

## HIGH COURT OF AUSTRALIA / TRIBUNAL SUPREMO DE AUSTRALIA

KIEFEL CJ,  
BELL, GAGELER, KEANE, NETTLE, GORDON Y EDELMAN JJ

GEORGE PELL	DEMANDANTE
Y	
LA REINA	DEMANDADA

*Pell v La Reina*

[2020] HCA 12

*Fecha de audiencia: 11 y 12 de marzo de 2020*

*Fecha del fallo: 7 de abril 2020*

M112/2019

### DISPOSICIÓN

1. *Permiso especial para apelar concedido.*
2. *Apelación tratada como presentada y escuchada sin demora y permitida.*
3. *Anular la disposición 2 de las disposiciones de la Corte de Apelación del Tribunal Supremo de Victoria emitida el 21 de agosto de 2019, y en su lugar, disponer que:*
  - (a) *se permita la apelación; y*
  - (b) *se anulen las condenas del apelante y se dicten sentencias de absolución en su lugar.*

En apelación del Tribunal Supremo de Victoria.

### Representación

B W Walker SC con R B Shann por el demandante (instruido por Galbally y O'Bryan)

K E Judd QC con M J Gibson QC y A S Ellis por el demandado (instruido por la Oficina del Fiscal General de Victoria)

**Catchwords****Pell v The Queen**

Criminal law – Sexual offences against children – Appeal against conviction by jury on ground that verdict unreasonable or cannot be supported having regard to whole of evidence – Where prosecution case wholly dependent upon acceptance of truthfulness and reliability of complainant's account – Where jury assessed complainant's evidence as credible and reliable – Where witnesses gave unchallenged evidence of specific recollections, practices and routines inconsistent with acceptance of complainant's account («unchallenged inconsistent evidence») – Where Court of Appeal required to take into account forensic disadvantage experienced by applicant – Whether prosecution negated reasonable possibility that applicant did not commit offences – Whether Court of Appeal required applicant to establish offending impossible to raise reasonable doubt – Whether unchallenged inconsistent evidence required jury, acting rationally, to have entertained doubt as to applicant's guilt.

Criminal practice – Appeal – Video evidence – Where evidence of complainant and other witnesses recorded – Where Court of Appeal viewed recorded witness testimony – Whether proper discharge of appellate court's function necessitated review of recorded witness testimony.

Words and phrases – «beyond reasonable doubt», «compounding improbabilities», «credibility and reliabil-

**Palabras Clave****Pell v La Reina**

Derecho penal – Delitos sexuales contra niños – Apelación contra la condena del jurado sobre la base de que el veredicto no es razonable o no puede ser apoyado teniendo en cuenta toda la prueba – Cuando el caso de enjuiciamiento depende totalmente de la aceptación de la veracidad y la fiabilidad del relato del demandante – Donde el jurado evaluó la declaración del demandante como creíble y fiable – Donde los testigos ofrecieron una prueba no contrastada de recuerdos, prácticas y rutinas específicas inconsistentes con la aceptación del relato del demandante («prueba inconsistente no contrastada») – Cuando el Tribunal de Apelación requirió considerar la desventaja forense experimentada por el demandante – Si la acusación negó la posibilidad razonable de que el demandante no cometiera delitos – Si el Tribunal de Apelación requirió al demandante establecer que es imposible en el delito plantear dudas razonables – Si la prueba inconsistente no contrastada requería jurado, actuar racionalmente, haber tenido dudas sobre la culpabilidad del demandante.

Práctica penal – Apelación – Pruebas en video – Cuando se grabaron las pruebas del demandante y otros testigos – Donde el Tribunal de Apelación visualizó el testimonio grabado de un testigo – Si el desempeño adecuado de la función del tribunal de apelaciones requirió la revisión del testimonio grabado de un testigo.

Palabras y frases – «más allá de toda duda razonable», «agravando las improbabilidades», «credibilidad y fiabili-

ity», «function of the appellate court», «function of the jury», «impossibility», «improbability of events», «invariable practice», «jury's advantage in seeing and hearing the witnesses», «negated the reasonable possibility», «opportunity witnesses», «realistic opportunity for the offending to have occurred», «religious ritual», «routines and practices», «significant forensic disadvantage», «significant possibility that an innocent person has been convicted», «solid obstacles to conviction», «standard and burden of proof», «unchallenged evidence», «un-corroborated», «video-recordings of the witnesses at trial».

*Crimes Act 1958 (Vic)*, ss 45(1), 47(1).

*Criminal Procedure Act 2009 (Vic)*, ss 276(1)(a), 378, 379(b)(i).

*Judiciary Act 1903 (Cth)*, s 37.

*Jury Directions Act 2015 (Vic)*, ss 4A, 39.

1. KIEFEL CJ, BELL, GAGELER, KEANE, NETTLE, GORDON AND EDELMAN JJ. On 11 December 2018, the applicant was convicted following a trial before the County Court of Victoria (Chief Judge Kidd and a jury) of one charge of sexual penetration of a child under 16 years<sup>1</sup> and four charges of committing an act of indecency with or in the presence of a child under the age of 16 years<sup>2</sup>. The offences charged in the first four charges were alleged to have been committed on a date between 1 July and 31 December 1996. The fifth charge was alleged to have been committed between 1 July 1996

dad», «función del tribunal de apelación», «función del jurado», «imposibilidad», «improbabilidad de hechos», «práctica invariable», «ventaja del jurado para ver y escuchar a los testigos», «negación de la posibilidad razonable», «testigos de los hechos», «oportunidad realista para que ocurriera el delito», «ritual religioso», «rutinas y costumbres», «desventaja pericial significativa», «posibilidad significativa de que una persona inocente haya sido condenada», «impedimentos sólidos a la condena», «valoración y carga de la prueba», «prueba no cuestionada», «sin corroborar», «grabaciones de video de los testigos en juicio».

*Ley de Delitos de 1958 (Vic)*, ss 45(1), 47(1).

*Ley de Procedimiento Criminal de 2009 (Vic)*, ss 276(1)(a), 378, 379(b)(i).

*Ley Judicial de 1903 (Cth)*, s 37.

*Ley de Instrucciones del Jurado 2015 (Vic)*, ss 4A, 39.

1. KIEFEL CJ, BELL, GAGELER, KEANE, NETTLE, GORDON Y EDELMAN JJ. El 11 de diciembre de 2018, el demandante fue condenado después de un juicio ante el Tribunal del Condado de Victoria (juez principal Kidd y un jurado) por un cargo de penetración sexual de un niño menor de 16 años<sup>1</sup> y cuatro cargos de comisión de un acto impúdico con o en presencia de un niño menor de 16 años<sup>2</sup>. Se alegó que los delitos acusados en los primeros cuatro cargos habían sido cometidos en una fecha comprendida entre el 1 de julio y el 31 de diciembre de 1996. Se alegó que el quinto cargo se cometió entre el 1 de julio de 1996 y

<sup>1</sup> *Crimes Act 1958 (Vic)*, s 45(1).

<sup>2</sup> *Crimes Act 1958 (Vic)*, s 47(1).

and 28 February 1997. All the offences were alleged to have been committed in St Patrick's Cathedral, East Melbourne («the Cathedral»), following the celebration of Sunday solemn Mass and within months of the applicant's installation as Archbishop of Melbourne. The victims of the alleged offending were two Cathedral choirboys, «A» and «B».

### **Procedural history**

2. A made his first complaint about the alleged assaults in June 2015. The prosecution case was wholly dependent upon acceptance of the truthfulness and the reliability of A's evidence. By the time A made his complaint, B had died in accidental circumstances. In 2001, B had been asked by his mother whether he had ever been «interfered with or touched up» while in the Cathedral choir. He said that he had not.

3. This was the second trial of these charges, the jury at the first trial having been unable to agree on its verdicts.

4. The applicant sought leave to appeal against his convictions to the Court of Appeal of the Supreme Court of Victoria (Ferguson CJ, Maxwell P and Weinberg JA). He was granted leave on a single ground (ground 1), which contended that the verdicts were unreasonable and could not be supported by the evidence.

