

La admisibilidad de la declaración preconstituida del menor en fase de instrucción del proceso penal

The Admissibility of Child Pretrial Statements in the Criminal Process.

Isabel MARAVALL BUCKWALTER*

RESUMEN: La confrontación constituye una de las garantías más fundamentales de un juicio justo. Paradigma de los ordenamientos fundamentados en el estado de Derecho, el derecho a confrontar configurado en términos absolutos, o cuasi absolutos puede potencialmente convertirse en una norma discriminatoria frente a determinados tipos de víctimas. Debido al reciente movimiento en defensa de las víctimas y los efectos discriminatorios que producen determinados tipos de normas procesales sobre la práctica de la prueba, este trabajo analiza el desarrollo jurisprudencial en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que ha avalado una excepción al derecho a confrontar víctimas y testigos a través de la admisibilidad de la declaración preconstituida en fase de instrucción. A través de este análisis se delinearán los límites, vacíos y desprotección que el marco normativo actual plantea para las víctimas de violencia sexual, enfocando la atención sobre los menores.

PALABRAS CLAVE: Derecho Internacional de los Derechos Humanos; discriminación; confrontación; menores; prueba penal.

* Universidad Pontificia de Comillas (ICADE), Instituto de Empresa (IE Universidad). Contacto: <imaravall@comillas.edu/imaravall@faculty.ie.edu>. Fecha de recepción: 30/04/2019. Fecha de aprobación: 14/06/2019.

ABSTRACT: Confrontation is one of the most fundamental guarantees of a fair trial. Paradigm of the ordinances based on the rule of law, the right to confront configured in absolute terms, or quasi-absolute can potentially become a discriminatory rule against certain types of victims. Due to the recent movement in defense of victims and the discriminatory effects produced by certain types of procedural rules on the practice of evidence, this paper analyzes the jurisprudential development in the International Law of Human Rights that has endorsed an exception to the right to confront victims and witnesses through the admissibility of the pre-constituted declaration in the investigation phase. Through this analysis, the limits, gaps and lack of protection that the current normative framework poses for victims of sexual violence will be delineated, focusing attention on minors.

KEYWORDS: International Law of human rights; discrimination; confrontation; minors; criminal evidence.

I. INTRODUCCIÓN

Todos los ordenamientos procesales contemplan el derecho de la defensa a confrontar a aquéllos que le atribuyen hechos delictivos. El derecho a confrontar, también llamado principio de contradicción, en determinados ordenamientos e históricamente, se ha izado como bandera del derecho a un juicio justo incorporándose de manera absoluta en los ordenamientos nacionales, es decir, sin excepciones. Con el paso del tiempo y con el creciente movimiento en defensa de los derechos e intereses de las víctimas en el proceso penal, se han ido articulando en los ordenamientos nacionales e internacionales excepciones, permitiendo variaciones a una confrontación en el plenario.

Este trabajo analiza una de entre las diversas fórmulas y excepciones: la admisibilidad de la declaración preconstituida en fase de instrucción. Esta medida no solo se ha ido incorporando gradualmente en los ordenamientos nacionales de Estados, sino también ha sido avalada por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos cuando el que declara es un menor, generalmente víctima de violencia, la mayoría de las veces sexual.

Con este fin, se analizará en primer lugar, el marco normativo y jurisprudencial del derecho a la confrontación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En segundo lugar, considerará concretamente la admisibilidad de las declaraciones preconstituidas en la fase de instrucción como medida avalada por la jurisprudencia internacional y los requisitos establecidos para que dicha declaración sea admisible. Por último, el trabajo destacará los límites que plantea el marco normativo actual para hacer frente a la problemática de la violencia sexual a menores.

Este trabajo concluye, que, si el proceso penal es un medio para obtener justicia, los Códigos penales nacionales han de permitir esta excepción al derecho a la confrontación para impedir la indefensión de los menores, bajo determinadas circunstancias y que deben estar incluso dispuestos a pensar estrategias cuando la

víctima sea sometida a coacción, al miedo, la amenaza el chantaje, las promesas de cambio o haya fallecido como parte de sus obligaciones positivas derivadas de sus compromisos internacionales.

II. EL DERECHO A LA CONFRONTACIÓN NO ES UN DERECHO ABSOLUTO: SUS LÍMITES EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

El principio de contradicción, o también llamado “derecho a la confrontación”¹, se encuentra reflejado de manera muy similar en numerosos instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos. El artículo 14 (3) (e) del Pacto Internacional de los derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP)² reconoce que “[d]urante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...] e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo”. El artículo 8 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH)³ recoge le mismo derecho en su apartado 2 f): derecho de la defensa de interrogar a

¹ Se utilizará de ahora en adelante el término confrontación puesto que es el término utilizado por los organismos internacionales de derechos humanos. Para un estudio pormenorizado del derecho a la confrontación en derecho internacional de los derechos humanos véase: MAFFEI, Stefano, *The European right to confrontation in criminal proceedings: Absent, anonymous and vulnerable witnesses*, vol. 1, 2006.

² Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Pacto Internacional de 19 de diciembre 1966, ratificado por Instrumento de 13 de abril 1977. RCL 1977\893.

³ Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.

los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos. La Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos (en adelante CADHP)⁴ contiene una variante menos concreta reconociendo en su artículo 7.1.c) “[el derecho a la defensa, incluyendo el derecho a ser defendido por un letrado de su elección]” como integrante del derecho a un juicio justo, sin hacer mención expresa al derecho a confrontar testigos de cargo. El artículo 6.3 d. del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH)⁵ señala que “[t]odo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: [...] d) A interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra” y el artículo 40. 2. b (iv) de la CDN recoge “b) Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente: [...] iv) que podrá interrogar o hacer que se interroguen a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad”.

A) LOS DEFENSORES DE UN DERECHO A LA CONFRONTACIÓN ERICTO

La expresión “interrogar o hacer que se interroguen” hace referencia a la existencia de distinciones en los sistemas jurídicos, especialmente entre los juicios acusatorios y los juicios inquisitorios. En estos últimos, el acusado puede interrogar a los testigos, si bien rara vez se hace uso de ese derecho, quedando esta tarea a cargo

⁴ African (Banjul) Charter on Human and Peoples’ Rights, adoptada el 27 June 1981, OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58, 1982.

