase la ausencia no era concluyente para declarar una violación al debido proceso si era patente que el testimonio no incidía significativamente en el resultado del caso.²⁹

Estos vaivenes, sumados a la afirmación de la Gran Sala en *Al-Khawaja* acerca de que la pregunta por la existencia de una buena razón era una “preliminar”, que antecedia a toda consideración sobre la “decisividad” del testimonio, exigirían un segundo pronunciamiento de la Gran Sala, dictado algunos años después. En *Schatschaschwili c. Alemania* el TEDH aclararía el punto, con dos señalamientos. Por un lado, que la palabra “preliminar” debía ser entendida en un sentido cronológico y solamente quería decir que un tribunal de juicio debe primero decidir si existe una buena razón para la incomparecencia del testigo y, con ello, si la declaración previa debería ser admitida. Sólo una vez que la declaración fue incorporada, el tribunal doméstico estará en condiciones de evaluar, al final del juicio y teniendo en cuenta toda la prueba producida, cuán significativa es la información aportada por el testigo no disponible y, en particular, si se trata del

²⁷ TEDH, GS, *Al-Khawaja*, §120.

²⁸ Véanse, por ejemplo: *Lüdi c. Suiza*, no. 12433/86, 15 de junio de 1992; *Mild y Virtanen c. Finlandia*, nos. 39481/98 y 40227/98, 26 de julio de 2005; *Bonev c. Bulgaria*, no. 60018/00, 8 de junio de 2006; *Pello c. Estonia*, no. 11423/03, 12 de abril de 2007; *Rudnichenko c. Ucrania*, no. 2775/07, 11 de julio de 2013, §§105-110; y *Nikolitsas c. Grecia*, no. 63117/09, 3 de julio de 2014, §35. Esto dio lugar a entender el carácter “preliminar” de esa pregunta en el sentido de que, en ausencia de buenas razones, no resultaría ya necesario examinar los otros dos pasos del test elaborado por el TEDH y existiría siempre una infracción del derecho de confrontación.

²⁹ Así, por ejemplo: *Khodorkovskiy y Lebedev c. Rusia*, nos. 11082/06 y 13772/05, 25 de julio de 2013, §§709-716; *Cevat Soysal c. Turquía*, no. 17362/03, 23 de septiembre de 2014, §§76-79; y *Suldin c. Rusia*, no. 20077/04, 16 de octubre de 2014, §§56-59.

fundamento único o determinante de la condena.³⁰ Por el otro, el TEDH señaló algo especialmente importante: la falta de una buena razón para la ausencia de un testigo de cargo no es, por sí misma, concluyente para afirmar que ha existido una violación del artículo 6.3.d, en conexión con el artículo 6.1 del Convenio, aunque sí se trata de “un factor muy importante”, que debe considerarse junto con la “decisividad” del testimonio y con las medidas de contrapeso adoptadas, y que podría “inclinarse la balanza” para afirmar que se ha infringido el debido proceso.³¹

En lo que respecta a la pregunta que da título a este apartado, el catálogo de buenas razones que el TEDH ha admitido³² incluye al menos los casos de testigos que (i) han fallecido;³³ (ii) se encuentran física o mentalmente incapacitados, o padecen una enfermedad que les impide declarar;³⁴ (iii) no pueden ser localizados;³⁵ (iv) residen o se encuentran de viaje en el extranjero;³⁶ (v) invocan su derecho constitucional a permanecer en silencio;³⁷ (vi) invocan una previsión legal

³⁰ Aunque la aclaración del TEDH suena perfectamente bien si pensamos en sistemas donde existe un deber de dar razones de la decisión, el señalamiento no es fácilmente trasladable a sistemas de jurado clásico donde no existe un deber de motivar el fallo. En estos casos, el juez encargado de admitir o rechazar la evidencia ofrecida por la fiscalía debería examinar, antes de que la prueba se practique ante el jurado, si podría tratarse de una prueba única o decisiva. Véase *infra* nota 52.

³¹ GS, *Schatschaschwili*, §§113 y 117.

³² Tomo este catálogo de la sistematización que hace el juez Pintos de Albuquerque en su voto en disidencia en el caso *Murtazaliyeva c. Rusia*, GS, no. 36658/05, 18 de diciembre de 2018, §57.

³³ *Ferrantelli y Santangelo c. Italia*, no. 19874/92, 7 de agosto de 1996, §52; GS, *Al-Khawaja*, §121.

³⁴ *Bricmont c. Bélgica*, no. 10857/84, 7 de julio de 1989, §§78 y ss.; *Bobes c. Rumania*, no. 29752/05, 9 de julio de 2013, §39; *Vronchenko c. Estonia*, no. 59632/09, 18 de julio 2013, §58; y *Matytsina c. Rusia*, no. 58428/10, 27 de marzo de 2014, §163.

³⁵ *Artner c. Austria*, no. 13161/87, 28 de agosto de 1992, §§21-22.

³⁶ GS, *Schatschaschwili*, §§132-140.

³⁷ *Lucà*, §§32 y ss.; *Vidgen c. Países Bajos*, no. 29353/06, 10 de julio de 2012, §42.

que los exime de declarar debido a la relación de parentesco con el acusado;³⁸ (vii) se encuentran en riesgo o atemorizados;³⁹ (viii) resultan especialmente vulnerables.⁴⁰

Evidentemente, no todos estos casos son supuestos donde pueda afirmarse que el testigo no está disponible, en el sentido de que resulte objetivamente imposible asegurar su comparecencia. En algunos casos esto sí es evidente: cuando un testigo ha muerto, la única manera de que se pueda considerar la información que haya aportado es a través de la lectura o reproducción de su declaración previa. En buena medida, lo mismo puede decirse cuando una enfermedad o incapacidad psíquica o física impiden que la persona pueda comunicarse de algún modo, o afectan de tal modo la memoria que anulan toda posibilidad de evocar los acontecimientos relevantes.⁴¹

³⁸ *Unterpertinger*, §§30-31; *Asch c. Austria*, no. 12398/86, 26 de abril de 1991, §28.

³⁹ *Kostovski c. Países Bajos*, no. 11454/85, 20 de noviembre de 1989, §§42-44; *GS, Al-Khawaja*, §§120-125. En el caso de testigos atemorizados, el TEDH ha distinguido dos situaciones de las que se derivan consecuencias distintas: por un lado, el temor atribuible a amenazas u otras acciones del acusado o de aquellos que actúan en su favor y, por el otro, el temor de orden general a lo que podría ocurrir si el testigo declara en el juicio. En el primer caso, se dice, debe asumirse que el acusado ha desistido de (o renunciado a) su derecho de interrogar a ese testigo bajo el artículo 6.3.d del Convenio, ya que lo contrario implicaría permitirle obtener un beneficio del miedo que, con su propia conducta, ha generado en los testigos. En la medida en que se trata de supuesto de renuncia al derecho (o, más bien, de *pérdida* de este), no tiene incidencia aquí el carácter único o decisivo del testimonio previo que se incorpora. Sin embargo, lo más común, como señala el propio TEDH, es que el miedo del testigo no pueda atribuirse directamente a amenazas o intimidaciones realizadas por el acusado o personas que actúen por él. El temor a perder la vida, o a que se lastime a un ser querido, o bien a pérdidas económicas, son todas consideraciones relevantes que el tribunal de juicio debe examinar a la hora de decidir si autorizará la incomparecencia al juicio, como medida extrema, u otras medidas especiales de protección que pudieran resultar idóneas. En todo caso, no basta con la mera alegación de temor; se debe examinar, primero, si el temor está fundado en bases objetivas y, segundo, si esos fundamentos objetivos están respaldados por evidencia.

⁴⁰ *P.S. c. Alemania*, no. 33900/96, 20 de diciembre de 2001, §§22-29.

⁴¹ Puede presentarse también el caso en que, durante el juicio, un testigo que ha comparecido simplemente se niegue a declarar y esto obligue a las autoridades a leer o reproducir una declaración tomada en una etapa anterior del procedimiento. Las legislaciones procesales y sustantivas suelen prever facultades coercitivas que el tribunal podría ejercer ante el testigo reticente, o amenazas de sanción; en última instancia, de todos modos, si la persona permanece callada se presenta una situación análoga a las consideradas, que puede ser vista como una buena razón para la lectura de la declaración previa. Los casos de retractación plantean problemas especiales, pero —creo que con razón— el TEDH no ha visto aquí un problema de confrontación, pues en estos supuestos el testigo concurre a la audiencia y contesta las preguntas, aunque el tribunal dé lectura a la declaración previa y, en su caso, condene sobre la base de esta y otras evidencias. Sobre el punto, que no puedo desarrollar aquí, véanse SPENCER, *supra* nota 23, pp. 53-55; JACKSON / SUMMERS, *supra* nota 1, pp. 356-359. Sólo añado que no es correcto, como a veces se señala, que lo dicho por el testigo en el juicio merezca, por esa sola razón, mayor crédito que lo aseverado en etapas previas a la policía, el fiscal o el juez de instrucción. Hay numerosas razones (distintas de las de haber afirmado antes una mentira) por las cuales una persona puede retractarse; piénsese, en efecto, en cómo puede influir la dependencia afectiva o económica en las declaraciones de víctimas de violencia doméstica, o en el efecto sobre testigos de

Las anteriores son razones de hecho, pero puede haber atendibles razones de derecho que conduzcan a resultados equivalentes. Si un coimputado invoca en el juicio su derecho a permanecer en silencio, o si una víctima invoca en la audiencia su “privilegio” o la facultad —establecida en la legislación interna— de abstenerse de declarar en perjuicio de su familiar, no puede decirse estrictamente que estas personas estén ausentes, o no disponibles, pero la situación es análoga: ni la defensa puede interrogar a estas personas, ni la autoridad estatal está en condiciones de adoptar medidas encaminadas a asegurar ese derecho, o restringirlo en menor medida.

En contraste, otros supuestos se prestan menos a un análisis de todo o nada y pueden entenderse mejor si se examinan en grados. Este carácter gradual puede presentarse al menos de dos maneras.

La más obvia es la que concierne a testigos especialmente vulnerables o a testigos cuya vida, integridad u otros bienes están en riesgo, o que se encuentran atemorizados. En el primer caso, que involucra usualmente a niños, niñas y adolescentes, víctimas de ciertas clases de delitos como agresiones sexuales o trata de personas, las legislaciones domésticas suelen prever medidas y procedimientos especiales para la presentación del testimonio. Aunque el modo de ejercer el derecho y la oportunidad de hacerlo pueden variar sensiblemente si se los compara con el modo en que se practica normalmente la prueba en los procesos, debe recordarse que el derecho reconocido en el artículo 6.3.d del Convenio, tal como ha sido interpretado por el TEDH, no requiere de confrontación “cara a cara” ni exige que los interrogatorios se conduzcan de manera adversarial, mediante la técnica angloamericana de *direct & cross-examination*.⁴² Otras medidas especiales de protección sí traen aparejadas restricciones al derecho, como sucede a menudo en el caso de testigos en riesgo o atemorizados: en general, las legislaciones domésticas prevén una serie de medidas que los tribunales pueden adoptar antes de autorizar la incomparecencia, tales como la reserva de la identidad del testigo, el uso de distorsionadores de voz, etc. Aquí entrará necesariamente en consideración un examen de proporcionalidad.⁴³

Hay un segundo modo en que puede ser entendido el carácter gradual de algunos supuestos considerados como buenas razones para la incomparecencia de un testigo. En el caso del testigo que no puede ser localizado —o, de modo similar, en el caso de residencia o viaje al extranjero— el

coacciones o amenazas por parte de organizaciones criminales. Parece razonable, por tanto, el criterio del TEDH en casos como *Doorson*, §78; *Camilleri c. Malta*, no. 51760/99, 16 de marzo de 2000; y *Fafrowicz c. Polonia*, no. 43609/07, 17 de abril de 2012, §59.