5. The members of the Court of Appeal viewed the recording of A's evidence, and that of a number of other prosecution witnesses. The majority, Ferguson CJ and Maxwell P, assessed A as a compellingly credible witness.

el 28 de febrero de 1997. Se alegó que todos los delitos se cometieron en la Catedral de San Patricio, East Melbourne («la Catedral»), después de la celebración de la misa solemne del domingo y pocos meses después de la toma de posesión del demandante como Arzobispo de Melbourne. Las víctimas del presunto autor fueron dos niños cantores de la Catedral, «A» y «B».

### **Historia procesal**

2. A presentó su primera denuncia sobre las presuntas agresiones en junio de 2015. El caso de enjuiciamiento dependía totalmente de la aceptación de la veracidad y la fiabilidad de la prueba de A. Cuando A presentó su denuncia, B ya había muerto en circunstancias accidentales. En 2001, su madre le había preguntado a B si alguna vez había sido «molestado o sometido a tocamientos» mientras estaba en el coro de la Catedral. Él dijo que no.

3. Este fue el segundo juicio de estos cargos, el jurado del primer juicio no pudo ponerse de acuerdo en su veredicto.

4. El demandante solicitó permiso para apelar por sus condenas ante la Corte de Apelación del Tribunal Supremo de Victoria (Ferguson CJ, Maxwell P y Weinberg JA). Se le concedió permiso por un solo motivo (motivo 1), que sostuvo que los veredictos no eran razonables y no podían ser respaldados por la prueba.

5. Los miembros del Tribunal de Apelación vieron la grabación de la declaración de A y la de varios otros testigos de cargo. La mayoría, Ferguson CJ y Maxwell P, evaluaron a A como un testigo convincente y creíble. Hubo

There was evidence, adduced in the prosecution case from witnesses described as «the opportunity witnesses», with respect to the applicant's and others' movements following the conclusion of Sunday solemn Mass, which was inconsistent with acceptance of A's account. Their Honours concluded that no witness could say with certainty that the routines and practices described by the opportunity witnesses were never departed from<sup>3</sup>. Their Honours reviewed a number of «solid obstacles» to conviction and in each case concluded that the jury had not been compelled to entertain a doubt as to the applicant's guilt.

6. Weinberg JA, in dissent, considered that, in light of the unchallenged evidence of the opportunity witnesses, «the odds against [A's] account of how the abuse had occurred, would have to be substantial»<sup>4</sup>. His Honour concluded that the jury, acting reasonably on the whole of the evidence, ought to have had a reasonable doubt as to the applicant's guilt.

7. The applicant applied for special leave to appeal from the judgment of the Court of Appeal on two grounds. The first proposed ground contends that the Court of Appeal majority erred by finding that their belief in A required the applicant to establish that the offending was impossible in order to raise and leave a doubt. The second proposed ground contends that the Court of Appeal majority erred in

prueba, presentada en el caso de la acusación por testigos descritos como «los testigos de los hechos», con respecto a los movimientos del demandante y de otros después de la conclusión de la misa solemne del domingo, que era inconsistente con la aceptación del relato de A. Sus Señorías concluyeron que ningún testigo podría decir con seguridad que en ningún momento se habían dejado de practicar las costumbres y rutinas descritas por los testigos de los hechos<sup>3</sup>. Sus Señorías revisaron una serie de «impedimentos sólidos» a la condena y en cada caso concluyeron que el jurado no había sido apremiado a albergar dudas sobre la culpabilidad del demandante.

6. Weinberg JA, en desacuerdo, consideró que, a la luz del testimonio indiscutible de los testigos de los hechos, «las probabilidades en contra del relato de [A] de cómo se había producido el abuso, tendrían que ser sustanciales»<sup>4</sup>. Su Señoría concluyó que el jurado, actuando razonablemente sobre la totalidad de las pruebas, debería haber tenido una duda razonable sobre la culpabilidad del demandante.

7. El demandante solicitó un permiso especial para apelar la sentencia del Tribunal de Apelación por dos motivos. El primer motivo propuesto sostiene que la mayoría del Tribunal de Apelación erró al pensar que su confianza en A hacía necesario que el demandante tuviera que demostrar que la agresión era imposible de realizar para poder plantear y dejar una duda. El segundo motivo propuesto sostiene que la

3 *Pell v The Queen* [2019] VSCA 186 at [166].

4 *Pell v The Queen* [2019] VSCA 186 at [1064].

their conclusion that the verdicts were not unreasonable as, in light of findings made by their Honours, there remained a reasonable doubt as to the existence of any opportunity for the offending to have occurred.

8. On 13 November 2019, Gordon and Edelman JJ referred the application for special leave to appeal to a Full Court for argument as on an appeal. The application was heard on 11 and 12 March 2020.

### Disposición

9. For the reasons to be given, it is evident that there is «a significant possibility that an innocent person has been convicted because the evidence did not establish guilt to the requisite standard of proof»<sup>5</sup>. Special leave to appeal should be granted on both grounds and the appeal allowed. The respondent submitted that, in the event special leave were granted and the appeal allowed, the matter should be remitted to the Court of Appeal or relisted before this Court so that the whole of the evidence might be placed before it.

10. The respondent's submission with respect to the consequential order is rejected. The submission that the Court does not have before it the material to enable it to determine whether the verdicts are unreasonable or cannot be supported by the evidence is specious. Each party placed before the

mayoría del Tribunal de Apelación erró en su conclusión de que los veredictos no eran irrazonables ya que, a la luz de las conclusiones hechas por sus Señorías, quedaba una duda razonable sobre la existencia de cualquier oportunidad para que el delito hubiera ocurrido.

8. El 13 de noviembre de 2019, Gordon y Edelman JJ remitieron la solicitud de un permiso especial para presentar ante una Tribunal Superior («Full Court») un alegato de apelación. La apelación se escuchó los días 11 y 12 de marzo de 2020.

### Disposición

9. Por las razones que se dan, es evidente que existe «una posibilidad significativa de que una persona inocente haya sido condenada porque la prueba realizada no establece la culpabilidad con el grado de prueba requerido»<sup>5</sup>. Se debe otorgar un permiso especial para apelar por ambos motivos y permitir la apelación. El demandado afirmó que, en caso de que se concediera un permiso especial y se permitiera la apelación, el asunto debería remitirse al Tribunal de Apelaciones o volverse a presentar ante este Tribunal para que el conjunto de las pruebas pudiera ser presentado ante él.

10. La presentación del demandado con respecto a la disposición consecuente es rechazada. La afirmación de que el Tribunal no tiene ante sí el material que le permite determinar si los veredictos no son razonables o no pueden ser sostenidos por la prueba es engañosa. Cada parte presentó ante el

<sup>5</sup> *Chidiac v The Queen* (1991) 171 CLR 432 at 444 per Mason CJ, citing *Chamberlain v The Queen [No 2]* (1984) 153 CLR 521 at 618-619 per Deane J; see also *M v The Queen* (1994) 181 CLR 487 at 494 per Mason CJ, Deane, Dawson and Toohey JJ.

Court all the evidence that it considered relevant to the determination of the applicant's proposed second ground of appeal and each party addressed written and oral submissions as to the inferences to be drawn from it. This Court is empowered to give, and should give, such judgment as ought to have been given by the Court of Appeal<sup>6</sup>. As will appear, the Court of Appeal majority's findings ought to have led to the appeal being allowed. It follows that the order of the Court of Appeal must be set aside and in its place the appeal to that Court allowed, the applicant's convictions quashed and verdicts of acquittal entered.