⁵ Convenio de 4 de noviembre 1950 de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, ratificado por Instrumento de 26 de septiembre 1979. RCL 1979\2421.

del abogado o, en el caso de los niños, de otro órgano apropiado, como puede ser el juez o el fiscal. Sin embargo, sigue siendo importante que el abogado u otro representante informe al niño acerca de la posibilidad de interrogar a los testigos de cargo y de que pueda expresar sus opiniones a este respecto, las cuales se tendrán debidamente en cuenta en función de su edad y madurez.⁶

El derecho a la confrontación consiste en la posibilidad de que el acusado pueda plantear preguntas y cuestionar, él mismo o ella misma o a través de un abogado a los testigos. Este derecho se basa en dos principios claves y paralelos como son, en el *common law*, el principio de oralidad y en el derecho continental el principio de inmediación. Su fundamento estriba en que en el juicio oral el acusado debe tener la oportunidad de cuestionar al testigo o víctima, y tiene el derecho a estar frente a las personas que declaran e intentar minar su credibilidad además de que el juzgador, sea el juez o el jurado, pueda observar el comportamiento de la víctima o del testigo para poder valorar su credibilidad.⁷ A un nivel más fundamental, el derecho a interrogar o hacer interrogar a testigos de cargo y de descargo y presentar evidencia asegura que el acusado sea un participante activo en su juicio. Él o ella no pueden permanecer como los objetos pasivos de la acusación y deben ser protegidos frente al poder del Estado.⁸

Los defensores de un derecho a la confrontación estricto han manifestado que la presencia física de la víctima a la hora de declarar frente a su acusado es una de las garantías más efectivas para poder valorar la credibilidad del testimonio. La interpretación más pura de este argumento se ha desarrollado en Estados Unidos, donde el derecho a la confrontación se encuentra reco-

⁶ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, *cit*, párr. 18-19.

⁷ SUMMERS, Sarah J., *Fair trials: The European criminal procedural tradition and the European Court of Human Rights*, Bloomsbury Publishing, 2007.

⁸ TRECHSEL, S. SUMMERS, S., *Human rights in criminal proceedings*, 2005, p. 293.

gido en la sexta enmienda a la Constitución. La interpretación de este derecho por parte de la jurisprudencia exige que los testigos de la acusación declaren en presencia física de los acusados, sobre la base de que es siempre más difícil decir una mentira cuando se mira a los ojos a la persona que se está acusando.⁹ Según esta postura, la confrontación de la víctima por el acusado permite observar su comportamiento, así como que el juzgador pueda formarse una impresión acerca de su credibilidad y que al someter a la víctima a este tipo de estrés mejorará la calidad y la exactitud de la prueba como resultado. Esta idea ha permeado el imaginario judicial en los ordenamientos nacionales y se ha aplicado recurrentemente con víctimas y testigos menores.

Esta aplicación de una confrontación directa no ha sido óbice para que diversos jueces hayan advertido de los sacrificios que implica. En el caso *Coy versus Iowa* el juez Scalia defendió la importancia de la confrontación directa de la siguiente manera: “[s]iempre es más difícil decir una mentira acerca de una persona “a la cara” que “a sus espaldas. En el primer caso, a menudo se le dirá [la mentira] de manera menos convincente”, sin embargo, prosigue alertando que “la confrontación directa por desgracia puede alterar a una víctima de violación que esté siendo veraz o un niño abusado; pero por la misma razón puede confundir y deshacer al falso acusador, o destapar al niño entrenado por un adulto malévolo. Es una verdad que las protecciones constitucionales tienen sus costes”¹⁰.

⁹ Caso *Coy v. Iowa*, 487 U.S. 1012 (1988) citado en Spencer, J. R., and Flin, R.H. *The evidence of children: The law and the psychology*. Blackstone Press, 1990, p. 40.

¹⁰ “It is always more difficult to tell a lie about a person “to his face” than “behind his back”. In the former context it will often be told less convincingly...face to face presence may unfortunately upset the truthful rape victim or abused child; but by the same token it may confound and undo the false accuser, or reveal the child coached by a malevolent adult. It is a truism that constitutional protections have costs” (Caso *Coy v. Iowa*, 487 U.S. 1012 (1988))

B) DETRACTORES DE UN DERECHO A LA CONFRONTACIÓN ESTRICTO

Como han destacado Spencer, Flin y otros autores, la convicción de que la confrontación directa es la forma más fiable de obtener una declaración veraz es inadecuada, puesto que decir la verdad puede ser igual de difícil que mentir frente a la persona que se acusa, dado que contar unos hechos ciertos puede ser desagradable, incluso embarazoso, como por ejemplo para un niño dar detalles sobre un abuso sexual, delante de un conjunto de desconocidos además del acusado. Si el acusado es peligroso o violento o tiene amigos que también lo son, testificar puede aterrorizar al menor.¹¹

Estas dificultades han sido reflejadas en algunos estudios que han versado sobre las reacciones de los niños cuando son llamados a declarar en el juicio oral abierto al público y en presencia del acusado. Dent y Stephenson realizaron un estudio sobre los efectos de la confrontación sobre la precisión de las declaraciones de los niños. El proyecto que llevaron a cabo consistía en lo siguiente: Tras que un grupo de niños viera entrar en su clase a un señor, se les pidió identificarle a través de dos medios: diapositivas y reconocimiento en rueda. Los niños reconocieron mejor al hombre a través de las diapositivas que a través de la confrontación directa en el reconocimiento, en donde se pusieron más nerviosos y algunos incluso se negaron a participar. Cuando estos autores repitieron el estudio con adultos estos efectos no fueron tan acusados.¹²

pp. 1019-1020, citado en DAVIES, G. "The impact of television on the presentation and reception of children's testimony" *International journal of law and psychiatry*, 1999, vol. 22, núm. 3, pp. 241-256, p. 244.

¹¹ SPENCER, J. R., and FLIN, R.H. 1990, *op. cit.*, pp. 278-279.

¹² DENT, H. R.; STEPHENSON, G. M. "Identification evidence: Experimental investigations of factors affecting the reliability of juvenile and adult witnesses" en TRASLER, G., *et al. Psychology, law and legal processes*. Palgrave Macmillan UK, 1979. p. 195-206. Palgrave Macmillan UK, citado en SPENCER, J. R.; FLIN, R. H. 1990, *op. cit.*, p. 278.