⁴² Véanse, sobre estos aspectos, TRECHSEL, *supra* nota 1, pp. 309-312; JACKSON / SUMMERS, *supra* nota 1, pp. 334-335.

⁴³ Sobre esto último, véase DENNIS, “The Human Rights Act and the Law of Criminal Evidence: Ten Years On”, en *Sydney Law Review*, n.º 33, 2011, pp. 345-357.

TEDH requiere, con una fórmula que exige evaluación caso a caso, que se hubiesen hecho todos los esfuerzos razonables para dar con el testigo o para asegurar su concurrencia. En estos casos, siempre sería posible pensar en algún esfuerzo adicional que habría incrementado, en alguna medida, las chances de encontrar al testigo buscado. El TEDH, con buen tino, no exige que las autoridades agoten todas las diligencias teóricamente posibles para hallar a un testigo, con independencia de sus costos, de sus probabilidades de éxito o de la importancia de la declaración previa. Así, puede sostenerse como criterio de orden general que cuanto más decisiva parezca en principio la declaración —al momento de evaluar su admisibilidad— será razonable exigir mayores esfuerzos para ubicar al testigo, y viceversa. A su vez, la exigencia de mayores esfuerzos estará menos justificada cuanto más costosas sean esas medidas, o cuanto menos probabilidad de éxito tengan.

Por último, hay otro factor importante que, a mi criterio, debería ingresar en consideración en este primer paso, y que vale en principio para todas las “buenas razones” del catálogo, especialmente cuando la legislación doméstica prevé algún mecanismo procesal destinado a asegurar la práctica contradictoria de la prueba antes del comienzo del juicio, cuando resulte previsible la futura imposibilidad o dificultad del testigo para comparecer. En ocasiones esa oportunidad no se presenta, en otras sí: puede que el testigo haya fallecido de modo imprevisto en un accidente de tránsito, pero puede ocurrir también que se encuentre muy enfermo y se le pronostique una expectativa de apenas unos meses de vida; puede que, sin aviso a las autoridades, un testigo se hubiera mudado a otro país y no sea posible localizarlo, pero también puede suceder que el testigo anuncie que viajará, o que se trate de un extranjero cuyo posible retorno a su país de origen sea evidente.

Institutos como la llamada “prueba anticipada”⁴⁴ procuran prevenir, en lo posible, estas situaciones que, debido al inevitable paso del tiempo entre la investigación y el juicio, se presentan

⁴⁴ El Código Procesal Penal de la Nación (CPPN) prevé en su art. 200 un mecanismo de esta índole. Según esta disposición, “[l]os defensores de las partes tendrán derecho a asistir a [...] las declaraciones de los testigos que por su enfermedad u otro impedimento sea presumible que no podrán concurrir al debate”. En tales casos, el art. 201 exige, “bajo pena de nulidad, que sean notificados el ministerio fiscal, la parte querellante y los defensores; mas la diligencia se practicará en la oportunidad establecida, aunque no asistan”. No se vincula este mecanismo de “anticipo de prueba”, sin embargo, con los supuestos de excepción regulados en el art. 391, inc. 3°, del mismo Código (en el sentido de exigir que se hubiera acudido al anticipo de prueba cuando la futura incomparecencia fuera previsible). En general, los códigos procesales de las distintas provincias de Argentina prevén algún mecanismo de anticipo de prueba y un conjunto de supuestos excepcionales en los que se admite la incorporación de declaraciones recibidas en etapas previas. La relación entre estos dos extremos es lo que varía. En el Código Procesal Penal Federal el art. 262 prevé los supuestos de “anticipo jurisdiccional de prueba” y las pautas para su práctica, mientras que el art. 289 contempla como una de las “excepciones a la oralidad” la incorporación por su lectura o exhibición

con cierta frecuencia. Desde luego, el anticipo de prueba no es la cura para todos los males, ya que no es posible prever que un testigo morirá en un accidente de tránsito, o que desaparecerá sin dejar rastro.⁴⁵

Ahora bien, en sistemas que prevén mecanismos procesales para la práctica anticipada de la prueba,⁴⁶ puede que resulte necesario evaluar si las autoridades estatales fueron responsables, y en qué medida, de que se hubiera perdido la oportunidad de la defensa de interrogar al testigo de cargo en algún momento del procedimiento. Me parece que tampoco este interrogante debe ser visto como uno que pueda contestarse por “sí” o por “no”. Haciendo a un lado los casos de abuso deliberado, entre la crasa desaprensión o temeridad y una ligera imprudencia hay ciertamente matices. En todo caso, la pregunta acerca de cómo proceder en estos supuestos es probablemente una de las más espinosas.⁴⁷ Aquí sólo me interesa destacar que se trata de una cuestión que, si se sigue el test elaborado por el Tribunal Europeo, podría analizarse dentro de la pregunta por la existencia de “buenas razones”.

3. ¿Cuándo un testimonio es “decisivo”?

Como se ha visto, la Corte Suprema argentina ha empleado en algunos de los considerandos de *Benítez* (2006) referencias al carácter “decisivo” de la prueba de cargo que la defensa no había podido controlar, lo que —sumado a las citas de ciertos precedentes del TEDH— parece remitir en buena medida a la *sole or decisive rule* europea. Por ello, me parece pertinente dedicar este subapartado al examen de algunos de los aspectos menos claros de la célebre regla, y a otros que, si bien no parecen

audiovisual de “[l]as pruebas recibidas conforme a las reglas del anticipo jurisdiccional de prueba, siempre que no sea posible la presencia de quien participó o presenció el acto” (inc. “a”). No obstante, esa misma disposición admite también la incorporación de “[l]os registros de declaraciones anteriores de testigos o peritos que hubieren fallecido o caído en incapacidad física o mental, o estuvieren ausentes del país, o cuya residencia se ignore o que por cualquier motivo difícil de superar no pudieren declarar en el juicio, siempre que ellas hubieren sido recibidas notificando previamente a la defensa...” (inc. “c”).

⁴⁵ En el mismo sentido, SPENCER, *supra* nota 23, p. 74, indica que un mecanismo procesal de esas características no resuelve todos los problemas, pero ayuda a lidiar con el problema del testigo no disponible en ciertos supuestos, y cita el caso *Dragic* [1996] 2 Cr App R 232, en el cual el acusado había sido reconocido por un testigo inmediatamente después del delito, pero ese testigo contrajo cáncer luego de declarar ante la policía, y estaba demasiado enfermo como para testificar en el juicio seis meses después. Véase también, con cita de otros ejemplos, REDMAYNE, “Confronting Confrontation”, en *Law, Society and Economy Working Papers*, n.º 10, 2010, pp. 27-28.

⁴⁶ Es bueno tener en cuenta que no todas las legislaciones prevén esa posibilidad; para el caso de Inglaterra, por ejemplo, véase SPENCER, *supra* nota 23, pp. 71-74.

⁴⁷ Para algunos lineamientos a este respecto, véase *infra* nota 88.

difíciles de interpretar, se han prestado a confusión en el ejercicio de “traducción” entre órganos internacionales y tribunales domésticos. Asimismo, llamaré la atención sobre los problemas que condujeron a la “flexibilización” de la *sole or decisive rule* y, para ello, diré algo sobre el diálogo entre altas cortes que condujo a ese cambio de criterio.

Un primer aspecto de la regla digno de análisis es que, según esta, la existencia de una infracción del derecho de examinar a los testigos de cargo (artículos 6.1 y 6.3.d del CEDH) depende de la importancia —el carácter “decisivo” o “determinante”— que se le atribuya a la declaración previa. De esta manera, el test del testimonio único o decisivo contradice la idea, repetida insistentemente en la jurisprudencia del TEDH, de que la valoración de la prueba compete a las autoridades nacionales y, por ende, no está entre sus funciones el pronunciarse acerca de si las declaraciones de testigos u otras pruebas fueron adecuadamente empleadas como evidencia⁴⁸. Esa contradicción existe porque para determinar si la declaración previa incorporada por lectura fue decisiva en la condena el tribunal internacional no tiene otro método más que examinar todo el acervo probatorio del caso.⁴⁹ Y esto, podría argumentarse, vendría a alterar en cierta medida la naturaleza eminentemente *procedimental* de la garantía en favor de una mirada más *sustantiva*, al condicionar la violación del derecho a su incidencia en el resultado del proceso.

Se ha intentado justificar este carácter peculiar del test a partir de la relación estrecha de este derecho con la práctica probatoria. TRECHSEL se refiere a un carácter “relativo” de la garantía: el mero hecho de que al acusado no se le provea la oportunidad de interrogar a un testigo no puede por sí mismo llevar a la conclusión de que el proceso ha sido injusto —señala— incluso cuando el acusado hubiera sido condenado. Una regla absoluta de esa clase constituiría un obstáculo desproporcionado para la administración de justicia y abriría la puerta a los abusos. Hay ciertos derechos, como el de ser asistido por un abogado, cuya infracción afecta la justicia (*fairness*) del proceso con carácter general, independientemente de la cuestión sustantiva que hubiera estado bajo disputa, pero, en cambio, la oportunidad de examinar a los testigos adquiere relevancia a la luz de

⁴⁸ Así, por ejemplo, TEDH, *Visser c. Países Bajos*, no. 26668/95, 14 de febrero de 2002, §43 y sus citas.

⁴⁹ Véanse, en este sentido, JACKSON / SUMMERS, *supra* nota 1, p. 339. Es cierto, como indican estos autores, que en ciertos casos el TEDH puede guiarse por lo señalado en las decisiones de los tribunales domésticos, donde suelen incluirse referencias a la importancia de las declaraciones empleadas para fundar la condena; no obstante, como reconocen, para asegurar el efecto útil del test, es evidente que la última palabra debe tenerla el propio TEDH: aún si los tribunales internos negaran el carácter “decisivo” de una prueba, el Tribunal de Estrasburgo bien podría sostener lo contrario.

las específicas circunstancias de cada caso. Si existen numerosos elementos de prueba —sostiene— puede que la declaración no testeada sea de mínima relevancia; en contraste, si hay poca evidencia adicional, ese testimonio podría ser determinante de la condena. Esto lo lleva a sostener que no es posible aplicar el artículo 6.3.d del Convenio sin tomar decisiones que al menos traen implícita una valoración acerca de si el peticionario debería o no haber sido absuelto; este sería, en esencia, el problema que hace difícil la aplicación de la garantía.⁵⁰

Esta es una extendida manera de ver el asunto, pero no es la única, y tampoco me parece la más esclarecedora. TRECHSEL, siguiendo la jurisprudencia del TEDH, dice querer responder al interrogante acerca de si el proceso “como un todo” ha sido justo, pero esto no es necesariamente idéntico a preguntarse acerca de si ha existido una restricción indebida de unos de sus componentes; en otras palabras, una y otra cuestión no tienen por qué confundirse. Por hipótesis, podría aseverarse que ha habido una infracción específica —*e.g.* la autoridad no ha dado ninguna buena razón para incorporar la declaración previa— sin que ello implique afirmar necesariamente que la sentencia de condena es ilegítima, de la misma manera que uno puede equivocarse en alguno de los ingredientes de una receta sin que por ello el plato deba ir a parar a la basura. Habrá casos en los cuales el plato será igualmente sabroso, otros en los cuales será bastante aceptable, y otros donde será incomible, pero en todos estará claro que hubo un error en el procedimiento (no se ha seguido la receta). Lo que parece difícil de discutir, en todo caso, es que el test diseñado por el Tribunal de Estrasburgo refleja la tensión característica de la doctrina sobre *harmless error*, esa tensión que existe entre perseguir la aplicación estricta de las reglas de procedimiento y conservar aquellas sentencias en las cuales la infracción procedimental no hubiera impactado en la corrección de las determinaciones de hecho.⁵¹

En segundo lugar, se ha señalado que otro aspecto problemático de la *sole or decisive rule* es la dificultad de hacerla operativa en los procesos con jurados, debido a la imposibilidad de calcular

⁵⁰ TRECHSEL, *supra* nota 1, pp. 294 ss.