### **The layout of the Cathedral and the conduct of processions**

11. Before outlining A's allegations, there should be reference to aspects of the layout of the Cathedral and its surrounds, and to the manner in which the applicant, his attendants and the choir ordinarily processed from the Cathedral at the conclusion of Sunday solemn Mass at the time of the alleged offending. Adjoining the Cathedral at the rear is a modern building called the «Knox Centre». A metal gate at the eastern end of the Cathedral on its southern side opens into a short corridor between the Cathedral and the Knox Centre. The corridor gives access to several toilets and was referred to as the «toilet corridor». At the end of the toilet corridor, a glass door opens onto a small vestibule. To the right, as one passes through the glass door from the toilet corridor, there is a fire door which

Tribunal todas las pruebas que consideró relevantes para la determinación del segundo motivo de apelación propuesto por el demandante y cada parte aportó alegatos escritos y orales en cuanto a las conclusiones que se pueden extraer de ellas. Este Tribunal está facultado para dar, y debe dar, la sentencia que debería haber dictado el Tribunal de Apelación<sup>6</sup>. Como aparecerá, las conclusiones de la mayoría del Tribunal de Apelación deberían haber llevado a que se permitiera la apelación. De ello se deduce que la orden del Tribunal de Apelación debe ser anulada y, en su lugar, debe ser permitida la apelación a ese Tribunal, anuladas las condenas del demandante y dictados los veredictos de absolución.

### **La disposición de la Catedral y la realización de procesiones**

11. Antes de exponer las acusaciones de A, debe hacerse referencia a aspectos del diseño de la Catedral y sus alrededores, y a la forma en que el demandante, sus asistentes y el coro normalmente procesionaban desde la Catedral al concluir la misa solemne del domingo en el momento del presunto delito. Junto a la Catedral, en la parte trasera, hay un edificio moderno llamado «Knox Center». Hay una puerta de metal en el extremo occidental de la Catedral, en su muro sur, que se abre hacia un corredor corto que hay entre la Catedral y el Centro Knox. El corredor da acceso a varios baños y se conoce como el «pasillo del baño». Al final del pasillo del baño, una puerta de cristal se abre a un pequeño vestíbulo. A la derecha, cuando uno atraviesa la puerta de cristal desde el pasillo del baño, hay una puerta cor-

<sup>6</sup> *Judiciary Act 1903* (Cth), s 37.



gives access to the Knox Centre. The choir room, in which the choir robed, was located in the Knox Centre. To the left, as one passes through the glass door from the toilet corridor, there is a door which gives access to another corridor («the sacristy corridor»). The sacristy corridor is within the Cathedral but is not open to the public. On the southern side of the sacristy corridor, closest to the vestibule, is the archbishop's sacristy. The priests' sacristy is next to the archbishop's sacristy. Opposite both is a room which at the time was known as the «utility room» and was used by the altar servers as a robing room. Access to the sacristy corridor can also be gained through a set of double doors at the eastern end of the south transept.

12. After the dismissal at the end of Sunday solemn Mass, the choir, attendants and clergy formally processed down the Cathedral's centre aisle to the great west door. The procession was led by the altar servers; next came the choir comprising around 50 boys, ranging from grade 3 to grade 12, and around 12 adult male singers; they were followed by the choirmaster, and concelebrant and other priests. The applicant, with his master of ceremonies, Monsignor Portelli, came last. They were accompanied by two further altar servers. The choir processed in file two-by-two in strict order with the sopranos first, followed by the altos, the tenors, the basses and the adult choristers. The choir marshal ensured that the procession maintained discipline.

tafuego que da acceso al Centro Knox. La sala del coro, en la que se vestía el coro, estaba ubicada en el Centro Knox. A la izquierda, cuando uno pasa por la puerta de vidrio desde el pasillo del servicio, hay una puerta que da acceso a otro pasillo («el pasillo de la sacristía»). El pasillo de la sacristía está dentro de la Catedral, pero no está abierto al público. En el lado sur del pasillo de la sacristía, más cercano al vestíbulo, se encuentra la sacristía del arzobispo. La sacristía de los sacerdotes está al lado de la sacristía del arzobispo. Frente a ambas hay una sala que en ese momento era conocida como el «cuarto de herramientas» y era utilizada por los monaguillos como sala para vestirse. También se puede llegar al pasillo de la sacristía a través de un conjunto de puertas dobles en el extremo oriental del crucero sur.

12. Después de la despedida al final de la misa solemne del domingo, el coro, los asistentes y el clero procesionaron formalmente por el pasillo central de la Catedral hasta la gran puerta oeste. La procesión fue encabezada por los acólitos; luego el coro compuesto por alrededor de 50 niños, que van desde el grado 3 al grado 12, y alrededor de 12 cantores adultos hombres; fueron seguidos por el director del coro, el concelebrante y otros sacerdotes. El demandante, con su maestro de ceremonias, Monseñor Portelli, fue el último. Estaban acompañados por otros dos acólitos. El coro procesionó en fila de dos en estricto orden con los sopranos primero, seguidos por los contraltos, los tenores, los bajos y los cantores adultos. El director del coro se aseguraba de que la procesión mantuviera el orden.



13. On fine days, the procession proceeded out through the west door. It was the applicant's practice to leave the procession at this point and remain on the steps of the Cathedral, with Portelli, to greet congregants as they were leaving. This «meet and greet» was estimated to have taken between ten minutes and half an hour on an ordinary day on which the applicant did not have an engagement in the afternoon. Meanwhile, the procession turned to its left and processed around the southern side of the Cathedral to the metal gate and into the toilet corridor. The choristers returned to the choir room in the Knox Centre and the altar servers and priests entered the Cathedral through the sacristy corridor. The altar servers entered the priests' sacristy and in formation bowed to the crucifix, thereby marking the formal end of the proceeding.

14. If the weather was inclement, the procession processed down the centre aisle to the west door and processed back along the southern aisle, through the double doors in the south transept and into the sacristy corridor. The choristers walked along the sacristy corridor through the door to the vestibule and into the choir room in the Knox Centre, while the altar servers entered the priests' sacristy and bowed to the crucifix.

#### **A's evidence**

15. A and B were aged 13 years at the time of these events. A was a soprano. It was his evidence that, following Sunday solemn Mass, he and B had broken away from the procession at a point when it was approaching the

13. En los días buenos, la procesión salía por la puerta oeste. La costumbre del demandante era abandonar la procesión en este punto y permanecer en los escalones de la Catedral, con Portelli, para saludar a los feligreses cuando salían. Se estimó que este «encuentro y saludo» duraba entre diez minutos y media hora en un día normal en el que el demandante no tenía un compromiso por la tarde. Mientras tanto, la procesión giraba a su izquierda y procesionaba alrededor del muro sur de la Catedral hasta la puerta de metal y hacia el pasillo del baño. Los niños del coro regresaban a la sala del coro en el Centro Knox y los acólitos y los sacerdotes entraban a la Catedral a través del pasillo de la sacristía. Los acólitos entraban en la sacristía de los sacerdotes y en formación se inclinaban ante el crucifijo, marcando así el final formal del acto.

14. Si el clima era adverso, la procesión iba por el pasillo central hasta la puerta oeste y procesionaba nuevamente a lo largo del pasillo sur, a través de las puertas dobles en el crucero sur y hacia el pasillo de la sacristía. Los niños del coro recorrían el pasillo de la sacristía, atravesaban la puerta del vestíbulo y entraban en la sala del coro en el Centro Knox, mientras los acólitos entraban a la sacristía de los sacerdotes y se inclinaban ante el crucifijo.

#### **Declaración de A**

15. A y B tenían 13 años en el momento de estos hechos. A era soprano. Fue su testimonio que, después de la misa solemne del domingo, él y B se habían separado de la procesión en un determinado punto cuando se acercaba

metal gate to the toilet corridor. The two of them had slipped away and gone back into the Cathedral through the door to the south transept. The double doors from the south transept to the sacristy corridor were unlocked and they made their way down the corridor to the priests' sacristy, which was unlocked. They went inside and were «poking around». In a cupboard in an alcove they found a bottle of red altar wine. They had barely taken a couple of swigs from the bottle when the applicant appeared in the doorway. He was standing alone in his robes. He challenged them, saying, «[w]hat are you doing in here?» or «[y]ou're in trouble». A and B froze. The applicant undid his trousers and belt and started «moving... underneath his robes».