Según Spencer y Flin, nada nos asegura y no existe ningún tipo de estudio que lo demuestre, que la presencia física favorece las declaraciones veraces¹³, por el contrario sí existen estudios que han demostrado los efectos perniciosos sobre la declaración de los niños cuando son sometidos a la confrontación durante el plenario.¹⁴ Presumir que la confrontación directa mejora la calidad de la prueba porque permite ver el comportamiento de una víctima o testigo frente a la persona a la que acusa, carece de validez. Resulta importante prestar atención a posibles presunciones sobre el comportamiento y los ademanes de una persona y la veracidad de sus actos. Por ejemplo, la seguridad que demuestra un testigo no debe llevarnos a concluir que su declaración sea veraz. Sin embargo, estas presunciones ahondan sus raíces en una tradición jurídica centenaria: Wigmore, uno de los más eminentes juristas del derecho del *common law*, describió el derecho a la confrontación como el mejor motor jurídico (“*the best legal engine...*”)¹⁵. Hoy en día, como refleja la doctrina, existe todavía un gran apoyo a esta técnica de examen en muchos ordenamientos nacionales, aunque el paso del tiempo ha provocado que se haya cuestionado su efectividad a la hora de examinar a víctimas y testigos menores de edad.¹⁶ La realidad interna de un niño, plagada de muchas emociones, (miedo, vergüenza, dependencia emocional, afecto hacia sus padres...) puede ocasionar un comportamiento inseguro a la hora de declarar frente a los acusados. Por dicho motivo,

¹³ *Ibidem*, p. 40.

¹⁴ DAVIES, G., 1999, *op. cit.*, pp. 241-256.

¹⁵ SPENCER, J. R.; FLIN, R. H. 1990, *op. cit.*, pp. 266-285.

¹⁶ REDMAYNE, M., “Confronting confrontation” en ROBERTS, P.; HUNTER, J. (ed.). *Criminal evidence and human rights: reimagining common law procedural traditions*, Bloomsbury Publishing 2012; MAFFEI, S. 2006, *op. cit.*; SPENCER, J. R.; FLIN, R. H., *op. cit.*; DENNIS, I. “The right to confront witnesses: meanings, myths and human rights”. *Crim Law Rev*, 2010, no 4, p. 255-274, p. 260.

la confrontación directa puede resultar ser un pésimo detector de mentiras.¹⁷

C) SU CONFIGURACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) ha destacado que la confrontación (*Face-to-face confrontation*) es una garantía que no se encuentra recogida en el artículo 6.3 del CEDH¹⁸. Según este Tribunal, un derecho de confrontación estricto arriesgaría mucho, puesto que limitaría la posibilidad de oír al testigo que hace una declaración ante policía incriminando a un acusado y luego fallece, o desaparece, o ya no está en condiciones de declarar, o tal vez, esté demasiado asustado para venir al Tribunal¹⁹.

Si bien el estándar de partida del TEDH defiende que todas las pruebas deben ser examinadas en el plenario²⁰, este estándar, fundamentado en el principio de inmediación, con el tiempo se ha visto sometido a una tensión debido al aumento del interés por la protección de las víctimas y de los testigos a lo largo del

¹⁷ Spencer y Flin hacen un simil entre la Antigua Roma en que la evidencia de los esclavos se ponía a prueba sometiéndoles a tortura no dista de la teoría defendida hoy en día de que la confrontación directa asegura la veracidad del testimonio. SPENCER, J. R.; FLIN, R. H. *op. cit.*, p. 279.

¹⁸ CHOO, A. L.-T., *Evidence: Text and Materials*, Addison-Wesley Longman Limited, 1998, p. 379.

¹⁹ “[...] complete compliance with confrontation right: where a witness makes a statement to the police incriminating the accused and then dies, or cannot be found, or is no longer fit to testify, or perhaps, is too scared to come to court, then her statement cannot be introduced at trial”, REDMAYNE, M., “Confronting confrontation”, 2010. Disponible en: <https://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/WPS2010-10_Redmayne.pdf>.

²⁰ TRECHSEL, S.; SUMMERS, S. J., *op. cit.*, p. 305.

proceso penal.²¹ En su más reciente jurisprudencia, en respuesta a este creciente interés, el TEDH ha avalado que los Tribunales nacionales de los Estados Miembros hayan tomado medidas que limitan la confrontación directa. Sin embargo, estas limitaciones han sido recurrentemente impugnadas al ser un impedimento al juzgador para “observar (el) comportamiento bajo interrogatorio [de la víctima] y, por lo tanto, formarse su propia impresión sobre su fiabilidad”²². Debido a este motivo, las restricciones permitidas por los Estados Miembros han sido analizadas con lupa por los Tribunales Internacionales, principalmente el TEDH, que han intentado buscar un equilibrio en su jurisprudencia entre asegurar la calidad de la prueba, proteger a los testigos y proteger el derecho de la defensa a un juicio justo.

Cuando el menor víctima o testigo es un niño pueden plantearse dos tipos de medidas especiales que permitan limitar la confrontación directa con el acusado. En primer lugar, el uso de mamparas, la distorsión de la voz, la distribución de los espacios, despejar la sala del público, que separan visualmente al menor del acusado pero que permiten el examen de su credibilidad en la misma sala del juicio. Este tipo de limitaciones son consideradas por la jurisprudencia internacional como poco dañinas del derecho a la confrontación y coherentes con el artículo 6 del CEDH²³,

²¹ SAFFERLING, C. “The role of the victim in the criminal process—A paradigm shift in National German and International Law?” *International Criminal Law Review*, 2011, vol. 11, núm. 2, pp. 183-215; FERREIRO BAAMONDE, X., *op. cit.*

²² “from observing (his/her) demeanour under questioning and thus forming its own impression of his/her reliability”, MAFFEI, S., 2006, *op. cit.*, p. 78.

²³ Jackson, J. D. and Summers, S. J., *The Internationalisation of Criminal Evidence: Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*, Cambridge University Press, 2012, p. 230.

aun así, han sido medidas criticadas por ser fórmulas rudimentarias y poco eficaces²⁴.