⁵¹ Véase, en este sentido, JACKSON / SUMMERS, *supra* nota 1, p. 341, quienes indican que esto sugiere que para el TEDH no existe una contraposición entre la justicia procedimental (como valor externo) y la búsqueda de la verdad, puesto que la primera promueve el objetivo de alcanzar decisiones correctas. Para algunos comentarios sobre la doctrina de *harmless error*, con referencias al modo en que se ha configurado en Estados Unidos, véase ROVATTI, “Reseña de *Condenas erróneas en los Estados Unidos. Análisis de la cuestión desde el ámbito recursivo del sistema de justicia penal*”, de E. Matías Díaz”, *En Letra: Derecho Penal*, n.º 10, 2020, pp. 253-265.

antes del juicio el peso que la declaración previa leída o exhibida al jurado tendrá en la decisión y al hecho de que el veredicto no expresa una motivación donde ello pueda examinarse después.⁵²

De modo más general, puede decirse que ha habido importantes confusiones a la hora de “traducir” el test con el fin de implementarlo de manera consistente en los procesos domésticos: vistas las cosas desde la perspectiva del procedimiento penal interno, ¿se trata de una *regla de inadmisión* de toda declaración previa no testeada que pudiera resultar “determinante” de la suerte del caso? ¿O la declaración puede ser admitida, si hay buenos motivos, y la *sole or decisive rule* se asemeja, más bien, a una *regla de prueba tasada negativa*?⁵³

Aunque muchas veces se ha examinado el asunto desde la perspectiva de la *admisibilidad* de la declaración previa que pretende incorporarse por lectura,⁵⁴ esta manera de ver las cosas no se ajusta a la jurisprudencia del TEDH. Este no ha sostenido que, para cumplir con el test, los tribunales de juicio de los Estados parte en el Convenio deban rechazar la admisión de toda declaración previa de un testigo no disponible que pudiera luego —al valorar la prueba— resultar “decisiva”.

Como se ha visto, el TEDH ha aclarado que la pregunta por la existencia de una buena razón para no convocar al testigo de cargo es una “preliminar”, en sentido estrictamente temporal: incide en la cuestión de la admisibilidad de la declaración previa. En cambio, la cuestión del peso de esa declaración no testeada por la defensa en el conjunto de las pruebas del caso no tiene por qué ser

⁵² Esta mayor dificultad que en principio plantea la aplicación de la *sole or decisive rule* en sistemas de jurado fue una de las razones que expuso la Suprema Corte del Reino Unido en el precedente *R. v. Horncastle* ([2009] UKSC 14, §§ 87 y ss.), del que diré algunas palabras luego. De todos modos, a la Gran Sala del TEDH no le convenció ese argumento: después de todo, la propia Sección 125 de la *Criminal Justice Act* (CJA) 2003, que exige al juez “paralizar” el proceso cuando la prueba *hearsay* ofrecida por la acusación pueda tornar “inseguro” el veredicto del jurado, presupone que los jueces pueden valorar la incidencia de un elemento de juicio en el caso como un todo. Véanse, sobre este punto, REDMAYNE, “Hearsay and Human Rights: *Al-Khawaja* in the Grand Chamber”, en *The Modern Law Review*, n.º 75 (5), 2012, pp. 870-871; SPENCER, *supra* nota 23, pp. 59-60.

⁵³ Esto es, una que afirma, de modo prestablecido, que cierto medio de prueba siempre será insuficiente para considerar probada una hipótesis, como en el caso de la vieja regla *testis unus testis nullus*, o de reglas legislativas que todavía encontramos en nuestras legislaciones (véase, por ejemplo, el artículo 15 de la ley 27.304, según el cual “[e]l órgano judicial no podrá dictar sentencia condenatoria fundada únicamente en las manifestaciones efectuadas por el imputado arrepentido...”).

⁵⁴ SANCINETTI, *Análisis crítico del caso “Cabezas”: el juicio*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002, pp. 869-70; GARCÍA, “El derecho a interrogar a los testigos de cargo en caso de abuso sexual sobre niños. Nota al caso ‘P.S. v. Alemania’”, en *Revista La Ley*, 2002-F, 2002; O’BRIAN, “Confrontation: the defiance of the English courts”, en *The International Journal of Evidence & Proof*, n.º 15, 2011, p. 114; TRECHSEL, *supra* nota 1, p. 293.

considerada, desde el punto de vista de un tribunal doméstico, a la hora de decidir sobre su admisibilidad. Por el contrario, es razonable que sea un asunto que las partes puedan discutir en sus alegatos y que el tribunal deba examinar cuidadosamente como parte del deber de motivar la decisión sobre la cuestión de hecho. Esto es perfectamente compatible con la regulación de los códigos de procedimiento de la tradición continental europea. En estos, las excepciones a los principios de inmediación y contradicción usualmente previstas están basadas exclusivamente en la existencia de alguna razón atendible, sin ninguna consideración a la “decisividad” del testimonio en la futura sentencia.⁵⁵

Lo que ocurre, en fin, es que el tribunal de juicio y el tribunal internacional de derechos humanos miran el proceso desde lugares muy distintos. El primero se enfrenta a un proceso en curso en el cual la prueba todavía deberá practicarse, con un resultado que es, al menos en buena medida, incierto. Como es difícil pronosticar cuán “decisiva” ha de ser, en el conjunto de las pruebas, esa declaración previa, lo más sensato es, en este primer momento, hacerse de toda la información relevante que esté disponible⁵⁶ y dejar para después las tareas de valorar la prueba practicada y de decidir si ésta es, o no, suficiente para una declaración de culpabilidad. En contraste,

⁵⁵ Sirvan como ejemplo: StPO §§250-251; LECrim española, arts. 448-449, 657, 730, 777, 781.1, 784.2 y 797; entre nosotros, art. 391, CPPN. Para referencias a la legislación y jurisprudencia alemana, francesa, española, neerlandesa, entre otras, pueden consultarse: MAFFEI, *The European Right to Confrontation in Criminal Proceedings: Absent, Anonymous and Vulnerable Witnesses*, Groningen, Europa Law Publishing, 2006; JACKSON / SUMMERS, *supra* nota 1, pp. 332-334; YOUNGS, *English, French and German Comparative Law*, 3ª ed., New York, Routledge, 2014, pp. 199-211; DELMAS-MARTY / SPENCER, *European Criminal Procedures*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 616-620; ROXIN, *Derecho procesal penal* (trad. Gabriela E. CÓRDOBA / Daniel R. PASTOR de la 25ª ed. alemana), Buenos Aires, Del Puerto, 2000, pp. 393-403; VOLK, *Curso fundamental de Derecho Procesal Penal* (trad. de Alberto NANZER / Noelia T. NÚÑEZ / Daniel R. PASTOR / Eugenio SARRABAYROUSE), Buenos Aires, Hammurabi, 2016, pp. 345-358; PRADEL, *Procédure pénale*, 17ª ed., Paris, Éditions Cujas, 2013, pp. 771-779; MUERZA ESPARZA, “Sobre los límites a la prueba preconstituida en el proceso penal”, en *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 39, 2016.

⁵⁶ Un criterio elemental de racionalidad indica que, en principio, todo elemento de juicio relevante debería ser admitido (sobre el llamado “principio general de inclusión de toda la prueba relevante”, véase, por todos, FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2007, pp. 41-45, 68-90). Excluir de antemano piezas de evidencia porque podrían ser “decisivas” para la reconstrucción de los hechos no parece razonable desde ese punto de vista. Podría tener sentido hacerlo si hubiese una evidencia *mejor*, pero se trata justamente de casos donde no es posible producir la declaración del testigo en el juicio y someterla a los controles procedimentales habituales. En cambio, sí es razonable, desde el punto de vista del tribunal, intentar “compensar” a la defensa esa falta de una oportunidad adecuada de examinar al testigo no disponible. Esto puede hacerse de variadas maneras; se trata de las llamadas “medidas de contrapeso” o “contrabalanceo”, sobre las que volveré más adelante.

un tribunal de derechos humanos está en una posición más parecida a la de un tribunal de apelación o casación: ambos intervienen *ex post facto* y observan un proceso que ha concluido.

En tercer lugar, hay un aspecto de la *sole or decisive rule* que ha generado considerables perplejidades y que aparece ya en su mismísima formulación. En efecto, ¿qué quiere decir, en este contexto, que una prueba sea “decisiva” o “determinante”? Responder a este interrogante no es una tarea sencilla. “Decisiva” podría ser toda información que, en caso de ser hipotéticamente suprimida, hiciera menos probable que se arribe a una sentencia de condena. Hay quienes han pretendido interpretar de ese modo laxo la “decisividad” de una prueba. TRECHSEL, por ejemplo, propone a los tribunales domésticos, como “método seguro” para evitar una violación del artículo 6.3.d del Convenio Europeo, no referirse en el fallo a la declaración que la defensa no ha podido controlar.⁵⁷

Este, sin embargo, no ha sido el modo en que el TEDH entendió el asunto, aunque ciertamente este aspecto de la regla ha sido históricamente de los más oscuros.⁵⁸ A la falta de claridad en esta materia parece haber contribuido el hecho de que, en ocasiones, la cuestión de la *importancia* de una prueba se confundiera con la de su *confiabilidad*. Como se ha dicho, en verdad no hay ninguna conexión necesaria entre una cosa y la otra, la relación es puramente contingente.⁵⁹ Así, una declaración no testeada puede ser crucial para sostener una acusación —en este sentido, “decisiva”— pero, sin embargo, puede haber al mismo tiempo pruebas concluyentes sobre su confiabilidad, o existir herramientas o mecanismos procesales distintos del interrogatorio que la defensa pueda emplear y que sirvan para estimar razonablemente bien su mayor o menor confiabilidad.

Ahora bien, si se entiende que la “decisividad” de la declaración depende sólo de su importancia, entonces la *sole or decisive rule* es pasible de otra crítica. En la medida en que la declaración previa

⁵⁷ TRECHSEL, *supra* nota 1, pp. 297 s.

⁵⁸ JACKSON / SUMMERS, *supra* nota 1, pp. 340-341, 365, critican precisamente esa falta de claridad del Tribunal de Estrasburgo. No obstante, examinando la jurisprudencia previa al pronunciamiento de la Gran Sala en *Al-Khawaja*, sugieren que una evidencia “decisiva”, en este contexto, sería aquella que no encuentra corroboración en elementos de juicio independientes de la primera. Los autores derivan esta exigencia de que se trate de elementos de soporte “independientes” de que, en casos donde existía una confesión, evidencia física de cargo o la declaración de otros testigos, el TEDH no consideró que la declaración previa incorporada fuera “decisiva”, mientras que la jurisprudencia fue mucho más vacilante en casos donde la declaración previa de la víctima aparecía respaldada por pruebas “indirectas”, tales como informes expertos sobre la credibilidad de su relato, testimonios de familiares y la opinión de profesionales de la salud que habían atendido.

⁵⁹ DENNIS, *supra* nota 5, p. 272.

resulte confiable, o que pueda evaluarse su confiabilidad por vías alternativas al contrainterrogatorio, la regla resultaría visiblemente sobreinclusiva, al menos si se admite que la razón de ser del derecho de examinar a los testigos de cargo es la de permitir a la defensa testear la confiabilidad de la prueba y, con ello, evitar errores en la decisión sobre los hechos (particularmente, evitar falsos positivos o falsos hallazgos inculpatorios).