16. The applicant pulled B aside, took his penis out and lowered B's head towards it. A saw the applicant's hands around the back of B's head. B was crouched before the applicant and his head was down near the applicant's genitals (charge one). B said «[c]an you let us go? We didn't do anything.» This assault took place for «barely a minute or two».

17. Next, the applicant turned to A, pushing him down into a crouching position. The applicant was standing and his penis was erect. He pushed his penis into A's mouth. This assault took place over a short period of time that «wouldn't have been any more than 2 minutes» (charge two).

18. The applicant then instructed A to undo A's pants and to take them off. A dropped his pants and underwear and the applicant started touching A's penis and testicles (charge three).

a la puerta de metal que daba al pasillo del baño. Los dos se habían escapado y regresado a la Catedral a través de la puerta del crucero sur. Las puertas dobles del crucero sur al pasillo de la sacristía estaban abiertas y fueron por el pasillo hasta la sacristía de los sacerdotes, que estaba abierta. Entraron y estuvieron «hurgando por allí». En un armario en una alacena encontraron una botella de vino de misa. Apenas habían tomado un par de tragos de la botella cuando el demandante apareció por la puerta. Estaba solo con su alba. Les regañó, diciendo: «¿qué hacéis aquí?» o «estáis en problemas». A y B se quedaron paralizados. El demandante se quitó sus pantalones y su cinturón y comenzó a «moverse... debajo de su alba».

16. El demandante puso a B a un lado, sacó su pene y bajó la cabeza de B hacia él. A vio las manos del demandante alrededor de la parte posterior de la cabeza de B. B estaba agachado ante el demandante y tenía la cabeza baja cerca de los genitales del demandante (cargo uno). B dijo «¿puedes dejar que nos vayamos? No hicimos nada». Esta agresión duró apenas un minuto o dos.

17. A continuación, el demandante se volvió hacia A, empujándole hacia abajo para agacharlo. El demandante estaba de pie y su pene estaba erecto. Empujó su pene dentro de la boca de A. Esta agresión tuvo lugar durante un corto período de tiempo que «no duraría más de 2 minutos» (cargo dos).

18. Luego, el demandante le indicó a A que se desabrochara los pantalones y se los quitara. A se quitó los pantalones y la ropa interior y el demandante comenzó a tocar el pene y los testículos

As he was doing this, the applicant used his other hand to touch his own penis (charge four). The applicant was crouched almost on one knee. These further acts of indecency occupied «a minute or two». A and B made some objections but did not quite yell out. They were sobbing and whimpering. The applicant told them to be quiet, in an attempt to stop them crying.

19. After the applicant stopped, A gathered himself and his clothing. He and B re-joined some of the choir, who were mingling around in the choir room and finishing up for the day. A and B then left the Cathedral precinct. A recalled that they were picked up by his parents or B's parents. He did not complain to anyone, including his parents, about the incident. Nor did he ever discuss the offending with B.

20. At least a month after the first incident, again following Sunday solemn Mass at the Cathedral, A was processing with the choir back along the sacristy corridor towards the Knox Centre (the procession on this occasion was evidently an internal one). After A passed the doors to the priests' sacristy, but before reaching the door to the archbishop's sacristy, the applicant appeared and pushed A against the wall and squeezed his testicles and penis painfully. The applicant was «in his full regalia». The assault was fleeting. A did not say anything nor did he tell B about this second incident (charge five).

21. A was uncertain of the date of each incident. He believed that both had occurred following a Sunday solemn Mass celebrated by the applicant in the second half of 1996, before

de A (cargo tres). Mientras hacía esto, el demandante utilizó su otra mano para tocar su propio pene (cargo cuatro). El demandante casi estaba agachado sobre una rodilla. Estos otros actos impúdicos duraron «uno o dos minutos». A y B protestaron un poco pero no llegaron a gritar. Estaban llorando y sollozando. El demandante les dijo que se callaran, en un intento de que dejaran de llorar.

19. Después de que el demandante parara, A se recompuso y recogió su ropa. Él y B se volvieron a juntar con algunos del coro, que estaban confraternizando en la sala del coro y terminando el día. A y B salieron luego del recinto de la Catedral. A recordó que fueron recogidos por sus padres o por los padres de B. No se quejó a nadie, incluidos sus padres, sobre el incidente. Tampoco habló de la agresión con B.

20. Al menos un mes después del primer incidente, nuevamente después de la misa solemne del domingo en la Catedral, A estaba procesionando con el coro por el pasillo de la sacristía hacia el Centro Knox (la procesión en esta ocasión fue evidentemente interna). Después de que A pasara las puertas de la sacristía de los sacerdotes, pero antes de que llegara a la puerta de la sacristía del arzobispo, el demandante apareció y empujó a A contra la pared y agarró sus testículos y su pene causándole dolor. El demandante estaba «con toda su indumentaria». La agresión fue fugaz. A no dijo nada ni le contó a B sobre este segundo incidente (cargo cinco).

21. A no estaba seguro de la fecha de cada incidente. Creía que ambos habían ocurrido después de unas misas solemnes del domingo celebradas por el demandante en la segunda mitad de

Christmas. He maintained that the two incidents were separated by at least one month.

**The celebration of Sunday solemn Mass following the applicant's installation as Archbishop of Melbourne**

22. The applicant was installed as Archbishop of Melbourne on 16 August 1996 at a ceremony held in the Exhibition Building. The Cathedral was closed from Easter until the last week of November 1996 while renovations were being completed. The archbishop's sacristy was not available for the applicant's use throughout the period of the alleged offending. The applicant used the priests' sacristy to put on and remove his vestments in this period. Portelli and any other priests also used the priests' sacristy for robing.

23. The first occasion on which the applicant celebrated Mass at the Cathedral was the vigil of Christ the King on the evening of Saturday, 23 November 1996. The first time the applicant celebrated Sunday solemn Mass in the Cathedral was on 15 December 1996. The only other occasion on which the applicant celebrated Sunday solemn Mass in the Cathedral in 1996 was on 22 December. The next occasion on which the applicant was present in the Cathedral for the celebration of Sunday solemn Mass was on 23 February 1997. The occasion was unusual in that the celebrant was Father Brendan Egan and not the applicant. The applicant presided at the Mass, a role which did not require him to speak.

1996, antes de Navidad. Sostuvo que los dos incidentes estuvieron separados por al menos un mes.

**La celebración de la misa solemne del domingo después de la toma de posesión del demandante como arzobispo de Melbourne**

22. El demandante fue presentado como Arzobispo de Melbourne el 16 de agosto de 1996 en una ceremonia celebrada en el Edificio de Exposiciones. La Catedral estuvo cerrada desde Semana Santa hasta la última semana de noviembre de 1996, mientras se completaban las reformas. La sacristía del arzobispo no estuvo disponible para el uso del demandante durante el periodo del presunto delito. El demandante utilizó la sacristía de los sacerdotes para ponerse y quitarse las vestiduras en este período. Portelli y los demás sacerdotes también usaron la sacristía de los sacerdotes para vestirse.

23. La primera ocasión en que el demandante celebró la misa en la catedral fue la vigilia de Cristo Rey en la tarde del sábado 23 de noviembre de 1996. La primera vez que el demandante celebró la misa solemne del domingo en la Catedral fue el 15 de diciembre de 1996. La única otra ocasión en que el demandante celebró la misa solemne del domingo en la Catedral en 1996 fue el 22 de diciembre. La siguiente ocasión en que el demandante estuvo presente en la Catedral para la celebración de la Misa solemne del domingo fue el 23 de febrero de 1997. Esa ocasión fue excepcional en el hecho de que el celebrante fuera el padre Brendan Egan y no el demandante. El demandante presidió la Misa, un papel que no requería que él hablara.