Mayores problemas ha planteado la intromisión de medidas en los ordenamientos nacionales que permitan declaraciones formuladas por niños durante la fase de instrucción del proceso penal. Dicha medida ha sido avalada por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos mientras cumpla con unos requisitos.

III. LA ADMISIBILIDAD DE LAS DECLARACIONES PRECONSTITUIDAS EN LA FASE DE INSTRUCCIÓN

Numerosos ordenamientos nacionales permiten excepciones a la obligación de testificar en el juicio oral.²⁵ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado en varias ocasiones que las excepciones a la confrontación en el juicio oral se justifican en base a la vulnerabilidad de la víctima o del testigo siempre que la adopción de dicha medida sea proporcional, que el acusado tenga garantizado su derecho a examinar al menor en fase de instrucción y, en caso de no poder hacerlo, la declaración cumpla con la doctrina de la única y decisiva prueba.²⁶

A) EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

En determinadas circunstancias los Tribunales Internacionales han permitido que los ordenamientos implementen medidas necesarias siempre que cumplan con el principio de proporcionalidad. Las medidas restrictivas de los derechos de la defensa habrán de cumplir con los filtros de necesidad y proporcionalidad. En

²⁴ Sobre este tipo de medidas véase: MARAVALL BUCKWALTER, I., *La Declaración del Menor en el Proceso Penal: Admisibilidad y Práctica en el derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch.

²⁵ *Ibidem*, p. 335.

²⁶ MAFFEI, S., *op. cit.*, p. 91.

primer lugar, el Tribunal al aplicar su test de proporcionalidad, valorará si las medidas adoptadas han sido “estrictamente necesarias” y han justificado la intromisión en el derecho afectado. Para el Tribunal “cualquier dificultad causada a la defensa por la limitación de sus derechos “debe ser” suficientemente contrarrestadas por los procedimientos seguidos por las autoridades judiciales”²⁷, ello significa que las medidas adoptadas habrán de ser razonables y valorar si las autoridades pudieron haber alcanzado el mismo objetivo, es decir, proteger a la víctima, sin adoptar medidas tan restrictivas del derecho a la confrontación de la defensa.²⁸

B) EL ACUSADO HA DE PODER EXAMINAR A LA VÍCTIMA EN FASE DE INSTRUCCIÓN

Una vez cumplido con el principio, la adopción de la medida estará justificada y la obtención de la declaración en fase de instrucción habrá de cumplir con determinados requisitos delineados en la jurisprudencia.

En el caso *D. contra Finlandia*²⁹, el demandante había sido acusado en el proceso nacional de la violación de dos hermanos, un niño de trece y una niña de diez años. Debido al deterioro

²⁷ “ (...) any difficulties caused to the defence by a limitation on its rights” are “sufficiently counterbalanced by the procedures followed by the judicial authorities”, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *P. S. contra Alemania*. Sentencia de 20 diciembre 2001. TEDH 2001\881, párr. 23.

²⁸ En el caso *Visser contra Países Bajos*, el TEDH consideró que las restricciones al derecho a la confrontación no se podían justificar de manera razonable puesto que el juez no entró a valorar en profundidad las razones que ocasionaban miedo a la víctima y por tanto no se justificó debidamente las razones que fundamentaban su anonimato. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *Visser contra Holanda*. Sentencia de 14 febrero 2002. JUR 2002\61050.

²⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *D. contra Finlandia*. Sentencia de 7 julio 2009. JUR 2009\338381.

de su salud mental durante el proceso, uno de los hermanos fue internado en un hospital psiquiátrico imposibilitando su comparecencia en el juicio oral. En consecuencia, su declaración fue tomada antes del juicio oral y fue grabada y admitida en el juicio oral como prueba. La ausencia del niño se consideró justificada, puesto que se habían dado los requisitos para que el acusado hubiera podido someter al niño a examen durante la fase de instrucción del proceso.

En *Kremers contra Países Bajos*³⁰ tres niñas fueron víctimas de abuso sexual por sus parientes. Examinadas por un juez en la fase de instrucción del proceso en presencia del abogado de la defensa, pudo el abogado de la defensa plantear preguntas por escrito mientras que la defensa y la acusación seguían el interrogatorio desde un cuarto separado a través de una televisión. Ninguna de las niñas fue llamada a testificar en el juicio oral. Tras la condena, la decisión fue recurrida y se decidió volver a practicar la prueba, esta vez se permitió al abogado de la defensa examinar directamente a una de las niñas y plantearle preguntas de manera directa. La defensa pudo seguir desde otra sala el examen a través de un video-link que fue dramático puesto que la niña entró en pánico y no logró contestar a las preguntas más gravosas. Debido a la falta de respuesta, los acusados recurrieron a la Comisión argumentando que se había vulnerado el artículo 6.3 del CEDH puesto que las víctimas no habían contestado a algunas de las preguntas formuladas a lo largo del examen. La Comisión consideró sin embargo que los derechos garantizados por el artículo 6 (1) y 6 (3) de la Convención son del acusado y la defensa en general. Con el fin de determinar si estos derechos han sido respetados, no es suficiente considerar la situación en la que el propio acusado se encuentre, sino la situación en la que se coloca la defensa en su conjunto. En circunstancias excepcionales, puede haber razones para la deposición de un testigo en ausencia del acusado con la condición de

³⁰ Comisión Europea de Derechos Humanos, Caso *Kremers contra Países Bajos*, Decisión no. 25208/94 de 19 de octubre de 1995.

que su abogado esté presente, o para permitir que un testigo no conteste ciertas preguntas.³¹ La Comisión falló en estos dos casos a favor del Estado, considerando que el proceso había sido justo.³²

La Comisión llegó a las mismas conclusiones en el caso *Slobodan contra Países Bajos*³³, donde se acusaba al demandante de abusar sexualmente a varias personas, entre las cuales se encontraba su hija. En la fase de investigación el juez escuchó a la menor en presencia del abogado de la defensa, que decidió no plantear ninguna pregunta. La Comisión dio por válida la condena dando por admisible la declaración llevada a cabo en la fase prejudicial.³⁴

En el caso *Accardi contra Italia*³⁵, varios demandantes alegaron la injusticia del juicio fundamentándose en el uso de las declaraciones prejudiciales de los menores que alegaron haber sido víctimas de abuso sexual. Los menores fueron interrogados antes del juicio oral, sin estar presentes los demandados, no obstante, los demandados tuvieron la oportunidad de formular preguntas a los menores. El video del interrogatorio se presentó en el juicio

³¹ “the rights secured by Art 6(1) and 6(3) of the Convention are those of the accused and the defence in general. In order to determine whether these rights were respected, it is not sufficient to consider the situation in which the accused himself is placed. Consideration must rather be given to the situation in which the defence as a whole is placed. In exceptional circumstances there may be reasons for hearing a witness in the absence of the accused on condition that his lawyer is present, or to allow a witness not to answer certain questions” MAFFEI, S., 2006, *op. cit.*, p. 93.