Como se adelantó, estos aspectos problemáticos de la *sole or decisive rule* ocuparon un lugar destacado en la polémica que se suscitó entre el Tribunal de Estrasburgo y la Suprema Corte del Reino Unido. La disputa entre las altas cortes, sobre la que mucho se ha escrito,⁶⁰ tuvo como primer episodio el pronunciamiento de la Cuarta Sala del TEDH, que encontró al Reino Unido responsable de infringir los derechos de dos peticionarios, al considerar que las condenas de uno y otro se habían basado decisivamente en declaraciones previas de testigos que aquellos no habían podido examinar en ninguna etapa del procedimiento.⁶¹

Poco tiempo después, en un grupo de casos que involucraba el mismo problema, la División Penal de la Corte de Apelaciones y la Suprema Corte del Reino Unido tendrían oportunidad de elaborar una muy argumentada respuesta, en dos precedentes en los cuales se explica y defiende la regulación de la *hearsay rule* en la *Criminal Justice Act* (CJA) de 2003, se revisa exhaustivamente la jurisprudencia europea sobre el artículo 6.3.d del Convenio e incluso se le sugieren al TEDH mejoras en la manera de interpretarlo.⁶²

En *R. v. Horncastle* el argumento central era que la *sole or decisive rule*, tal como había sido aplicada en la jurisprudencia del TEDH, no era necesaria en ese país para garantizar los requerimientos del debido proceso (*fair trial*), ya que la razón de ser del derecho reconocido por el artículo 6.3.d del Convenio —y, en general, los riesgos asociados con la prueba *hearsay*— habían sido ampliamente considerados en el proceso de discusión que condujo a la sanción de la CJA 2003, donde se prevé un “elaborado código”⁶³ de medidas destinadas a asegurar que la admisión de una declaración previa, en casos de excepción, no conduzca a resultados injustos en perjuicio del acusado. La otra cara de la misma moneda era que cargarle a este esquema una prohibición inflexible como la que derivaba

⁶⁰ Véanse, por ejemplo, O'BRIAN, *supra* nota 54; REDMAYNE, *supra* nota 52; SPENCER, *supra* nota 23, pp. 44-45, 55-62; ALCÁ CER GUIRAO, “La devaluación del derecho a la contradicción en la jurisprudencia del TEDH”, en *InDret*, n.º 4, 2013; DE WILDE, “A fundamental review of the ECHR right to examine witnesses in criminal cases”, en *The International Journal of Evidence & Proof*, n.º 7 (2), 2013.

⁶¹ *Al-Khawaja y Tahery* (2009), §§36-37.

⁶² *R. v. Horncastle* [2009] EWCA Crim 964; [2009] UKSC 14.

⁶³ Así, Lord Phillips, [2009] UKSC 14, §36.

de la *sole or decisive rule* conduciría en ocasiones a la injustificada absolución de personas cuya culpabilidad podía probarse más allá de toda duda razonable. Tanto la Corte de Apelaciones como la Suprema Corte emplearon ejemplos para probar este punto. En palabras de este último tribunal:

[...] Habrá muchos casos en los que la declaración de un testigo que no puede ser llamado a declarar en juicio no será segura ni satisfactoria como base de una condena. Sin embargo, habrá algunos casos en los cuales sea posible demostrar la confiabilidad de la prueba en cuestión. La Corte de Apelaciones ha dado varios ejemplos. Solo daré uno, que es una variante de uno de los suyos. Una persona visita Londres y es testigo de un accidente de tráfico en el cual el conductor de un automóvil atropella a un ciclista, causándole la muerte, y huye del lugar. Este testigo memoriza el número de placa del automóvil y brinda una declaración a la policía en la que incluye no solo ese número, sino también la marca y el color del automóvil, así como el hecho de que el conductor era un hombre con barba. Luego, este testigo regresa a su propio país, donde muere también en un accidente de tráfico. La policía descubre que el automóvil registrado con el número que esa persona proporcionó es de la marca y el color informados, y que es propiedad de un hombre con barba. El propietario se niega a responder preguntas sobre su paradero en el momento del accidente. Parece difícil justificar una regla que excluya la condena del propietario del automóvil sobre la base de la declaración del testigo fallecido, pero ese es el efecto del test del testimonio único o decisivo.⁶⁴

Mientras tanto, el gobierno del Reino Unido había requerido la intervención de la Gran Sala del TEDH en los casos *Al-Khawaja y Tahery*, cuya decisión se haría esperar. En este último episodio del diálogo,⁶⁵ y con una rotunda mayoría, el TEDH concedió el punto central sobre el que habían insistido los tribunales británicos,⁶⁶ buscó clarificar el modo en que debía entenderse el carácter

⁶⁴ Lord Phillips, [2009] UKSC 14, §91.

⁶⁵ Luego del fallo de la Gran Sala del TEDH, la Corte de Apelaciones tuvo oportunidad de interpretar el saldo del diálogo entre el Tribunal de Estrasburgo y la Suprema Corte en *R v. Ibrahim* [2012] EWCA Crim 837, y en *R. v. Riat and others* [2012] EWCA Crim 1509. Véase SPENCER, *supra* nota 23, pp. 62-68, para una síntesis de estos casos.

⁶⁶ Sin embargo, rechazó otros argumentos. Véanse, para mayor detalle, SPENCER, *supra* nota 23, pp. 59 s.; REDMAYNE, *supra* nota 52.

“decisivo” de una prueba y estableció que, en lo sucesivo, la *sole or decisive rule* no debía ser interpretada como una regla inflexible, sino más bien como un principio.

Este pronunciamiento significó un cambio de gran importancia en la jurisprudencia del TEDH. SPENCER lo explica en términos claros: antes de este caso, una condena basada única o “decisivamente” en la declaración previa de un testigo no disponible conduciría siempre a una infracción del derecho previsto en el artículo 6.3.d del Convenio; después de este caso, esa misma condena *podría* infringir ese derecho, pero no lo hará necesariamente. Eso dependerá, en todo caso, de la existencia de suficientes medidas de contrapeso.⁶⁷

En lo que respecta a la “decisividad” de una declaración previa, y en respuesta a las críticas, el TEDH aclaró, primero, que “decisivo” significa más que “relevante”;⁶⁸ en otras palabras, que significa más que aquella evidencia sin la cual la probabilidad de una condena retrocedería y la de una absolución avanzaría, porque este sería un test que prácticamente toda prueba satisfaría.⁶⁹ En cambio,

[...] la palabra “decisiva” debería ser entendida estrictamente, como aquella prueba de una importancia tal que probablemente sea determinante del resultado del caso. Cuando la declaración previa de un testigo no examinado por la defensa está respaldada por otras pruebas que la corroboran [*corroborative evidence*], la evaluación acerca de si aquella es decisiva dependerá de la fuerza de la prueba de respaldo: cuanto más robusta sea ésta, menor será la probabilidad de que la declaración del testigo ausente deba ser tratada como decisiva.⁷⁰

Que el TEDH incluyese esta definición resultó útil en dos sentidos. Por un lado, sirvió para descartar definitivamente aquellas interpretaciones demasiado laxas, como la antes vista de TRECHSEL, bajo las cuales cualquier prueba de cargo podría resultar “decisiva”. Por el otro, sirvió

⁶⁷ SPENCER, *supra* nota 23, p. 55.

⁶⁸ Traduzco aquí “*probative*” como “relevante”. Muy resumidamente, “una prueba es relevante si tenerla en cuenta cambia el estatus de justificación epistémica de esa proposición”; en contraste, “una prueba es irrelevante si incluirla en el conjunto de elementos de juicio no altera de ningún modo el estatus de justificación epistémica de esa proposición” (DEI VECCHI, “Admisión y exclusión de pruebas: índice para una discusión”, en *Pensar la prueba*, n.º 1, 2020, pp. 35 s.). Sobre la noción de relevancia, véase también ROBERTS / ZUCKERMAN, *Criminal Evidence*, Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 98-108; FERRER BELTRÁN, *supra* nota 56, pp. 68-76.

⁶⁹ Este era un señalamiento que había hecho ya la División Penal de la Corte de Apelaciones en *R. v Horncastle*, tal como la Gran Sala del TEDH reconoce en *Al-Khawaja*, §§54 y 131.

⁷⁰ GS, *Al-Khawaja*, §131; luego reiterado en GS, *Schatschaschwili*, §123.

para aclarar que los elementos de juicio que corroboran o respaldan a la declaración previa no necesariamente deben ser “independientes”, como sugerían JACKSON / SUMMERS, apoyándose en cierta jurisprudencia anterior.

Sin perjuicio de estos aspectos, a mi ver positivos, tiene razón REDMAYNE cuando señala que la conexión entre las dos oraciones del párrafo transcrito es algo desconcertante. El problema es que, como señalaba más arriba, una prueba puede ser “determinante del resultado del caso” —en el sentido de ser una pieza central para fundar la acusación— pero, al mismo tiempo, encontrarse bien corroborada. Por eso, si bien la segunda oración parece proveer una definición basada en la confiabilidad de la prueba, esto resulta contradicho por la primera oración, que insiste en que “decisivo” significa “probablemente determinante del resultado del caso”.⁷¹

De todos modos, debe observarse que esta disputa sobre la “decisividad” de una declaración previa perdió en cierta medida la importancia que tenía, una vez que el TEDH reconoció que la influencia decisiva de la declaración previa en la sentencia de condena ya no es una condición suficiente para declarar que ha existido una infracción del debido proceso bajo los artículos 6.1 y 6.3.d del Convenio. Según el nuevo criterio, si se reputase “decisiva” a esa prueba, sería necesario examinar, todavía, la presencia de suficientes medidas de contrapeso.

4. Las llamadas “medidas de contrapeso”

Como vimos, el diálogo entre la Suprema Corte del Reino Unido y el TEDH hizo que la *sole or decisive rule* se convirtiera en un test de tres pasos. A la pregunta “preliminar” por la existencia de una buena razón para la incomparecencia del testigo y al interrogante sobre la “decisividad” de la declaración previa en la sentencia de condena, se añade una tercera cuestión. Esta última pregunta es la que le brinda flexibilidad al test y entra especialmente en consideración cuando se ha concluido que la declaración incorporada fue, en efecto, única o decisiva para sustentar la condena. La idea subyacente a la decisión tomada por la Gran Sala en *Al-Khawaja* fue la de abandonar una regla rígida y considerar, de acuerdo con el modo tradicional de interpretar las cláusulas del Convenio, la “justicia del proceso como un todo”. Así reconstruye la cuestión el TEDH:

[...] cuando una condena está basada única o decisivamente en la evidencia de un testigo ausente, el tribunal debe sujetar los procedimientos al más minucioso

⁷¹ REDMAYNE, *supra* nota 52, p. 870.

escrutinio. Dados los peligros de la admisión de tal evidencia, constituye un factor muy importante para ponderar en la balanza [...] y uno que requeriría suficientes factores de contrapeso, incluida la existencia de fuertes salvaguardas procedimentales. La cuestión en cada caso es saber si hay factores de contrapeso suficientes, incluyendo medidas que permitan evaluar debidamente la fiabilidad de la evidencia. Esto permitiría que una condena se base en tal prueba sólo si es suficientemente confiable dada su importancia en el caso.⁷²

Este párrafo pone en evidencia que para el TEDH el fundamento del derecho de examinar a los testigos de cargo es uno de tipo estrictamente epistémico o, con otras palabras, que este derecho es uno cuya razón de ser es la de contribuir a la rectitud o corrección de la decisión, poniendo en manos de la defensa un instrumento idóneo para testear la calidad de la prueba y alertar al decisor sobre sus potenciales debilidades. Como sostuve en otro trabajo,⁷³ cuando la confiabilidad de la declaración de un testigo no disponible —aun de uno “decisivo”— puede ser cuestionada o examinada por vías alternativas al interrogatorio de la defensa, resultará difícil predicar la injusticia del proceso que condujo a la condena, al menos desde la perspectiva de aquel fundamento. Precisamente por ello, las llamadas medidas de contrapeso remiten al análisis del modo en que el juzgador se ha aproximado a la valoración de la declaración previa del testigo ausente, de la disponibilidad y fuerza probatoria de otra evidencia de cargo y de la existencia e idoneidad de medidas procesales que hubieran sido adoptadas para compensar la falta de una oportunidad de interrogar a uno o más testigos en el juicio.