24. When presiding at solemn Mass the applicant wore his «choir robes»: a purple cassock, which was worn under a white garment called a «rotchet» that extended down to the knees, and over which the applicant also wore a short purple cape. When celebrating solemn Mass, the applicant wore an alb, which is a white, ankle-length tunic, tied at the waist with a cincture, a rope knotted several times to keep it in place; a stole; a cross around the neck; a green and gold cord worn down the back; a chasuble; a purple skull cap; and a mitre. In procession, the applicant carried a crosier.

25. In the way the prosecution case was left to the jury, it was alleged that the first incident occurred on either 15 or 22 December 1996 and that the second incident occurred on 23 February 1997.

#### **The applicant's denials**

26. The applicant did not give evidence at the trial. In October 2016, he voluntarily participated in a video-recorded interview with the police, which was in evidence. In the course of the interview the applicant emphatically denied A's allegations, stating that «[t]he most rudimentary interview of staff and those who were choirboys» at the time would confirm not only that the allegations were «fundamentally improbable» but also that they were «most certainly false». The applicant told the investigating police that he and his master of ceremonies were at the front of the Cathedral after Mass «as I always did», while the sacristan and his assistant would be in the sacristy cleaning up and bringing out the vessels and other items from the Mass.

24. Al presidir una misa solemne, el demandante llevaba su «ropa de coro»: una sotana púrpura, que llevaba debajo de una prenda blanca llamada «roquete» que le llegaba hasta las rodillas, y sobre el cual el demandante también llevaba una capa corta de color púrpura. Al celebrar la misa solemne, el demandante llevaba alba, que es una túnica blanca, hasta el tobillo, atada a la cintura con un cingulo, una cuerda anudada varias veces para sujetarlo; una estola, una cruz alrededor del cuello; un cordón verde y dorado colocado sobre la espalda; una casulla, un solideo morado; y una mitra. En la procesión, el demandante llevaba un báculo.

25. En la forma en que la acusación se presentó al jurado, se alegó que el primer incidente ocurrió el 15 o 22 de diciembre de 1996 y que el segundo ocurrió el 23 de febrero de 1997.

#### **Las negaciones del demandante**

26. El demandante no declaró en el juicio. En octubre de 2016, él participó voluntariamente en una declaración grabada en vídeo con la policía, que fue elemento de prueba. En el curso de la entrevista, el demandante negó enfáticamente las acusaciones de A, afirmando que «la entrevista más elemental al personal y los que eran niños cantores» en ese momento confirmaría no solo que las acusaciones eran «fundamentalmente improbables» sino también que eran «ciertamente falsas». El demandante le dijo a la policía encargada de la investigación que él y su maestro de ceremonias estaban en la entrada de la Catedral después de la misa «como siempre lo hacía», mientras que el sacristán y su asistente estarían en la sacristía ordenando y sacando los vasos sagrados y otros objetos de la misa.

### The prosecution's pre-trial application

27. Consistently with its obligation to call all witnesses whose evidence was necessary to give a complete account of material events<sup>7</sup>, the prosecution proposed to call 23 witnesses who were involved in the conduct of solemn Mass at the Cathedral or who were members of the choir in 1996 and/or 1997. The prosecution was presented with the difficulty that a number of its witnesses were expected to give evidence of practices that existed at the time of the alleged offending which, if followed, were inconsistent with the offending having occurred. The prosecution anticipated that a number of its witnesses would give evidence that these practices were followed with such strictness that there was no realistic possibility of the offending having occurred.

28. In an attempt to confront this difficulty, the prosecutor applied to the trial judge for an advance ruling<sup>8</sup> granting leave to cross-examine a number of his witnesses with respect to evidence that was expected to be unfavourable to the prosecution case and, in the case of the sacristan, Max Potter, with respect to a prior inconsistent statement<sup>9</sup>. The trial judge held that evidence adduced by the prosecution that was inconsistent with, or likely to contradict, A's account of events, was relevantly «unfavourable». His Honour granted leave to the prosecutor to cross-examine a number of witnesses (and fore-

### La solicitud previa al juicio

27. Consecuentemente con su obligación de llamar a todos los testigos cuyo testimonio fuera necesario para dar un informe completo de las pruebas materiales<sup>7</sup>, la fiscalía propuso llamar a 23 testigos que estuvieron involucrados en la realización de la misa solemne en la Catedral o fueron miembros del coro en 1996 y/o 1997. A la fiscalía se le presentó la dificultad de que se esperaba que varios de sus testigos dieran testimonio de costumbres que existían en el momento del presunto delito que, de seguirse, eran inconsistentes con el hecho de que el delito hubiera ocurrido. La fiscalía anticipó que varios de sus testigos darían pruebas de que estas costumbres se siguieron con tal rigor que no había una posibilidad realista de que se cometiera el delito.

28. En un intento por afrontar esta dificultad, el fiscal solicitó al juez de primera instancia una resolución anticipada<sup>8</sup> que le otorgara permiso para repreguntar a un número de sus testigos con respecto al testimonio que se esperaba que fuera desfavorable para la acusación y, en el caso del sacristán, Max Potter, con respecto a una declaración previa incoherente<sup>9</sup>. El juez de primera instancia sostuvo que la prueba presentada por la acusación que era inconsistente o que podía contradecir el relato de los hechos de A, era esencialmente «desfavorable». Su Señoría otorgó permiso al fiscal para repreguntar a va-

7 *Whitehorn v The Queen* (1983) 152 CLR 657 at 664 per Deane J, 674 per Dawson J.

8 *Evidence Act 2008* (Vic), s 192A.

9 *Evidence Act 2008* (Vic), s 38(1)(a), (c).



shadowed the grant of leave in relation to other witnesses) with respect to six such topics<sup>10</sup>.

29. These topics were: (i) whether the applicant was always in the company of another, including Portelli or Potter, when robbed; (ii) whether the applicant always greeted congregants on the steps of the Cathedral following Sunday solemn Mass; (iii) whether the applicant's vestments could be moved to the side or parted so as to allow exposure of his penis; (iv) whether the doors from the south transept giving access to the sacristy corridor and the doors to the priests' sacristy were always locked in the period following Sunday solemn Mass; (v) whether the sacramental wine was always locked away and could not have been accessible; and (vi) whether it was possible for two choirboys to separate from the procession without being noticed. The leave granted, at least with respect to topics (i) and (ii), reflected the trial judge's satisfaction that the anticipated evidence, if accepted, excluded the realistic possibility of the offending having occurred as A described it.

### **The prosecutor's opening**

30. In the event, the prosecutor pursued very limited cross-examination of his witnesses pursuant to the grants of leave. In opening his case to the jury, the prosecutor acknowledged that there were a number of seemingly irreconcilable differences between A's account and the evidence to be given by other prosecution witnesses. As the

rios testigos (y presagió la concesión del permiso en relación a otros testigos) con respecto a seis de esos temas<sup>10</sup>.

29. Estos temas fueron: (i) si el demandante siempre estaba en compañía de otro, incluidos Portelli o Potter, cuando se revestía; (ii) si el demandante siempre saludaba a los fieles en los escalones de la Catedral después de la misa solemne del domingo; (iii) si las vestimentas del demandante podrían correrse hacia un lado o separarse para permitir la exposición de su pene; (iv) si las puertas del crucero sur que dan acceso al pasillo de la sacristía y las puertas de la sacristía de los sacerdotes siempre estaban cerradas en el período posterior a la misa solemne del domingo; (v) si el vino sacramental siempre estaba guardado bajo llave y no era accesible; y (vi) si era posible que dos chicos del coro se separaran de la procesión sin que nadie se diera cuenta. El permiso concedido, al menos con respecto a los temas (i) y (ii), reflejaba que se cumplía la expectativa del juez de primera instancia de que la prueba anticipada, si era aceptada, excluía la posibilidad real de que la agresión hubiera ocurrido como A la describió.

### **La declaración inicial del fiscal**

30. En la prueba, el fiscal llevó a cabo un interrogatorio muy limitado de sus testigos en conformidad con las concesiones del permiso concedido. Al exponer su acusación al jurado, el fiscal reconoció que había una serie de diferencias aparentemente irreconcilables entre el testimonio de A y el testimonio que iba a ser presentado por

<sup>10</sup> *DPP v Pell (Evidential Ruling No 3)* [2018] VCC 1231 at [32], [46], [48], [61], [63], [70], [74], [76], [87]-[89], [93], [100], [104], [110], Annexure A.