³² *Ibidem*, pp. 92-93.

³³ Comisión Europea de Derechos Humanos, Caso *Slobodan contra Países Bajos*, Decisión núm. 29838/96 de 15 de enero de 1997.

³⁴ MAFFEI, S., *op.cit.*, p. 93

³⁵ Caso *Accardi y otro contra Italia*. Sentencia de 20 de enero de 2005. TEDH 30598/02

y el Tribunal consideró que no se había dado una vulneración del artículo 6 del Convenio.³⁶

El caso *SN contra Suecia*³⁷ versó también sobre el abuso sexual de un niño de diez años por parte de un maestro de su colegio. Las declaraciones del niño se tomaron durante la fase de instrucción, una en policía y otra en el domicilio del menor. Ambas fueron grabadas. En ambas tomas, el abogado del demandante estuvo ausente, aun habiéndosele informado sobre la posibilidad de presenciar y formular preguntas al menor. El TEDH concluyó en favor del gobierno sueco, alegando que si bien las declaraciones del niño habían sido la única y decisiva prueba, se le había dado a la defensa la oportunidad suficiente y adecuada de confrontar dicha declaración (oportunidad que el abogado defensor no había aprovechado).³⁸ Por dicho motivo, el Tribunal concluyó reiterando que el artículo 6.3.d) del CEDH no debe interpretarse “como que requiere en todos los casos que las preguntas se pongan directamente por el acusado o su abogado defensor, a través del interrogatorio cruzado o por otros medios”³⁹.

C) LA DOCTRINA DE LA ÚNICA Y DECISIVA PRUEBA

Los casos anteriormente expuestos indican la conformidad del DIDH con la admisibilidad de declaraciones obtenidas en fase de instrucción, siempre que la declaración obtenida cumpla con las garantías de un juicio justo, generalmente que se haya brindado al acusado o a su abogado la posibilidad de examinar la declaración prejudicial.

³⁶ REDMAYNE, Mike, “Confronting confrontation” en Roberts, Paul; Hunter, Jill (ed.), *op. cit.*, 2012.

³⁷ Caso *S.N. contra Suecia*. Sentencia de 2 julio 2002. TEDH 2002\43

³⁸ *Ibidem*, parr. 44.

³⁹ “[A]s requiring in all cases that questions be put directly by the accused or his or her defence counsel, through cross-examination or by other means”, *Ibidem*, párr. 52.

En el caso *Panovits*⁴⁰ el TEDH precisó que “ningún problema de justicia surge necesariamente si la prueba se obtuvo sin el apoyo de otro material [...] cuando se evidencie de manera contundente y no haya riesgo de que sea poco fiable, la necesidad de prueba de apoyo es menos exigente”⁴¹. No obstante, existen varios motivos que explican por qué las declaraciones de víctimas y testigos relevantes no puedan ser sometidas a examen en fase de instrucción, tales como la muerte, la enfermedad, residencia en el extranjero, la detención en una prisión extranjera, el miedo, las amenazas, la presión ejercida por el acusado o la negligencia por parte de los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia.⁴² Debido a estas limitaciones, el TEDH ha permitido la admisibilidad de una declaración emitida en fase de instrucción por un menor que no haya sido sometida a la debida confrontación mientras esta última no sea única (*sole evidence*), es decir, vaya acompañada de prueba que la corrobore y no fundamente de forma decisiva (*decisive evidence*) la condena. A través de esta doctrina el TEDH asegura que los acusados no sean condenados injustamente y así evitar condenas erróneas, a la vez que permite buscar un equilibrio entre los derechos de la defensa y los derechos de las víctimas y de los testigos.

En el caso *AM contra Italia*⁴³, los padres de un menor denunciaron al Departamento de seguridad pública de Seattle (Estados Unidos) que durante sus vacaciones en Italia su hijo menor había sido objeto de abusos deshonestos por parte del demandan-

⁴⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 1ª), Caso *Panovits contra Chipre*. Sentencia de 11 diciembre 2008.

⁴¹ “No problem of fairness necessarily arises where the evidence obtained was unsupported by other material...where the evidence is very strong and there is no risk of its being unreliable, the need for supporting evidence is correspondingly weaker”, *Ibidem*, párr. 82.

⁴² MAFFEI, S., *op. cit.*, p. 335.

⁴³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *A.M. contra Italia*. Sentencia de 14 diciembre 1999. TEDH 1999\66.

te, conserje de la residencia en la que estuvo alojado, el Sr. A.M. Este último recurrió ante el Tribunal de Estrasburgo alegando la irregularidad de las actas redactadas por la comisión rogatoria así como las declaraciones en fase de instrucción de los testigos, la psicoterapeuta y los padres del menor respectivamente, fueron los únicos elementos de prueba sobre los que se basaron los Tribunales italianos para justificar su condena. El hecho de que estas últimas fuesen leídas, a lo largo de la vista ante el Tribunal, le había privado de cualquier oportunidad de interrogar a quienes le habían acusado. En la Sentencia, el TEDH argumentó que el artículo 512 bis del CPP italiano, permite al juez ordenar la lectura de las declaraciones realizadas por un ciudadano extranjero si éstas no constituyen la única prueba de cargo del acusado. Los medios de prueba deben ser presentados, en principio, ante el acusado en audiencia pública, para su debate contradictorio aunque se permiten excepciones que pueden ser aceptadas únicamente con la salvaguarda de los derechos de la defensa. El Tribunal señaló que en este caso los tribunales nacionales se habían fundamentado exclusivamente en las declaraciones efectuadas en Estados Unidos con anterioridad al proceso, y que el demandante no había tenido, en ningún momento del proceso, la posibilidad de rebatir a quienes le acusaban y que por tanto, se había vulnerado su derecho a la defensa, en concreto el artículo 6(3) del CEDH⁴⁴.