Entre tales medidas, el TEDH considera si la aproximación del tribunal a la evidencia no testeada ha sido cuidadosa y demuestra que se ha tenido en cuenta la potencial debilidad de la declaración; la motivación detallada del fallo sobre la confiabilidad de la declaración del testigo no disponible; la existencia e importancia de otras pruebas que la defensa sí hubiera podido controvertir en el juicio y, especialmente, de prueba de corroboración; el modo en que ha sido registrada la declaración previa (por ejemplo, si lo ha sido en audio y video, en lugar de un acta); si se ha dado al acusado la oportunidad de exponer su propia versión de los hechos y de poner en duda la credibilidad del testigo ausente, señalando cualquier incoherencia o contradicción con las declaraciones de otros

⁷² GS, *Al-Khawaja*, §§146-147.

⁷³ ROVATTI, *supra* nota 1, pp. 40-49.

testigos; o la posibilidad de que se adopten medidas de investigación destinadas a evaluar si el testigo puede tener algún motivo para mentir o si pudo haberse equivocado.⁷⁴

5. El orden de los tres “pasos” del test y algunas aclaraciones ulteriores

Algunos años después, en *Schatschaschwili*, el TEDH debió clarificar la relación entre los tres pasos del test. De acuerdo con el criterio de *Al-Khawaja* era claro que, cuando hubiera una buena razón para incorporar la declaración del testigo no disponible y esta prueba, a su vez, fuese decisiva para la condena, resultaba obligado examinar si habían existido suficientes medidas de contrapeso para compensar a la defensa, que permitiesen una apreciación correcta de la fiabilidad de la prueba. Sólo en caso afirmativo podría descartarse una violación del artículo 6.3.d del CEDH.

En cambio, no era tan claro qué pasaba si el TEDH llegaba a la conclusión de que en un cierto caso no existían buenas razones para la incomparecencia del testigo o si no se trataba de una prueba única o decisiva. En el primer caso, ¿la ausencia de buenas razones conducía automáticamente a una violación del derecho? En el segundo, ¿hacía falta examinar si se habían adoptado medidas de contrapeso?

Ya hemos visto que a la primera de estas preguntas el TEDH contestó negativamente. Si bien es un factor muy importante, la ausencia de una buena razón que justifique la incomparecencia del testigo de cargo no es, por sí misma, concluyente para afirmar que ha existido una violación del artículo 6.3.d del CEDH.⁷⁵ Aquí parece entrar en consideración la ya mencionada idea de *harmless error*, de la que el TEDH echa mano al vincular la garantía específica del apartado 3.d del artículo 6, con la noción más general de la justicia (*fairness*) del proceso “como un todo”: si se constata una equivocación del tribunal doméstico al admitir la declaración, pero el peso de ésta en la condena no es demasiado importante, o bien existieron suficientes medidas de contrapeso, puede resultar exagerado decir que se han violado los derechos humanos del condenado.

En lo que respecta a la segunda pregunta, el TEDH indicó que debe examinarse la existencia de suficientes factores de contrapeso no sólo cuando la condena se hubiera basado única o decisivamente en la declaración del testigo ausente. En casos donde resulte difícil determinar si se alcanzó ese umbral de importancia, pero la declaración hubiera tenido un “peso significativo” y su admisión pudiera haber perjudicado a la defensa, también debe evaluarse la incidencia de medidas

⁷⁴ GS, *Al-Khawaja*, §§147-165; GS, *Schatschaschwili*, §§107, 114-116, 125-131 y 145-160.

⁷⁵ GS, *Schatschaschwili*, §§111-113.

procesales que se hubieran adoptado para contrarrestar ese déficit. En definitiva, cuanto más importante sea la declaración previa en el conjunto del acervo probatorio, más intensos deberán ser los factores de contrapeso a fin de que el proceso “como un todo” se adecue a los requerimientos del debido proceso.⁷⁶

Además de dar respuesta a estos interrogantes, el TEDH aclaró que si bien generalmente resultará apropiado examinar los tres pasos del test en el orden propuesto en *Al-Khawaja*, esto no necesariamente debe ocurrir en todos los casos. Ello es así porque, en ocasiones, uno de los pasos puede resultar concluyente por sí mismo para pronunciarse acerca de si se ha transgredido o no el derecho al debido proceso del condenado. Si, por ejemplo, resultase evidente que la declaración previa incorporada tuvo muy poco peso en la condena, y que esta decisión se sustenta independientemente en múltiples testimonios que la defensa sí pudo examinar en juicio, podría abordarse directamente el segundo paso, sin necesidad de examinar si ha existido o no una buena razón para la incomparecencia del testigo no disponible.⁷⁷

Es interesante notar que todas estas aclaraciones son especialmente útiles para los tribunales domésticos de apelación o casación y aquellos encargados de revisar cuestiones constitucionales. En efecto, estos tribunales, en caso de constatar un error del tribunal encargado de decidir las cuestiones de admisibilidad, deberán expedirse necesariamente acerca de las consecuencias de ese error (¿corresponde anular el juicio y ordenar que se celebre uno nuevo? ¿el error ha sido inocuo y la sentencia puede ser confirmada?). La jurisprudencia del TEDH representa, como se ve, una cierta guía en materia de *harmless error*, que los tribunales domésticos con funciones de revisión pueden aprovechar.

IV. ¿Una cuestión de principios?

Antes de que la Gran Sala del TEDH se pronunciase del modo en que lo hizo en *Al-Khawaja*, se discutía intensamente acerca de quién saldría airoso del contrapunto entre la Cuarta Sala de ese

⁷⁶ GS, *Schatschaschwili*, §§114-116.

⁷⁷ GS, *Schatschaschwili*, §118, con cita de *Nechto c. Rusia*, no. 24893/05, 24 de enero de 2012, §§119-125 y 126-127; *Mitkus c. Letonia*, no. 7259/03, 2 de octubre de 2012, §§101-102 y 106; *Gani c. España*, no. 61800/08, 19 de febrero de 2013, §§43-45; y *Şandru c. Rumania*, no. 33882/05, 15 de octubre de 2013, §§62-66, en todos los cuales el segundo paso —i.e. la pregunta acerca de si la declaración previa del testigo no disponible fue la prueba única o decisiva— fue examinado antes del primero —i.e. la pregunta sobre la concurrencia de una buena razón para la incomparecencia del testigo—.

Tribunal y la Suprema Corte del Reino Unido.⁷⁸ Un aspecto central en estas discusiones era la cuestión del fundamento del derecho cuyos alcances se disputaban.

Los tribunales británicos asumían que el fundamento de la confrontación no podía ser otro más que el de proteger al acusado del riesgo de ser condenado equivocadamente a partir de testimonios mendaces o imprecisos. En la sentencia de la Corte Suprema del Reino Unido se señalaba incluso que, si bien el TEDH no había expuesto en *Doorson* y su jurisprudencia ulterior cuál era el principio subyacente al *sole or decisive test*, una serie de razones indicaban que el Tribunal de Estrasburgo había establecido ese criterio sobre la premisa de que una condena basada única o decisivamente en las pruebas de un testigo cuya identidad no ha sido revelada, o que no ha sido sometido a un concontrainterrogatorio, o ambos, no sería “segura” (*i.e.* traería consigo, necesariamente, un riesgo muy alto de condenar a una persona inocente). Entre aquellas razones estaban, primero, que no parece haber nada intrínsecamente objetable o injusto en tener en consideración la declaración previa de un testigo cuando simplemente no es posible convocarlo para que declare en juicio; segundo, el énfasis que, en general, el TEDH le había concedido en su jurisprudencia a la fiabilidad de las pruebas; por último, que no resulta sencillo identificar alguna justificación alternativa convincente para el test de la prueba única o decisiva.⁷⁹

En contraste, parte de la doctrina sostenía que la posición del TEDH —la tradicional *sole or decisive rule*— parecía expresar (también) un valor no epistémico, una suerte de “valor procesal simbólico”, que podría apoyarse en fundamentos como el respeto a la autonomía y dignidad del acusado o en las obligaciones morales de aquellos testigos que, con su declaración, *acusan* a otra persona.⁸⁰ Esa faceta no epistémica del derecho serviría, como es fácil advertir, para intentar defender a la *sole or decisive rule* de críticas como las que le dirigía la Suprema Corte del Reino Unido.

⁷⁸ JACKSON / SUMMERS, *supra* nota 1, p. 337, por ejemplo, auguraban que la Gran Sala confirmaría el criterio que el gobierno británico discutía y se mantendría en la idea de que no hay modo de contrarrestar el empleo de evidencia decisiva no testeadada que pueda garantizar suficientemente los derechos de la defensa.

⁷⁹ Lord Phillips, [2009] UKSC 14, §86. Véase, asimismo, JACKSON / SUMMERS, *supra* nota 1, pp. 327-334. Según estos autores, la jurisprudencia de los tribunales ingleses parte de la base de que se debe asegurar a la defensa una oportunidad de concontrainterrogar a los testigos, pero, si esto no es posible, otras medidas bien podrían ser suficientes para garantizar que la evidencia es confiable y, en definitiva, que la condena no es “insegura”. La confrontación, como se aprecia, se justifica en términos de confiabilidad de la prueba y se piensa como una herramienta, entre otras, que procura evitar el riesgo de que se arrije a una decisión equivocada.

⁸⁰ Véanse SPENCER, *supra* nota 23, pp. 12, 44-45; DENNIS, *supra* nota 43, pp. 348-349; JACKSON / SUMMERS, *supra* nota 1, pp. 362 ss.

En efecto, si se independiza al derecho de su fundamento epistémico, entonces se puede seguir sosteniendo, sin problemas de consistencia, que una condena perfectamente “segura” en términos epistémicos es, no obstante, “injusta” por haber infringido en un grado no tolerable el derecho del acusado a confrontar a sus acusadores.⁸¹ SPENCER lo ha expresado de esta manera:

Detrás de este choque —o, para ponerlo en términos más positivos, del “diálogo”— entre los tribunales ingleses y Estrasburgo, se esconde una cuestión filosófica sobre la naturaleza de la garantía contenida en el artículo 6(3)(d). ¿El derecho de confrontar a testigos de cargo es puramente instrumental o representa algún tipo de valor procesal superior [*higher procedural value*]? O, para decirlo de otro modo, ¿es solo una de las herramientas diseñadas para proteger a los inocentes de una condena, una que se puede dejar en la caja jurídica de herramientas cuando otros instrumentos pueden ser usados en su lugar para hacer el mismo trabajo? ¿O tiene el derecho de confrontación, por sí mismo, una importancia tal que constituye un ingrediente esencial del debido proceso, cuya ausencia significará inevitablemente que se infrinjan los derechos que el Convenio garantiza a la persona condenada, independientemente de su culpabilidad o inocencia, como sucede (por ejemplo) con el requisito de un tribunal independiente?⁸²

Creo que hay buenas razones para ser escépticos acerca de que el derecho de confrontación pueda, en última instancia, encontrar un fundamento autónomo en razones distintas de las de evitar

⁸¹ No obstante, como indica agudamente DENNIS (*supra* nota 43, pp. 353 s.), si se acepta una dimensión no epistémica del derecho de confrontación, basada en nociones tales como la idea de respeto a la dignidad del acusado como ciudadano, es necesario advertir que *todo* ciudadano (no sólo el acusado) puede invocar un derecho tal. Esto explica que el reclamo del acusado por un trato justo pueda entrar en conflicto con el mismo reclamo de víctimas y testigos, sin que desde esa perspectiva quepa priorizar la posición del primero sobre la de los segundos. En contraposición, la dimensión epistémica del derecho —y, en general, de la noción de debido proceso— tiene, como señala también DENNIS, un “contenido mínimo no negociable”: si el procedimiento acarrea un riesgo cierto de conducir a un falso positivo, y no hay modo de compensarlo a través de medidas destinadas a asegurar la precisión del fallo, ese derecho habrá sido infringido. Y cabe notar que con respecto a la corrección fáctica de la decisión el acusado sí tiene un interés único y distintivo, que está por encima de los intereses de cualquier otra parte, pues es aquél quien será condenado y castigado si se lo encuentra culpable siendo inocente (*supra* nota 43, p. 352). También las víctimas y la sociedad toda tienen, por supuesto, un interés en la corrección fáctica del fallo, pero en la medida en que se considere moralmente más grave la condena de una persona inocente que la absolución de una culpable, la idea de DENNIS sobre el interés “único y distintivo” del acusado puede compartirse.