Court of Appeal majority encapsulated it, the prosecution case was that the evidence of the witnesses apart from A left open a realistic *possibility* that the offending that he described had occurred.

### **The applicant's forensic disadvantage**

31. The trial judge was satisfied that the applicant had experienced a significant forensic disadvantage in being confronted with allegations of criminal offending more than 20 years after the events were said to have occurred. His Honour informed the jury of the nature of the disadvantage and directed them to take it into account when considering the evidence<sup>11</sup>. His Honour's instruction as to the nature of the disadvantage covered the following considerations: (i) the delay meant that the applicant had lost the opportunity of making inquiries and exploring the alleged circumstances close to the time of the alleged events, which may have uncovered additional evidence throwing doubt on A's allegations or supporting the applicant's denials; (ii) most of the opportunity witnesses could only give evidence of practice or routine whereas, had the trial been held on a date closer to 1996, more might have had specific recall of the subject events; (iii) the effluxion of 20 years or so meant that some witnesses no longer presented the lucid and coherent evidence of younger men; (iv) the Dean of the Cathedral in 1996, whose evidence would have been material on the issue

otros testigos de la acusación. Como la mayoría del Tribunal de Apelación lo resumió, el caso de la acusación consistía en que el testimonio de los testigos distintos de A dejaba abierta una *posibilidad* realista de que la agresión que él describió hubiera ocurrido.

### **La desventaja pericial del demandante**

31. El juez de primera instancia estaba convencido de que el demandante había experimentado una desventaja pericial significativa al obligarlo a hacer frente a acusaciones de delitos penales más de 20 años después de la fecha en que se dijo que habían ocurrido los hechos. Su Señoría informó al jurado sobre la naturaleza de la desventaja y les indicó que lo tomaran en cuenta al considerar la prueba<sup>11</sup>. Las instrucciones de su Señoría en cuanto a la naturaleza de la desventaja aportaron las siguientes consideraciones: (i) la demora conllevaba que el demandante había perdido la oportunidad de investigar y explorar las supuestas circunstancias cercanas en el momento de los supuestos eventos, que podrían haber sacado a la luz pruebas adicionales que arrojaran dudas sobre las acusaciones de A o podrían apoyar las negaciones del demandante; (ii) la mayoría de los testigos de los hechos solo podían dar testimonio de costumbres o rutinas, mientras que, si el juicio se hubiera celebrado en una fecha más cercana a 1996, habría más personas que podrían haber tenido un recuerdo específico de los hechos sometidos a investigación; (iii) el paso de 20 años aproximadamente significaba que algunos testigos ya no presentaban el tes-

11 *Jury Directions Act 2015* (Vic), s 39.

of the applicant's movements following Mass, was in a nursing home and incapable of giving reliable evidence; (v) the passage of time diminished the capacity for the defence to fully test A's evidence; and (vi) B would have been a material witness.

### **The Court of Appeal views the recorded evidence**

32. The audio-visual recording of A's evidence at the first trial was admitted at the second trial as if its contents were A's direct testimony under s 379(b) (i) of the *Criminal Procedure Act 2009* (Vic). Section 379 makes provision for the admission of the recording of the evidence of a complainant in any appeal from a criminal proceeding that relates to a charge for a sexual offence<sup>12</sup>. Prior to the hearing in the Court of Appeal, the parties were informed that the Court proposed to watch video-recordings of the trial evidence of four witnesses (A, Portelli, Potter and an altar server, Daniel McGlone), and to attend a view of the Cathedral. In response to this information, the applicant submitted that there was no need for members of the Court of Appeal to watch any video-recordings of the witnesses at trial because his case on appeal did not depend upon an assessment of the credibility of any witness. The applicant agreed that the members of the Court should have the benefit of a view of the Cathedral.

timonio lúcido y coherente que tenían cuando eran hombres más jóvenes; (iv) el Deán de la Catedral en 1996, cuyo testimonio habría sido esencial sobre el tema de los movimientos del demandante después de la Misa, estaba en un hogar de ancianos e incapaz de proporcionar testimonio veraz; (v) el paso del tiempo disminuyó la capacidad de la defensa para someter a prueba completamente la acusación de A; y (vi) B habría sido un testigo fundamental.

### **El Tribunal de Apelación visiona la prueba grabada**

32. La grabación audiovisual del testimonio de A en el primer juicio fue admitida en el segundo juicio como si su contenido fuera el testimonio directo de A bajo s 379 (b) (i) de la *Ley de Procedimiento Penal* de 2009 (Vic). La Sección 379 prevé la admisión de la grabación del testimonio de un demandante en cualquier apelación de un proceso penal referido a un cargo por un delito sexual<sup>12</sup>. Antes de la audiencia en el Tribunal de Apelaciones, se informó a las partes que el Tribunal propuso ver grabaciones en vídeo de la declaración del juicio de cuatro testigos (A, Portelli, Potter y un acólito, Daniel McGlone), y asistir a una visita a la Catedral. En respuesta a esta información, el demandante afirmó que no era necesario que los miembros del Tribunal de Apelación vieran ninguna grabación de vídeo de los testigos en el juicio porque su apelación no dependía de una evaluación de la credibilidad de ningún testigo. El demandante estuvo de acuerdo en que los miembros del Tribunal deberían tener el subsidio de una visita de la Catedral.

<sup>12</sup> *Criminal Procedure Act 2009* (Vic), ss 378(1).

33. The applicant also submitted that, if the Court were nevertheless disposed to watch the video-recordings of some witnesses, the Court should also watch the recordings of a number of other named witnesses in order to avoid the risk of «imbalance» or «undue focus». The risk of «imbalance» was adverted to by French CJ, Gummow and Kiefel JJ in *SKA v The Queen*<sup>13</sup>.

34. The respondent agreed, both with the course proposed by the Court and with the further suggestions by the applicant. The respondent submitted that watching the video-recordings of the witnesses was «desirable given the existence of the relevant recordings».

35. In this Court, the applicant maintained the position that it was unnecessary and undesirable for the members of the Court of Appeal to have watched the recordings of any of the witnesses. Nevertheless, the applicant was not disposed to contend that the course taken by the Court of Appeal was itself an appealable error. The respondent maintained the position that the existence of the recordings was enough to make it «appropriate» for them to be watched by the Court of Appeal.

36. The position maintained by the respondent is not one that should generally be adopted by courts of criminal appeal. In *SKA*<sup>14</sup>, French CJ, Gummow and Kiefel JJ rejected the suggestion that the mere availability of a video-recording of a witness' evidence at trial meant that the proper discharge

33. El demandante también afirmó que, si el Tribunal estaba dispuesto a visionar las grabaciones de vídeo de algunos testigos, el Tribunal también debería ver las grabaciones de otros testigos nombrados para evitar el riesgo de «desequilibrio» o «desenfoque». El riesgo de «desequilibrio» fue advertido por French CJ, Gummow y Kiefel JJ en *SKA v The Queen*<sup>13</sup>.

34. El demandado estuvo de acuerdo, tanto con el itinerario propuesto por el Tribunal como con las sugerencias adicionales del demandante. El demandado afirmó que ver las grabaciones de vídeo de los testigos era «deseable dada la existencia de grabaciones relevantes».

35. En este Tribunal, el demandante mantuvo la posición de que era innecesario e indeseable que los miembros del Tribunal de Apelación vieran las grabaciones de cualquiera de los testigos. Sin embargo, el demandante no estaba dispuesto a afirmar que el itinerario tomado por el Tribunal de Apelación era en sí mismo un error apelable. El demandado mantuvo la posición de que la existencia de las grabaciones era suficiente para que fuera «apropiado» que el Tribunal de apelaciones las viera.