El caso *PS contra Alemania*⁴⁵, muy similar al caso *A.M. contra Italia*, se basó en una demanda interpuesta por P.S. por una condena por un delito sexual contra una niña de ocho años. Los padres de la niña denunciaron que el demandante había abusado de la niña durante una clase de piano. En la comisaría la niña fue interrogada junto a su madre por un policía. La madre además declaró haber observado que la niña había mostrado un comportamiento perturbado después de la clase de música y que más

⁴⁴ *Ibidem*, párr. 25-26.

⁴⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3ª), caso *P. S. contra Alemania*. Sentencia de 20 diciembre 2001. TEDH 2001\881.

tarde le había confesado lo sucedido. En la fundamentación de la condena en la primera instancia, el Tribunal se basó en las declaraciones hechas por la madre de lo relatado por su hija y su observación sobre su cambio de carácter a partir de la clase de piano. También se tuvo en cuenta la declaración del oficial de policía que había interrogado a la niña. Sin embargo, se rechazó la solicitud por parte de P.S. de una opinión de un experto en psicología y que la niña fuese llamada a declarar. En recurso, el Tribunal nacional decidió consultar la opinión de un experto que tuvo la oportunidad de examinar a la menor. El TEDH, usando la misma línea argumentativa que en A.M., destacó que, si bien los derechos de defensa pueden limitarse, dicha limitación debe ser estrictamente necesaria y contrapesada por el proceso seguido⁴⁶. Si “la condena se fundamenta única y decisivamente en las deposiciones formuladas por una persona que el acusado no ha tenido oportunidad de examinar, sea durante la fase de investigación o durante el juicio, los derechos de la defensa serán restringidos de modo incompatible con las garantías previstas por el artículo 6”⁴⁷. Considerando que la denegación del interrogatorio a la víctima y de la opinión experta se fundamentaba en razones vagas y especulativas y que el informe del experto psicólogo en apelación se había emitido transcurrido un año y medio del suceso, el TEDH llegó a la conclusión de que “la información dada por la niña era la única evidencia directa de la infracción y que los tribunales nacionales habían basado sus conclusiones sobre la culpabilidad del solici-

⁴⁶ *Ibidem*, párr. 23.

⁴⁷ “a conviction is based solely or to a decisive degree on depositions that have been made by a person whom the accused has had no opportunity to examine or have examined, whether during the investigation or at the trial, the rights of the defence are restricted to an extent that is incompatible with the guarantees provided by Article 6”, *Ibid.*, párr. 24.

tante de manera decisiva en las declaraciones de S [la menor]⁴⁸ y que por lo tanto el juicio había vulnerado los derechos de defensa.

El caso *Bocos-Cuesta contra Países Bajos*⁴⁹ se originó por una demanda planteada por un ciudadano español contra el Reino de Holanda presentada ante el TEDH. El demandante recurrió la condena fundamentándose en que había recaído manera decisiva en las declaraciones de los cuatro menores y que habían sido leídas en el juicio oral. Centrando sus argumentos en las pruebas que sirvieron para valorar las circunstancias y condenar al demandante, el TEDH estimó que las declaraciones prestadas por los niños ante la policía habían sido la única prueba directa de los hechos que se imputaban al demandante y que habían tenido una importancia decisiva a la hora de declararle culpable, ya que ni en la fase de la instrucción ni en el juicio se le había concedido la oportunidad de interrogar o hacer interrogar a estas víctimas.

El caso *AS contra Finlandia*⁵⁰, se basó en una denuncia interpuesta en la policía por la madre de un menor alegando que sospechaba que su hijo, un niño que contaba con cinco años, había sido abusado sexualmente por un amigo de la familia. La declaración del menor fue grabada a lo largo de la fase sumarial del proceso. Sin embargo, no fue sometida a la preceptiva confrontación y al ser la única y decisiva prueba que fundamentó la condena del demandante, el juicio fue declarado injusto.

⁴⁸ “the information given by the girl was the only direct evidence of the offence in question and the domestic courts based their finding on the applicant’s guilt to a decisive extent on S’s statements” *Ibidem*, párr. 30.

⁴⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3ª), Caso *Bocos-Cuesta contra Países Bajos*. Sentencia de 10 noviembre 2005. TEDH 2005\123.

⁵⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 4ª), Caso *A.S. contra Finlandia*. Sentencia de 28 septiembre 2010. JUR 2010\332112.

IV. LA OBLIGACIÓN POSITIVA DE LOS ESTADOS DE INVESTIGAR COMO GARANTÍA FRENTE A LA INDEFENSIÓN E IMPUNIDAD EN CASOS DE VIOLENCIA SEXUAL

Los casos considerados con anterioridad demuestran el nudo gordiano que los casos de violencia sexual suponen para los Tribunales y sobre todo la indefensión de sus víctimas. Los casos de violencia sexual numerosas veces presentan una ausencia de pruebas físicas que puedan corroborar el hecho ilícito y puesto que suceden generalmente en la intimidad y vida privada de los menores, carecen a su vez de testigos directos. Por tanto, la doctrina de la única y decisiva prueba no alcanzará a proteger a los menores en este tipo de situaciones, puesto que generalmente existirá una declaración de un menor como única prueba, y posiblemente el testimonio de referencia.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, debido a este problema, sentó un precedente, donde avaló la admisibilidad de la declaración de una víctima no sometida a examen por la defensa, corroborada por dos testimonios de referencia en el caso *Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido*⁵¹. El motivo de la ausencia de la víctima en el caso Al-Khawaja se debía a que había fallecido, por suicidio - no relacionado con la agresión- con anterioridad al juicio oral. El Tribunal en el caso Al-Khawaja destacó que “cuando una declaración de referencia es la prueba única o decisiva contra el demandado, su admisión como prueba no resultará automáticamente en una infracción del artículo 6. 1. Al mismo tiempo, cuando la condena se basa única o decisivamente en la prueba de testigos ausentes, la Corte debe someter el procedimiento a un examen más riguroso. Debido a los peligros de la admisión de tales pruebas [...] se requiere de suficientes factores de contra-

⁵¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), caso *Al-Khawaja y Tahery contra Reino Unido*. Sentencia de 15 diciembre 2011. JUR 2011\425397.

peso, incluyendo la existencia de fuertes garantías procesales. La cuestión en cada caso reside en si existen suficientes factores de contrapeso, incluidas medidas que permitan una evaluación justa y adecuada de la fiabilidad de esa evidencia. Esto permitiría que la condena se basara en tales pruebas sólo si fuera suficientemente fiable dada su importancia en el caso”⁵².