⁸² SPENCER, *supra* nota 23, p. 45.

el riesgo de injusticia sustantiva (i.e. de castigar a quien es materialmente inocente)⁸³. En otras palabras, si nos preguntarnos por el porqué de tal “garantía mínima”, me parece que la única respuesta convincente es que queremos evitar, como dice el proverbio, *que paguen justos por pecadores*.⁸⁴

En cambio, no me parece que añada demasiado, ni que ayude a esclarecer las cosas, decir que, como ciudadanos, tenemos derecho a que se nos trate como *personas* en lugar de como *cosas*, como *sujetos* y no como meros *objetos* del proceso, o a que se nos *consulte* en lugar de simplemente *encargarse* de uno;⁸⁵ o bien poner el foco en la obligación moral de una persona que nos acusa de presentarse públicamente y “dar la cara”, en lugar de tirar la piedra y esconder la mano,⁸⁶ entre otras propuestas

⁸³ Sobre las razones para ser escépticos acerca de fundamentos no-epistémicos como clave interpretativa del derecho de confrontación, véase ROVATTI, *supra* nota 1, pp. 50-56 y, más ampliamente, STEIN, *Foundations of Evidence Law*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2005, pp. 31-33; ALEXANDER, “Are Procedural Rights Derivative Substantive Rights?”, en *Law and Philosophy*, n.º 17, 1998.

⁸⁴ Las lecciones de la historia tienden a confirmar esta misma hipótesis. En efecto, pareciera que, en un proceso tristemente célebre como el de Sir Walter Raleigh en 1603, cualquiera puede terminar decapitado, con independencia de su culpabilidad o inocencia (es esta falta de consideración al riesgo de castigar al inocente lo que nos resulta intolerable). En la cultura jurídica del *common law*, el juicio de Sir Walter Raleigh a menudo se considera un ejemplo paradigmático de la posibilidad de abuso en un sistema sin confrontación. Raleigh fue acusado de traición, bajo la alegación de que había participado de un complot para poner a Arabella Estuardo en el trono, en lugar de Jacobo I. La acusación descansaba casi exclusivamente en una “confesión” escrita de Lord Cobham, otro supuesto conspirador que, en el curso del procedimiento ante el *Privy Council*, había nombrado a Raleigh como uno de los involucrados. Cobham no testificó en el juicio y, a pesar de los requerimientos de Raleigh y de que aquél estaba disponible, el tribunal se negó a ordenar que fuera llevado ante sí para declarar bajo juramento y someterse al interrogatorio del acusado. El argumento fue que si Cobham fuese convocado al juicio quizá se retractaría. Sobre la base de aquella “confesión” escrita Raleigh fue condenado como traidor y, quince años después, decapitado (véanse SPENCER, *supra* nota 23, pp. 41-42; REDMAYNE, *supra* nota 45, p. 16; para mayor detalle, STEPHEN, “The Trial of Sir Walter Raleigh: A Lecture Delivered in Connection with the Raleigh Tercentenary Commemoration”, en *Transactions of the Royal Historical Society*, n.º 2, 1919). Para un análisis histórico de las características del sistema de administración de justicia criminal en la época en que nació, entre otras, la regla de exclusión de la prueba *hearsay*, véase LANGBEIN, *The Origins of Adversary Criminal Trial*, Oxford, Oxford University Press, 2003. Llamán la atención sobre la importancia de considerar las diferencias radicales entre los procedimientos propios de ese contexto histórico y los procesos judiciales actuales, ALLEN, “From the Enlightenment to Crawford to Holmes”, en *Seton Hall Law Review*, n.º 39 (1), 2009; SPENCER, *supra* nota 23, pp. 2-4.

⁸⁵ Véanse, por ejemplo, TRIBE, *American Constitutional Law*, New York, Foundation Press, 1978, pp. 503-504; MASSARO, “The Dignity Value of Face-to-Face Confrontations”, en *University of Florida Law Review*, n.º 40 (5), 1988, p. 904; SCALLEN, “Constitutional Dimensions of Hearsay Reform: Toward a Three-Dimensional Confrontation Clause”, en *Minnesota Law Review*, n.º 76, 1992, pp. 626-627, 641-643; CHOO, *Hearsay and confrontation in criminal trials*, Oxford, Clarendon Press, 1996, pp. 37-42; O'BRIAN, *supra* nota 54, p. 113.

⁸⁶ En ese sentido, CLARK, “An Accuser-Obligation Approach to the Confrontation Clause”, en *Nebraska Law Review*, n.º 81 (3), 2003.

que procuran hallar algo intrínsecamente valioso en derechos procedimentales como el de confrontación.

En todo caso, como apunta con agudeza DWORKIN, las afirmaciones de qué trato considera a la persona como persona son, a lo sumo, conclusiones de argumentos, no premisas. Según lo veo, consideramos que se nos trata como personas y no como objetos de los que hay que ocuparse cuando se nos permite controlar la prueba, o cuando se nos permite ser oídos antes de que se tomen decisiones importantes sobre nosotros, *precisamente porque* esas han demostrado ser técnicas idóneas para evitar o reducir el riesgo de injusticia sustantiva. Hay, en última instancia, un derecho moral a no ser deliberadamente condenado cuando se sabe que uno es inocente, y hay también un derecho a que los procedimientos que se adoptan le asignen la importancia debida al riesgo de que aun siendo inocente una persona pueda ser encontrada culpable.⁸⁷ Ahora bien, si de lo que se trata es de prestar la atención debida al riesgo de injusticia sustantiva, entonces parece sensato —siguiendo la metáfora

⁸⁷ Véase, con mayor detalle, la posición de DWORKIN, *Una cuestión de principios* (trad. Victoria d. I. A. BOSCHIROLI), Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2012, pp. 103-139. *Grosso modo*, para DWORKIN la adopción o rechazo de cierto tipo de procedimientos está en función de la especial consideración debida al riesgo de *daño moral*. El *factor injusticia* de una pena o *daño moral* es una noción objetiva que supone que alguien sufre un daño especial cuando recibe un tratamiento injusto, sin importar si lo sabe o si le importa, pero no lo sufre si no recibe un tratamiento injusto, aunque así lo crea y le importe. Hay costo o *daño moral* no sólo cuando deliberadamente se condena al que se sabe inocente, sino también cuando se condena a alguien por error, siguiendo procedimientos generales, en cierta medida riesgosos, dispuestos de antemano, aunque el factor injusticia sea mayor en el primer caso que en el segundo. Los ciudadanos no tienen derecho a ser juzgados en los juicios más precisos posibles, cueste lo que cueste, ni a un determinado nivel de precisión (postulados extravagantes), pero tampoco es cierto que una persona imputada de un delito no tenga derecho a ningún grado de precisión (postulados nihilistas). En materia de procedimientos penales, DWORKIN da cuenta de dos tipos de derechos “en sentido fuerte” (ajenos a un cálculo utilitarista estándar): por un lado, los ciudadanos tienen derecho a que estos procedimientos asignen la importancia debida al riesgo de *daño moral*; por el otro, tienen derecho a una ponderación coherente de la magnitud del *daño moral*. En lo que respecta a lo primero, por ejemplo, no le asignaría la importancia debida al riesgo de *daño moral* una comunidad que decidiera casos penales lanzando una moneda al aire, o no permitiera que el acusado estuviera presente en su juicio, o impidiera que tuviese un abogado defensor o que presentase pruebas si así lo considerase conveniente (IBIDEM, p. 123), pero esto no quiere decir que alguien tenga derecho a tal o cual arreglo procedimental específico, sino más bien que se tiene derecho a que se tome especialmente en cuenta el factor injusticia (IBIDEM, p. 136). En relación con lo segundo, se parte de la base de que en casos difíciles el valor otorgado al riesgo de *daño moral* resulta objeto de debate y puede no haber consenso al respecto entre personas razonables y sensatas. El segundo derecho, señala, tiene especial importancia práctica en escenarios como ese, pues permite que un ciudadano alegue, aun en supuestos donde la respuesta correcta al problema del *daño moral* es muy discutida, que tiene derecho a disponer de procedimientos compatibles con el valor que la comunidad asigna al *daño moral* de acuerdo con lo plasmado en sus leyes; se apela, así, a la justicia de respetar los compromisos asumidos (IBIDEM, pp. 120, 123).

de SPENCER— que se pueda acudir a la “caja de herramientas” en busca de reemplazos idóneos para el trabajo cuando la confrontación no está disponible.⁸⁸

De cualquier modo, si no se compartiese el señalado escepticismo y se considerase a la confrontación como *algo valioso en sí mismo*, ello no respondería aún a los interrogantes específicos acerca de las restricciones o limitaciones admisibles en supuestos problemáticos como el de testigos ausentes, especialmente vulnerables o atemorizados, a menos que se elevase a la confrontación a la categoría de derecho absoluto, algo que, hasta donde sé, nadie ha sugerido seriamente.⁸⁹ Para ser consistentes, habría que preguntarse, por ejemplo, a partir de cuándo un determinado arreglo procedimental demuestra que se ha dejado de tratar al acusado como persona y se lo ha empezado a tratar como cosa, o en qué supuestos puede decirse que se lo trata como objeto y no como sujeto

⁸⁸ Esto es claro cuando la confrontación no está disponible por motivos no imputables a las autoridades estatales (el fiscal ha hecho todo bien, pero el testigo muere en un accidente). Distinto sería si son las autoridades estatales las que “esconden” la herramienta (como en el juicio de Sir Walter Raleigh) o si lo que explica que una buena herramienta no pueda ser usada por el acusado y su defensa es una crasa desaprensión de esas mismas autoridades (era evidente que el testigo no estaría disponible para el juicio, pero el fiscal no requiere la práctica anticipada de esa prueba). Este último supuesto es ciertamente el que plantea mayores dificultades. A favor de la incorporación de la declaración previa está el hecho de que, por las mismas razones que concurren cuando la ausencia es imprevisible, esa declaración podría resultar en ciertos supuestos confiable y, a la vez, determinante del resultado del caso. En tales supuestos, que la absolución deba ser el “remedio” para la negligencia del fiscal puede parecer una solución excesiva si se contemplan en el balance los derechos de las víctimas a una decisión conforme a la prueba y el interés de la sociedad, que abarca tanto el diligente desempeño de los funcionarios como el castigo de los criminales contra los que hay prueba suficiente de su culpabilidad. Si el objetivo es el de evitar futuras negligencias de esa índole, quizá otras medidas podrían ser tomadas, en lugar de una tan drástica como la inadmisión de esa evidencia (véase, en sentido similar, FERRER BELTRÁN, *supra* nota 56, p. 79). Otro modo de aproximarse al asunto es incorporar al análisis una perspectiva dinámica y considerar la diferencia conceptual entre *honrar* y *promover* un valor o un principio, planteada en el ámbito de la filosofía política por PETTIT (“Consequentialism and Respect for Persons”, en *Ethics*, n.º 100 (1), 1989, p. 117), que FERRER BELTRÁN (*supra* nota 56, pp. 73-74) ha usado para evaluar la justificación de algunas reglas jurídicas que excepcionan el principio general de admisión de toda prueba relevante. Un valor o principio son honrados si se actúa de acuerdo con ellos en cada caso; es posible, sin embargo, promover ese valor o principio infringiéndolo en un caso concreto, si, pese a ello, se maximiza su aplicación en el futuro. El principio de la mejor evidencia disponible (que subyace a la *hearsay rule* en el ámbito del *common law*, tanto como a los principios de intermediación y contradicción en la tradición continental) podría incorporar esta perspectiva dinámica y hacer aplicación fructífera de la señalada distinción. Incluso si, en el momento del juicio, no hay mejor prueba disponible que la declaración previa en cuya práctica la defensa no ha podido intervenir, aún podría considerarse apropiado inadmitir la declaración si cabía esperar que la acusación hiciese las cosas mejor, lo que ocurre cuando la futura ausencia del testigo era fácilmente previsible. Pues, a diferencia de lo que ocurre en casos donde la ausencia no se ha podido prever, aquí adquiere sensatez el argumento de que excluir la declaración obtenida al margen de las reglas del anticipo de prueba proporcionaría un incentivo para utilizar los mejores procedimientos previstos para investigar los crímenes (REDMAYNE, *supra* nota 45, p. 27). En fin, no pretendo dar respuesta a este espinoso interrogante, pero creo que estos son al menos algunos de los aspectos que deberían tenerse en cuenta.