36. La posición mantenida por el demandado no es la que generalmente es adoptada por los tribunales penales de apelación. En *SKA*<sup>14</sup>, French CJ, Gummow y Kiefel JJ rechazaron la sugerencia de que la mera disponibilidad de una grabación de vídeo del testimonio de un testigo en el juicio significara que

13 (2011) 243 CLR 400 at 410-411 [28]-[30].

14 (2011) 243 CLR 400 at 410-412 [27]-[35].

of the function of the appellate court, to make its independent assessment of the evidence, necessitated a viewing of the recording. There may be cases where there is something particular in the video-recording that is apt to affect an appellate court's assessment of the evidence, which can only be discerned visually or by sound. In such cases, there will be a real forensic purpose to the appellate court's examination of the video-recording. But such cases will be exceptional, and ordinarily it would be expected that the forensic purpose that justifies such a course will be adopted by the parties, rather than upon independent scrutiny by the members of the court<sup>15</sup>.

37. Secondly, the assessment of the credibility of a witness by the jury on the basis of what it has seen and heard of a witness in the context of the trial is within the province of the jury as representative of the community<sup>16</sup>. Just as the performance by a court of criminal appeal of its functions does not involve the substitution of trial by an appeal court for trial by a jury, so, generally speaking, the appeal court should not seek to duplicate the function of the jury in its assessment of the credibility of the witnesses where that assessment is dependent upon the evaluation of the witnesses in the wit-

el desempeño adecuado de la labor del tribunal de apelaciones, de cara a hacer su evaluación independiente de la prueba, necesitara de una visión de la grabación. Puede haber casos en los que haya algo particular en la grabación de vídeo que pueda afectar a la evaluación de la prueba por parte de un tribunal de apelaciones, que solo puede discernirse visualmente o por sonido. En tales casos, habrá un verdadero propósito pericial para el examen del tribunal de apelación de la grabación de vídeo. Pero tales casos serán excepcionales, y normalmente lo esperado sería que el propósito pericial que justifica dicho itinerario sea esgrimido por las partes, en lugar de bajo el escrutinio independiente de los miembros del tribunal<sup>15</sup>.

37. En segundo lugar, la evaluación de la credibilidad de un testigo por parte del jurado sobre la base de lo que ha visto y oído de un testigo en el contexto del juicio se encuentra dentro de la jurisdicción del jurado como representante de la comunidad<sup>16</sup>. Así como entre el desempeño de las funciones de un tribunal penal de apelación no está la anulación del juicio realizado por un tribunal de apelación para que sea vuelto a juzgar por un jurado, de manera general, el tribunal de apelación tampoco debe intentar duplicar la función del jurado en su evaluación de la credibilidad de los testigos, cuando

15 *SKA v The Queen* (2011) 243 CLR 400 at 410-411 [30]-[31]; see also at 432-433 [116] per Brennan J.

16 *Kingswell v The Queen* (1985) 159 CLR 264 at 301 per Deane J; *Brown v The Queen* (1986) 160 CLR 171 at 201-202 per Deane J; *Katsumo v The Queen* (1999) 199 CLR 40 at 63-64 [49] per Gaudron, Gummow and Callinan JJ; *Cheng v The Queen* (2000) 203 CLR 248 at 277-278 [80] per Gaudron J; *Alqudsi v The Queen* (2016) 258 CLR 203 at 208 [2], 231-232 [58] per French CJ, 273-274 [195] per Nettle and Gordon JJ; *R v Baden-Clay* (2016) 258 CLR 308 at 329 [65] per French CJ, Kiefel, Bell, Keane and Gordon JJ.

ness-box. The jury performs its function on the basis that its decisions are made unanimously, and after the benefit of sharing the jurors' subjective assessments of the witnesses. Judges of courts of criminal appeal do not perform the same function in the same way as the jury, or with the same advantages that the jury brings to the discharge of its function.

38. It should be understood that when the joint reasons in *M v The Queen*<sup>17</sup> spoke of the jury's «advantage in seeing and hearing the witnesses» as being «capable of resolving a doubt experienced by a court of criminal appeal» as to the guilt of the accused, their Honours were not implying that it was only because there were, at that time, no practical means of enabling a court of criminal appeal to see and hear the evidence of the witnesses at trial that the jury's assessment of the credibility of the witnesses was of such potentially critical importance. The assessment of the weight to be accorded to a witness' evidence by reference to the manner in which it was given by the witness has always been, and remains, the province of the jury. Rather, their Honours in *M* were remarking upon the functional or «constitutional» demarcation between the province of the jury and the province of the appellate court. That demarcation has not been superseded by the improvements in technology that have made the video-recording of witnesses possible.

esa evaluación depende de la evaluación de los testigos en el estrado de los testigos. El jurado realiza su función sobre la base de que sus decisiones se toman por unanimidad y después del beneficio de compartir las evaluaciones subjetivas de los testigos por parte del jurado. Los jueces de los tribunales de apelación penal no desempeñan la misma función que el jurado, ni tienen las mismas ventajas que el jurado aporta al desempeño de su función.

38. Debe entenderse que cuando los argumentos reunidos en *M v La Reina*<sup>17</sup> hablaban del «beneficio del jurado para ver y escuchar a los testigos» como «capaz de resolver una duda experimentada por un tribunal penal de apelación» en cuanto a la culpabilidad del acusado, sus Señorías no estaban suponiendo que fuera sólo porque ahí no había, en ese momento, medios prácticos para capacitar a un tribunal penal de apelación para ver y escuchar los testimonios de los testigos en el juicio, sino que suponían que la evaluación por parte del jurado de la credibilidad de los testigos era de una importancia crucial. La valoración del peso que debe otorgarse al testimonio de un testigo alegando la forma en que fue realizado por el testigo siempre ha sido, y sigue siendo, potestad del jurado. Por el contrario, sus Señorías en *M* se referían a la línea divisoria funcional o «constitucional» entre la potestad del jurado y la potestad del tribunal de apelación. Esa línea divisoria no ha sido anulada por las mejoras en la tecnología que han hecho posible la grabación en vídeo de los testigos.

17 (1994) 181 CLR 487 at 494, 495 per Mason CJ, Deane, Dawson and Toohey JJ.

39. The function of the court of criminal appeal in determining a ground that contends that the verdict of the jury is unreasonable or cannot be supported having regard to the evidence<sup>18</sup>, in a case such as the present, proceeds upon the assumption that the evidence of the complainant was assessed by the jury to be credible and reliable. The court examines the record to see whether, notwithstanding that assessment –either by reason of inconsistencies, discrepancies, or other inadequacy; or in light of other evidence– the court is satisfied that the jury, acting rationally, ought nonetheless to have entertained a reasonable doubt as to proof of guilt.

#### **The Court of Appeal's analysis**

40. In their joint reasons, the Court of Appeal majority explained that they had approached the determination of the appeal «by trying to put ourselves in the closest possible position to that of the jury»<sup>19</sup> by watching the recordings of A's evidence and that of a number of other witnesses, and by reading the transcript and attending a view of the Cathedral. Their Honours concluded, after viewing A's evidence, both before and after the hearing of the appeal, that he was a compelling witness because of the clarity and cogency of his answers and because of the absence of any indication of contrivance in the emotion he conveyed in giving his answers. A impressed their Honours as a witness «who was telling the

39. La función del tribunal penal de apelación en la determinación de un motivo que sostenga que el veredicto del jurado no es razonable o no puede ser sostenido teniendo en cuenta la prueba<sup>18</sup>, en un caso como el presente, se realiza suponiendo que el jurado evaluó que el testimonio del demandante era creíble y fiable. El tribunal examina la grabación para ver si, a pesar de esa evaluación –ya sea por inconsistencias, contradicciones u otra insuficiencia, o a la luz de otras pruebas–, el tribunal llega al convencimiento de que el jurado, actuando de manera racional, debería haber tenido una duda razonable en cuanto a la prueba de la culpabilidad.