Además de este precedente, el TEDH ha hecho hincapié la importancia de que los Estados cumplan con su obligación positiva de investigar en casos de violencia sexual, cuestión de particular relevancia puesto que se ha demostrado numerosas veces que los fallos, barreras e impedimentos que se plantean ante investigaciones de casos de violencia sexual se deben a estereotipos y preconceptos en relación al comportamiento de las víctimas y características inherentes a la supuesta naturaleza de determinadas víctimas ante determinados tipos de delitos.

Debido a este problema y conscientes de ello los Tribunales de Derecho Internacional de los Derechos Humanos han condenado a los Estados por fallar en sus obligaciones positivas y no investigar suficientemente prueba que pueda corroborar casos de violencia sexual a menores.

⁵² “where a hearsay statement is the sole or decisive evidence against a defendant, its admission as evidence will not automatically result in a breach of Article 6 § 1. At the same time, where a conviction is based solely or decisively on the evidence of absent witnesses, the Court must subject the proceedings to the most searching scrutiny. Because of the dangers of the admission of such evidence, it would constitute a very important factor to balance in the scales, to use the words of Lord Mance in *R. v. Davis* (see paragraph 50 above), and one which would require sufficient counterbalancing factors, including the existence of strong procedural safeguards. The question in each case is whether there are sufficient counterbalancing factors in place, including measures that permit a fair and proper assessment of the reliability of that evidence to take place. This would permit a conviction to be based on such evidence only if it is sufficiently reliable given its importance in the case”, *Ibidem*, párr. 147.

En el caso *M.C. contra Bulgaria*⁵³, el TEDH valoró la situación de desprotección de una nacional búlgara que alegaba haber sido violada por dos hombres cuando tenía apenas catorce años. El TEDH en su sentencia defendió que la resistencia y la fuerza física ya no forman parte de la definición de violación⁵⁴. En relación con los niños, el TEDH destacó que “la evolución de la comprensión de la manera en que la víctima experimenta la violación ha demostrado que las víctimas de abusos sexuales -en particular las niñas menores de edad- no ofrecen a menudo resistencia física debido a diversos factores físicos o por miedo a sufrir violencia por parte del agresor”⁵⁵. El TEDH concluyó en este caso que las autoridades fallaron en investigar suficientemente y que no valoraron la vulnerabilidad de los niños y los especiales factores psicológicos presentes en los casos de violación de menores⁵⁶.

El Tribunal, debido a la evidente falta de protección sufrida por la demandante, no solo por parte de las autoridades, sino también por parte de la propia legislación búlgara, defendió que “[m]ientras que en la práctica a veces puede resultar difícil demostrar la falta de consentimiento en ausencia de pruebas “directas” de violación, como las huellas de violencia o los testigos directos, las autoridades deben, sin embargo, explorar todos los hechos y decidir sobre la base de una evaluación de todas las circunstancias circundantes”⁵⁷. Debido a que Bulgaria no llevó a cabo una inves-

⁵³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 1ª), caso *M. C. contra Bulgaria*. Sentencia de 4 diciembre 2003. JUR 2003\253041.

⁵⁴ *Ibidem.*, párr. 158.

⁵⁵ “the evolving understanding of the manner in which rape is experienced by the victim has shown that victims of sexual abuse – in particular, girls below the age of majority – often provide no physical resistance because of a variety of physiological factors or because they fear violence on the part of the perpetrator”. *Ibidem.*, párr. 164.

⁵⁶ *Ibidem.*, párr. 183.

⁵⁷ “while in practice it may sometimes be difficult to prove lack of consent in the absence of “direct” proof of rape, such as traces of violence or direct

tigación que tuviera en cuenta dichos factores, no había asegurado la protección de la vida privada de la niña, derecho protegido por el artículo 8 del CEDH.

En 2016 el TEDH consideró otro caso de abuso sexual de una menor en *M.G.C contra Rumanía*⁵⁸. En este caso, una niña de once años fue violada repetidas veces durante un periodo de siete meses por unos parientes de los niños en la casa en la que la menor jugaba por las tardes, entre ellos un hombre de cincuenta y dos años y cuatro menores más. Dando un paso más que en *M.C. contra Bulgaria*⁵⁹, indicó de forma más específica los factores que las autoridades rumanas debían haber tenido en cuenta para valorar la ausencia de consentimiento por parte de un menor. En primer lugar, la importancia de los informes de los expertos al evaluar estas situaciones que declararon que la menor “tuvo dificultades para prever las consecuencias de sus actos y, debido a su corta edad, no tuvo suficiente discernimiento”⁶⁰. En segundo lugar, las autoridades no llamaron a testigos para declarar sobre las declaraciones de la niña que pudieran corroborar su testimonio. En tercer lugar, “los tribunales no consideraron la diferencia de edad entre la solicitante y JV o la diferencia física obvia entre ellos”⁶¹. Cuarto, “el tribunal no examinó si existían razones para que el

witnesses, the authorities must nevertheless explore all the facts and decide on the basis of an assessment of all the surrounding circumstances”, *Ibid.*, párr. 181.

⁵⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 4ª), Caso *M.G.C. contra Rumania*. Sentencia de 15 marzo 2016. JUR 2016\61918.

⁵⁹ *Idem.*

⁶⁰ Had difficulties in foreseeing the consequences of her acts and, due to her young age, had insufficient discernment *Ibidem*, párr. 16.