⁸⁹ Véanse, en el mismo sentido, SPENCER, *supra* nota 23, pp. 12-13 y, con una propuesta de método para determinar la validez de excepciones y calificaciones a las distintas garantías integrantes del debido proceso, DENNIS, *supra* nota 43.

del proceso, o bajo qué condiciones puede sostenerse que el testigo de cargo infringe su obligación moral de dar la cara y hacerse cargo de la acusación dirigida al inculpado.

No me parece que las respuestas sean evidentes, ni creo que deban ser muy distintas a las que resultan de la mirada epistémica del derecho. Por poner un ejemplo, si la alegada víctima ha muerto, o está físicamente incapacitada para declarar, parece difícil sostener que quiera rehuir al interrogatorio de la defensa, de modo que el último fundamento moral según el cual una persona que acusa debe “dar la cara” no entraría en consideración. O bien: si la causa de la incomparecencia del testigo resulta imprevisible para las autoridades y estas, a su vez, procuran compensar procesalmente a la defensa la imposibilidad de interrogarlo, parece algo desmesurado afirmar que esas mismas autoridades dispensan al inculpado el trato de “cosa” o de “objeto” del procedimiento.

Comoquiera que sea, a partir de los pronunciamientos de la Gran Sala en *Al-Khawaja y Schatschaschwili* ha quedado en evidencia que para el TEDH el fundamento del derecho es uno de tipo instrumental-epistémico. Tener esto en cuenta tiene indudable importancia para aquellas altas cortes de justicia que pretendan seguir de manera consistente la guía del Tribunal de Estrasburgo.

V. A modo de conclusión: Benítez y Gallo López a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo

Con lo expuesto hasta ahora estamos mejor equipados para analizar la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina, presentada en el segundo apartado. A eso dedicaré los próximos párrafos, a modo de conclusión, y con la expectativa de que su evaluación a la luz de la jurisprudencia del TEDH contribuya a esclarecer algunos puntos oscuros y sirva como punto de partida para reflexionar sobre la consistencia entre los criterios que se han adoptado.

En primer término, vale la pena aclarar que la Corte Suprema no ha abordado directa y explícitamente la cuestión de los fundamentos o principios subyacentes al derecho del acusado de interrogar a los testigos de cargo. No obstante, algunas de sus consideraciones parecen dar apoyo al fundamento epistémico. En *Benítez*, por ejemplo, se reseña con especial cuidado la existencia de versiones contrapuestas entre acusación y defensa y se pone énfasis en que “prácticamente toda la prueba de cargo de alguna significación fue incorporada por lectura”, de modo que no pudo ser testeada mediante el interrogatorio de la parte perjudicada por esas declaraciones. Asimismo, la Corte Suprema reconoce al ejercicio de ese control al menos potencial idoneidad para “echar alguna sombra de duda” sobre la hipótesis de la fiscalía, esto es, para exponer alguna debilidad o poner en cuestión la calidad epistémica de la prueba de cargo y, con ello, advertir sobre el riesgo de error. Y

en *Gallo López* se citan los múltiples elementos de juicio que corroboraban la declaración de la víctima, de modo que esta —a pesar de no haber sido testada a través del interrogatorio— resultaba ciertamente confiable y, con ello, disipaba el riesgo de condenar equivocadamente a una persona inocente.

En lo que concierne a los fundamentos del derecho, por lo tanto, la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina pareciera estar en línea con el criterio que, como se ha visto, asumió abiertamente la Suprema Corte del Reino Unido en *Horncastle* y, tiempo después, la Gran Sala del TEDH en *Al-Khawaja*. Si esto es así, los argumentos que esos tribunales emplearon resultarían de utilidad a la hora de intentar clarificar nuestra propia jurisprudencia constitucional sobre los alcances del derecho.

En segundo lugar, puede afirmarse que en la interpretación del derecho los puntos de partida de la Corte Suprema han sido similares a los empleados por el TEDH: normalmente, la prueba testifical debe practicarse de conformidad con los principios de inmediación y contradicción, pero existen supuestos en los cuales es razonable incorporar por lectura o exhibición la declaración previa de un testigo de cargo no disponible. Como hemos visto, en *Benítez y Gallo López* se presentaban dos de los supuestos que el Tribunal Europeo ha considerado “buenas razones” o “razones atendibles”: la imposibilidad de localizar a un testigo, pese a la realización de esfuerzos razonables por parte de las autoridades estatales, y la necesidad de preservar la salud psicofísica de un testigo (en el caso, de la víctima).⁹⁰ En el primero de esos precedentes, la Corte Suprema argentina se cuida de aclarar, siguiendo explícitamente en esto al Tribunal de Estrasburgo, que “lo decisivo no es la legitimidad del procedimiento de incorporación por lectura, el cual, bajo ciertas condiciones, bien puede resultar admisible, sino que lo que se debe garantizar es que al utilizar tales declaraciones como prueba se respete el derecho de defensa del acusado”.⁹¹

Con esta última afirmación la Corte Suprema deja a salvo el mecanismo procesal de incorporación por lectura de declaraciones previas siempre que exista una razón atendible para la incomparecencia del testigo. Sin embargo, la referencia genérica a la necesidad de que, al utilizar esas declaraciones, “se respete el derecho de defensa del acusado” deja abierto el interrogante

⁹⁰ Estos supuestos, por lo demás, suelen estar contemplados como excepciones al principio de inmediación en los códigos procesales, de modo que no suelen suscitar demasiada polémica, más allá de su concreta acreditación en el caso concreto. A esto último se refiere específicamente la jueza Highton de Nolasco en *Gallo López* cuando destaca que el “alto riesgo” para la salud mental de la víctima estaba bien probado con informes médico y no constituía una simple “mención genérica”.

⁹¹ Considerando 13, con cita de *Unterpertinger c. Austria*.

central: ¿en qué casos puede decirse que la utilización de prueba testimonial de cargo no testeada en ninguna etapa del procedimiento restringe el derecho de defensa del acusado de un modo intolerable?

En mi opinión, la Corte Suprema no ha contestado de manera suficientemente clara a este interrogante. Por un lado, las expresiones empleadas en *Benítez* para afirmar la existencia de una infracción al derecho —“base principal de la acusación”, “prácticamente toda la prueba de cargo de alguna significación”; “prueba de cargo decisiva”— recuerdan bastante a la *sole or decisive rule* europea. Por otro lado, bajo la luz de la jurisprudencia del TEDH, se aprecia fácilmente que el lenguaje empleado por la Corte Suprema en *Gallo López* es desafortunado, como se ha hecho notar con acierto.⁹²

En este último caso, como vimos, la Corte hace referencia a un “cúmulo probatorio independiente” y a “un curso causal probatorio independiente”. Estas expresiones, cuando menos, inducen a confusión. Para decirlo brevemente: los elementos de juicio que la Corte Suprema cita en el considerando 6° ciertamente tienden a corroborar la hipótesis de la acusación construida a partir del relato de la víctima; sin embargo, es incorrecto afirmar que se trate de prueba “independiente”, en el sentido de que, excluida esa declaración, la hipótesis acusatoria y la condena pudiesen sostenerse de todos modos.⁹³ Esto último, en efecto, es falso, pues elementos tales como los hallazgos ginecológicos del examen practicado a la víctima, la presencia de indicadores psicológicos de abuso sexual y el semen del imputado hallado en el colchón no permiten por sí mismos construir una hipótesis concreta que los integre y les dé sentido —o, más bien, permitirían construir muchos relatos distintos, algunos de ellos compatibles con la inocencia del acusado—. Pero es claro que, al mismo tiempo, tales elementos de juicio robustecen la declaración de la víctima, pues corroboran varios aspectos de su relato y permiten descartar una serie de hipótesis alternativas que la defensa podría plantear o que podrían concebirse.⁹⁴ En fin, la decisión de la Corte

⁹² PRQUÉ, “El conflicto entre el derecho de interrogar a los testigos y el derecho de las víctimas de no ser revictimizadas. Algunas reflexiones a partir de ‘Gallo López’”, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, n.º 16, pp. 147-149.

⁹³ Nótese que, como se ha visto en el segundo apartado, en el recurso extraordinario la fiscalía general no había planteado la existencia de un “curso probatorio independiente”, sino —correctamente— que las declaraciones previas de la víctima y de su tía eran “de suma importancia para dilucidar lo ocurrido”, pero que no se trataba “de la única [prueba] en la cual se basó la sentencia que culminó en la condena”, sino que existía poderosa prueba de corroboración.

⁹⁴ Por ejemplo, la de un “relato fabricado”, que pudiera tratarse de otro autor, etc. Un esquema probatorio similar al del caso *Gallo López* es el que explica la decisión de la Gran Sala en *Al-Khawaja*. Según el Tribunal Europeo, “[l]a confiabilidad de

Suprema en *Gallo López* es correcta, pero sus fundamentos son, en el mejor de los casos, confusos y, en el peor, simplemente equivocados.

En contraste, el voto de la jueza Highton de Nolasco evita referirse a la existencia de un “curso probatorio independiente” y armoniza bien con el criterio del Tribunal Europeo en la materia. En efecto, en su voto subraya que en el caso estaba bien acreditada la existencia de una razón atendible para la incomparecencia de la víctima (primer paso del test). Y luego explica, como hemos visto, que la restricción al derecho de la defensa de interrogar a los testigos de cargo “fue compensad[a] por otras pruebas en las que la sentencia se fundó para formular el juicio de culpabilidad al acusado, que la defensa pudo fiscalizar y que habían confirmado el relato de la menor”.⁹⁵ En este párrafo parecen confluir tanto el juicio sobre la “decisividad” de los testimonios no controlados, como el examen de la existencia de medidas de “compensación” suficientes que permitan evaluar debidamente la fiabilidad de la prueba y, con ello, la “seguridad” de la condena. Y esto nos recuerda tanto las aclaraciones del TEDH sobre el significado de “decisivo” en el contexto de su jurisprudencia,⁹⁶ como la incorporación de un tercer paso al test a fin de corregir las soluciones indeseables que —como señalaban los tribunales británicos— podrían derivarse de una aplicación inflexible la *sole or decisive rule*.

El voto de la jueza Highton de Nolasco es, por lo tanto, el más prometedor y podría complementarse con los desarrollos ulteriores de Tribunal Europeo, particularmente con las decisiones citadas de su Gran Sala. En este sentido, parece aconsejable una mayor elaboración y claridad en futuros pronunciamientos, de modo que la jurisprudencia de la Corte Suprema pueda funcionar como una buena guía para los tribunales inferiores. Lo mismo cabría esperar de otros órganos judiciales como los superiores tribunales de las distintas provincias o las cámaras de casación nacional y federal, que podrían contribuir a la tarea de clarificar los aspectos problemáticos señalados.

evidencia tenía apoyo en el hecho de que S.T. le había contado lo sucedido a dos amigos, B. F. y S. H., poco tiempo después de los acontecimientos, y que solo había diferencias mínimas entre su declaración previa a la policía y lo declarado en el juicio por esas dos personas de su confianza. Más importante aún, había notables similitudes entre la descripción del presunto abuso hecha por S.T. y el de otra víctima, V.U., sin que existiera ninguna evidencia de confabulación entre una y otra. En casos de abuso sexual cometidos por un médico contra una paciente durante una consulta privada, sería difícil concebir una prueba de corroboración más fuerte, especialmente cuando cada uno de los otros testigos fue llamado a declarar en el debate y su credibilidad pudo ser testeada mediante el contraexamen” (§156).

⁹⁵ Voto de la jueza Highton de Nolasco, considerando 8°.

⁹⁶ GS, *Al-Khawaja*, §131; GS, *Schatschaschwili*, §123.

El test de tres pasos elaborado por el Tribunal Europeo a partir de *Al-Khawaja* —y precisado luego en *Schatschaschwili*— es uno que ha sido fruto, como vimos, de intensas discusiones entre altas cortes de justicia y que ha procurado mejorar algunos aspectos oscuros de la clásica regla del testimonio único o decisivo. Parece, por ende, una buena guía, al menos si se atiende al fundamento epistémico del derecho y se mantiene la línea de acudir al derecho internacional para interpretar el alcance de los derechos humanos reconocidos en los instrumentos ratificados por Argentina.

Por último, uno de los aspectos que valdría la pena aclarar para evitar los errores de implementación del test que todavía pueden encontrarse en la práctica⁹⁷ es que los tribunales de juicio no se encuentran obligados por ese test a examinar cuán “decisivo” puede resultar un testimonio o conjunto de testimonios al evaluar la *admisibilidad* de esas declaraciones previas. Como se ha visto, en ese primer momento basta con examinar —en línea con lo que prevén los códigos procesales— si hay o no una “buena razón” para la incomparecencia. En caso de que se acredite una razón atendible, la declaración previa debería ser incorporada. En cambio, los otros dos factores del test —*i.e.* la evaluación de cuán “determinante” de la condena es la información que la defensa no ha podido testear mediante el interrogatorio y la suficiencia de las medidas de contrapeso que se hubieran adoptado— son cuestiones sobre las cuales las partes pueden expedirse en sus alegatos, luego de practicada toda la prueba, y que el tribunal debería examinar cuidadosamente, al expresar los fundamentos de la sentencia.

VI. Bibliografía

ALCÁCER GUIRAO, Rafael, “La devaluación del derecho a la contradicción en la jurisprudencia del TEDH”, en *InDret*, n.º 4, 2013, pp. 1-15.

ALEXANDER, Larry, “Are Procedural Rights Derivative Substantive Rights?”, en *Law and Philosophy*, n.º 17, 1998, pp. 19-42.

ALLEN, Ronald J., “From the Enlightenment to Crawford to Holmes”, en *Seton Hall Law Review*, n.º 39 (1), 2009, pp. 1-16.

⁹⁷ Véanse MASARO / CASSANI, “El derecho a controlar la prueba de cargo y la incorporación de prueba por lectura”, en *Estudios sobre jurisprudencia*, Buenos Aires, Ministerio Público de la Defensa de la Nación, 2016, con variados ejemplos de la jurisprudencia argentina donde se incurre en ese error.

- ANDERSON, Terence / SCHUM, David / TWINING, William, *Analysis of Evidence*, 2.ª ed., New York, Cambridge University Press, 2005.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “Sobre el valor de la intermediación (Una aproximación crítica)”, en *Jueces para la Democracia*, n.º 46, 2003, pp. 57-66.
- CHOO, Andrew L., *Hearsay and confrontation in criminal trials*, Oxford, Clarendon Press, 1996.
- , “Criminal Hearsay in England and Wales: Pragmatism, Comparativism, and Human Rights”, en *Canadian Criminal Law Review*, n.º 17, 2013, pp. 227-252.
- CLARK, Sherman J., “An Accuser-Obligation Approach to the Confrontation Clause”, en *Nebraska Law Review*, n.º 81 (3), 2003, pp. 1258-1286.
- DAMAŠKA, Mirjan R., “Of Hearsay and Its Analogues”, en *Minnesota Law Review*, n.º 76, 1992, pp. 425-458.
- , *El derecho probatorio a la deriva* (trad. Joan PICÓ I JUNOY), Buenos Aires, Marcial Pons, 2015.
- DEI VECCHI, Diego, “Admisión y exclusión de pruebas: índice para una discusión”, en *Pensar la prueba*, n.º 1, 2020, pp. 27-54.
- DELMAS-MARTY, Mireille/ SPENCER, John R. (eds.), *European Criminal Procedures*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- DENNIS, Ian H., “The Right to Confront Witnesses: Meanings, Myths and Human Rights”, en *Criminal Law Review*, n.º 4, 2010, pp. 255-274.
- , “The Human Rights Act and the Law of Criminal Evidence: Ten Years On”, en *Sydney Law Review*, n.º 33, 2011, pp. 333-357.
- DWORKIN, Ronald, *Una cuestión de principios* (trad. Victoria d. I. A. BOSCHIROLI), Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2012.
- FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2007.

FERRUA, Paolo, “Contradictorio y verdad en el proceso penal” (trad. Alberto FILIPPI / María F. LÓPEZ PULEIO), en GIANFORMAGGIO, Letizia (ed.), *Las razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli*, Bogotá, Temis, 2008, pp. 218-257.

FRIEDMAN, Richard D., “Thoughts from Across the Water on Hearsay and Confrontation”, en *Criminal Law Review*, 1998, pp. 697-709.

GARCÍA, Luis M., “El derecho a interrogar a los testigos de cargo en caso de abuso sexual sobre niños. Nota al caso ‘P.S. v. Alemania’”, en *Revista La Ley*, 2002-F, 2002, pp. 15ss.

HO, Hock L., *A Philosophy of Evidence Law: Justice in the Search for Truth*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

JACKSON, John D. / SUMMERS, Sarah J., *The internationalisation of Criminal Evidence. Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*, New York, Cambridge University Press, 2012.

LANGBEIN, John H., “The Historical Foundations of the Law of Evidence: A View from the Ryder Sources”, en *Columbia Law Review*, vol. 96, 1996, pp. 1168-1202.

—, *The Origins of Adversary Criminal Trial*, Oxford, Oxford University Press, 2003.

MAFFEI, Stefano, *The European Right to Confrontation in Criminal Proceedings: Absent, Anonymous and Vulnerable Witnesses*, Groningen, Europa Law Publishing, 2006.

MASARO, Mauro / CASSANI, María E., “El derecho a controlar la prueba de cargo y la incorporación de prueba por lectura”, en *Estudios sobre jurisprudencia*, Buenos Aires, Ministerio Público de la Defensa de la Nación, 2016, pp. 1-31.

MASSARO, Toni M., “The Dignity Value of Face-to-Face Confrontations”, en *University of Florida Law Review*, n.º 40 (5), 1988, pp. 863-918.

MUERZA ESPARZA, Julio J., “Sobre los límites a la prueba preconstituida en el proceso penal”, en *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 39, 2016, pp. 1-22.

NANCE, Dale A., “The Best Evidence Principle”, en *Iowa Law Review*, n.º 73, 1988, pp. 227-297.

- , “Rethinking Confrontation After Crawford”, en *International Commentary on Evidence*, n.º 2 (1), 2004, pp. 1-17.
- O’BRIAN, William E., “The Right of Confrontation: US and European Perspectives”, en *The Law Quarterly Review*, n.º 121 (3), 2005, pp. 481-510.
- , “Confrontation: the defiance of the English courts”, en *The International Journal of Evidence & Proof*, n.º 15, 2011, pp. 93-116.
- PARK, Roger C., “Is Confrontation the Bottom Line?”, en *Regent University Law Review*, n.º 19, 2007, pp. 459-467.
- PETTIT, Philip, “Consequentialism and Respect for Persons”, en *Ethics*, n.º 100 (1), 1989, pp. 116-126.
- PIQUÉ, María L. (2014), “El conflicto entre el derecho de interrogar a los testigos y el derecho de las víctimas de no ser revictimizadas. Algunas reflexiones a partir de ‘Gallo López’”, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, n.º 16, pp. 124-157.
- PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, 17ª ed., Paris, Éditions Cujas, 2013.
- REDMAYNE, Mike, “Confronting Confrontation”, en *Law, Society and Economy Working Papers*, n.º 10, 2010, pp. 1-30.
- , “Hearsay and Human Rights: *Al-Khawaja* in the Grand Chamber”, en *The Modern Law Review*, n.º 75 (5), 2012, pp. 865-893.
- RIMOLDI, Florencia / ROVATTI, Pablo, “Extraer la verdad del testigo adversario: ¿es el contraexamen un mecanismo epistémicamente justo?”, en ROVATTI, P. (coord.), *La defensa penal: cuestiones fundamentales*, Ciudad de México, Centro de Estudios Constitucionales, 2024 [en prensa].
- ROBERTS, Paul / ZUCKERMAN, Adrian, *Criminal Evidence*, Oxford, Oxford University Press, 2004.
- ROVATTI, Pablo, “Testigos no disponibles y confrontación: fundamentos epistémicos y no epistémicos”, en *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, n.º 1, 2020, pp. 31-66.

—, “Reseña de *Condenas erróneas en los Estados Unidos. Análisis de la cuestión desde el ámbito recursivo del sistema de justicia penal*, de E. Matías DÍAZ”, en *En Letra: Derecho Penal*, n.º 10, 2020, pp. 248-266.

—, “Interrogar a los testigos de cargo: fundamentos y alcances del derecho”, en ROVATTI, P. (coord.), *Manual sobre derechos humanos y prueba en el proceso penal*, Ciudad de México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021, pp. 125-185.

ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal* (trad. Gabriela E. CÓRDOBA / Daniel R. PASTOR de la 25ª ed. alemana), Buenos Aires, Del Puerto, 2000.

SAKS, Michael J. / SPELLMAN, Barbara A., *The Psychological Foundations of Evidence Law*, New York, New York University Press, 2016.

SALMÓN, Elizabeth / BLANCO, Cristina, *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Lima, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012.

SANCINETTI, Marcelo A., *Análisis crítico del caso “Cabezas”: el juicio*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002.

SCALLEN, Eileen A., “Constitutional Dimensions of Hearsay Reform: Toward a Three-Dimensional Confrontation Clause”, en *Minnesota Law Review*, n.º 76, 1992, pp. 623-654.

SPENCER, John R., *Hearsay Evidence in Criminal Proceedings*, 2ª ed., Oxford, Hart Publishing, 2014.

STEIN, Alex, *Foundations of Evidence Law*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2005.

STEPHEN, Harry L., “The Trial of Sir Walter Raleigh: A Lecture Delivered in Connection with the Raleigh Tercentenary Commemoration”, en *Transactions of the Royal Historical Society*, n.º 2, 1919, pp. 172-187.

TRECHSEL, Stefan, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

TRIBE, Laurence H., *American Constitutional Law*, New York, Foundation Press, 1978.

VARELA, Agustín, “Juicio por jurados, el derecho probatorio y la regla de exclusión de la prueba ‘hearsay’ en el derecho anglosajón”, en *El debido proceso penal*, n.º 2, 2016, pp. 179-218.

VOGLER, Richard / HUBER, Barbara (eds.), *Criminal Procedure in Europe*, Berlin, Duncker & Humblot, 2008.

VOLK, Klaus, *Curso fundamental de Derecho Procesal Penal* (trad. de Alberto NANZER / Noelia T. NÚÑEZ / Daniel R. PASTOR / Eugenio SARRABAYROUSE), Buenos Aires, Hammurabi, 2016.

WILDE, Bas de, “A fundamental review of the ECHR right to examine witnesses in criminal cases”, en *The International Journal of Evidence & Proof*, n.º 7 (2), 2013, pp. 157-182.

YOUNGS, Raymond, *English, French and German Comparative Law*, 3ª ed., New York, Routledge, 2014.