⁶¹ No consideration was considered by the courts to the difference of age between the applicant and JV or the obvious physical difference between them *Ibidem*, párr. 51.

solicitante acusara falsamente a JV de violación”⁶². En quinto lugar, “los tribunales no demostraron un enfoque sensible al niño, al analizar los hechos del caso y se mantuvieron en contra de los hechos que en realidad eran consistentes con la posible reacción de un niño ante un evento estresante, como no contar a sus padres los hechos. Este enfoque se vio agravado por el hecho de que los tribunales nacionales nunca ordenaron una evaluación psicológica para obtener un análisis especializado de las reacciones de la demandante desde el punto de vista de su edad y para determinar la existencia de posibles consecuencias psicológicas de los posibles abusos contra ella”⁶³.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIADH) también ha hecho hincapié en dicha obligación de investigar de los Estados, especialmente en casos de violencia sexual. En el caso *Algodonero vs Méjico*⁶⁴ la CIADH declaró responsable al Estado de Méjico por la desaparición y ulterior muerte de las jóvenes González, Herrera y Ramos cuyos cuerpos fueron encontrados en ciudad Juárez, en un campo algodonero en 2001 y la Comisión solicitaba a la Corte que responsabilizara al Estado por “la falta de medidas de protección a las víctimas, dos de las cuales eran menores de edad; la falta de prevención de estos crímenes,

⁶² The court failed to examine whether any reasons existed for the applicant to falsely accuse JV of rape *Ibid*, párr. 69.

⁶³ The courts failed to demonstrate a child sensitive approach, in analyzing the facts of the case and held against the applicant facts that were in reality consistent with a child’s possible reaction to a stressful event, such as not telling her parents. This approach was aggravated by the fact that no psychological evaluation was ever ordered by the domestic courts for the purposes of obtaining a specialist analysis of the applicant’s reactions from the point of view of her age and to determine the existence of possible psychological consequences of the possible abuse against her”⁶³, *Ibidem*, párr. 67-71.

⁶⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, Sentencia de 16 de Noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

pese al pleno conocimiento de la existencia de un patrón de violencia de género que había dejado centenares de mujeres y niñas asesinadas; la falta de respuesta de las autoridades frente a la desaparición [...]; la falta de debida diligencia en la investigación de los asesinatos [...], así como la denegación de justicia y la falta de reparación adecuada”⁶⁵.

Asimismo, la Corte ha establecido que en casos de sospecha de homicidio por razón de género, la obligación estatal de investigar con la debida diligencia incluye el deber de ordenar de oficio los exámenes y pericias correspondientes tendientes a verificar si el homicidio tuvo un móvil sexual o si se produjo algún tipo de violencia sexual. En este sentido, la investigación sobre un supuesto homicidio por razón de género no debe limitarse a la muerte de la víctima, sino que debe abarcar otras afectaciones específicas contra la integridad personal, tales como torturas y actos de violencia sexual. En una investigación penal por violencia sexual es necesario que se documenten y coordinen los actos investigativos y se maneje diligentemente la prueba, tomando muestras suficientes, realizando estudios para determinar la posible autoría del hecho, asegurando otras pruebas como la ropa de la víctima, la investigación inmediata del lugar de los hechos y garantizando la correcta cadena de custodia⁶⁶.

En relación con esta cuestión siguen planteándose numerosas cuestiones con relación al requisito de la corroboración. Qué tipos de pruebas son admisibles que permiten variaciones y estrategias que se separan de cánones tradicionales intentando no cruzar la fina línea que tilda un juicio de justo a injusto para los derechos de la defensa. No obstante, el proceso debe garantizar que el jui-

⁶⁵ *Ibidem*, párr. 2.

⁶⁶ CIADH, *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 19 de mayo de 2014, párr. 188; *Caso Fernández Ortega y otros*, *cit*, párr. 194; *Caso J. Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C. núm. 275, párr. 344.

cio sea justo también para las víctimas, que, en casos de violencia sexual, en su mayoría son mujeres y menores.⁶⁷ La falta de reconocimiento de esta problemática puede atestiguar la afirmación por parte de la doctrina de que las preocupaciones de las mujeres y las niñas han sido invisibilizadas en el proceso nacional y por parte del orden internacional.⁶⁸

V. CONCLUSIONES

Los ordenamientos nacionales procesales recogen diferentes modalidades del derecho a la confrontación. Existen casos en que el derecho a la confrontación se recoge de forma absoluta y sin excepciones, y si hay excepciones, a veces se concretan en medidas cuestionables.

Existen determinadas circunstancias en que, debido a la naturaleza del delito o la vulnerabilidad de la víctima, el derecho a la confrontación ha de permitir excepciones que avalan la admisibilidad de las declaraciones preconstituidas en fase de instrucción, especialmente si se trata de menores.

El derecho internacional de los derechos humanos ha avalado la admisibilidad de declaraciones preconstituidas en fase de instrucción, siempre que, en primer lugar, se le haya brindado a la defensa de la oportunidad de examinar la declaración prejudicial. En caso de no hacerse, recientes desarrollos jurisprudenciales nos demuestran que se ha permitido admitir declaraciones defectuosas, siempre que vayan acompañadas de la debida corroboración, a través de la doctrina de la única y decisiva prueba.

⁶⁷ “The Appeal of Sexual Violence: Gacumbitsi/Akayesu”, in STEFISZYN, K. & DELPORT, E. (eds.), *Gender Based Violence in Africa*, at 51, University of Pretoria, 2007. Consultado en: <http://preventgbv africa.org/wp-content/uploads/2013/10/gender_based_violence-africa.pdf>.

⁶⁸ CHARLESWORTH, H., & CHINKIN, C., *The boundaries of international law: A feminist analysis*, Manchester University Press, 2000, p. 1.

No obstante, dicha doctrina resulta limitada e inadecuada para hacer frente a casos de violencia sexual. Para estos casos los Tribunales Internacionales han avalado medidas como la posibilidad del uso del testimonio de referencia si la víctima ha fallecido y presionar al Estado, a través de las condenas por falta en sus obligaciones positivas de investigar suficientemente casos de violencia sexual. En esta jurisprudencia también se encuentran algunas guías y sugerencias por parte de la jurisprudencia internacional que indican al Estado qué pruebas han de utilizarse. Está por ver si los Estados integran mecanismos y garantías en sus ordenamientos nacionales que permitan su práctica y valoración.