#### **El análisis del Tribunal de Apelación**

40. En sus argumentaciones, la mayoría del Tribunal de Apelación explicó que se habían planteado la decisión de la apelación «tratando de situarnos en la posición más cercana posible a la del jurado»<sup>19</sup> visionando las grabaciones del testimonio de A y el de otros testigos, y leyendo la transcripción y realizando una visita a la Catedral. Sus Señorías concluyeron, después de ver la prueba testifical de A, tanto antes como después de la audiencia de la apelación, que era un testigo convincente debido a la claridad y la fuerza de sus respuestas y debido a la ausencia de cualquier indicio de artificiosidad en las emociones que transmitía al dar sus respuestas. A causó buena impresión a sus Señorías como testigo

18 *Criminal Procedure Act 2009* (Vic), s 276(1)(a).

19 *Pell v The Queen* [2019] VSCA 186 at [33].



truth» and whose answers appeared to be «entirely authentic». Their Honours proceeded to consider, in turn, whether each of a number of «solid obstacles» to acceptance of A's account<sup>20</sup> was such as to compel the jury to have had a doubt.

41. The Court of Appeal majority noted that defence counsel made the submission in his closing address that A's account could not be accepted because «it's impossible basically», there having been no opportunity for the events to have occurred in the way that A described. In their Honours' view, the submission made it incumbent upon the prosecution to seek to negative that the offending was impossible by demonstrating that there was a realistic opportunity for the offending to have occurred. While their Honours acknowledged that there was no onus upon the applicant to prove impossibility, their Honours' analysis proceeded by asking, in relation to each piece of evidence that was inconsistent with A's account, whether it was nonetheless realistically possible that that account was true.

42. As Weinberg JA noted, defence counsel's choice to employ the language of impossibility in his closing address risked setting a forensic hurdle that the defence did not need to overcome. Regardless of counsel's rhetorical flourish, the issue was whether the prosecution had excluded the reasonable possibility that the applicant did not commit the offence/s.

«que decía la verdad» y cuyas respuestas parecían ser «totalmente auténticas». Sus Señorías procedieron a examinar, a su vez, si alguno de los «impedimentos sólidos» para la aceptación del relato de A<sup>20</sup> era tan fuerte como para obligar al jurado a haber albergado una duda.

41. La mayoría del Tribunal de Apelación puso de relieve que el abogado defensor argumentó en su intervención final que el relato de A no podía ser aceptado porque «básicamente es imposible», ya que no hubo posibilidad de que los hechos ocurrieran en la forma en que A los describió. En opinión de sus Señorías, la argumentación hizo que correspondiera a la acusación probar negativamente que el delito no era posible, demostrando que había una posibilidad real de que el delito hubiera ocurrido. Si bien sus Señorías reconocieron que no era responsabilidad del demandante demostrar la imposibilidad, el examen de sus Señorías procedió preguntando, en relación con cada prueba que era contradictoria con el relato de A, si de todos modos era realmente posible que ese relato fuera verdadero.

42. Como señaló Weinberg JA, la opción elegida por el abogado defensor de emplear el lenguaje de imposibilidad en su intervención final corría el riesgo de establecer un obstáculo pericial que la defensa no necesitaba superar. Independientemente de la floritura retórica del abogado, la cuestión era si la fiscalía había descartado la posibilidad razonable de que el demandante no cometiera los delitos.

<sup>20</sup> *Pell v The Queen* [2019] VSCA 186 at [23]-[24], [232], citing *R v Klamo* (2008) 18 VR 644 at 654 [40].



43. At the commencement of their reasons the Court of Appeal majority correctly noted that the approach that an appellate court must take when addressing «the unreasonableness ground» was authorita-tively stated in the joint reasons of Mason CJ, Deane, Dawson and Toohey JJ in *M*. The court must ask itself<sup>21</sup>: «whether it thinks that upon the whole of the evidence it was open to the jury to be satisfied beyond reasonable doubt that the accused was guilty».

44. The Court of Appeal majority went on to note that in *Libke v The Queen*, Hayne J (with whom Gleeson CJ and Heydon J agreed) elucidated the *M* test in these terms<sup>22</sup>: «But the question for an appellate court is whether it was *open* to the jury to be satisfied of guilt beyond reasonable doubt, which is to say whether the jury *must* as distinct from *might*, have entertained a doubt about the appellant's guilt.» (foot-note omitted; emphasis in original).

45. As their Honours observed, to say that a jury «must have had a doubt» is another way of saying that it was «not reasonably open» to the jury to be satisfied beyond reasonable doubt of the commission of the offence<sup>23</sup>. *Libke* did not depart from *M*.

46. When it came to applying the *M* test, their Honours' subjective assessment, that A was a compellingly truthful witness, drove their analysis of the con-

43. Al comienzo de sus argumentaciones, la mayoría del Tribunal de Apelación señaló correctamente que el enfoque que debe adoptar un tribunal de apelación al abordar «el motivo de irracionalidad» se estableció fehacientemente en las argumentaciones de Mason CJ, Deane, Dawson y Toohey JJ en *M*. El tribunal debe preguntarse a sí mismo<sup>21</sup>: «si considera que, teniendo en cuenta la totalidad de la prueba, el jurado tenía la posibilidad de estar seguro más allá de toda duda razonable de que el acusado era culpable».

44. La mayoría del Tribunal de Apelación continuó señalando que en *Libke v The Queen*, Hayne J (con quien Gleeson CJ y Heydon J estuvieron de acuerdo) dilucidaron la prueba *M* en estos términos<sup>22</sup>: «Pero la pregunta para un tribunal de apelación es si el jurado tenía la posibilidad de estar seguro más allá de toda duda razonable, es decir, si el jurado *debería*, y no sólo *podría*, haber albergado dudas acerca de la culpabilidad del apelante» (se omite la nota de pie de página; énfasis en el original).

45. Como observaron sus Señorías, decir que un jurado «debe haber tenido una duda» es otra forma de decir que «no le era razonablemente posible» al jurado estar seguro, más allá de toda duda razonable, de la comisión del delito<sup>23</sup>. *Libke* no se apartó de *M*.

46. Cuando se trató de realizar el test de *M*, la evaluación subjetiva de sus Señorías, de que A era un testigo convincente y sincero, motivó sus aná-

21 *Pell v The Queen* [2019] VSCA 186 at [19], citing *M v The Queen* (1994) 181 CLR 487 at 493.

22 *Pell v The Queen* [2019] VSCA 186 at [21], citing *Libke v The Queen* (2007) 230 CLR 559 at 596-597 [113].

23 *Pell v The Queen* [2019] VSCA 186 en [24].

sistency and cogency of his evidence and the capacity of the evidence of the opportunity witnesses to engender a reasonable doubt as to his allegations. Their Honours reasoned, with respect to largely unchallenged evidence that was inconsistent with those allegations (the «solid obstacles» to conviction), that notwithstanding each obstacle it remained *possible* that A's account was correct. The analysis failed to engage with whether, against this body of evidence, it was reasonably possible that A's account was not correct, such that there was a reasonable doubt as to the applicant's guilt.

47. At the trial and in the Court of Appeal, the applicant relied not only on the evidence of the opportunity witnesses, but also on the content of A's evidence, as giving rise to a doubt as to the truth and reliability of his allegations. It was submitted that A had adapted his evidence in material respects to address matters that had been raised with him for the first time at the committal hearing. These included whether A had changed his account of how the applicant had exposed his penis because of the suggested impossibility of pulling his vestments aside in the way A had first stated. They also included whether A had changed his account of how he and B had re-joined the choir after the assaults. The Court of Appeal majority did not consider that, in any of the respects in which A's evidence at trial varied from his earlier accounts, the variation was such as to have required the jury to entertain a doubt as to the credibility and reliability of his account of the offences.

lisis de la coherencia y la consistencia de su testimonio y la capacidad del testimonio de los testigos de los hechos para generar una duda razonable sobre sus acusaciones. Sus Señorías argumentaron, con respecto al testimonio en gran medida incontestable, que era incompatible con esas alegaciones (los «impedimentos sólidos» a la condena) que, sin perjuicio de cada impedimento, seguía siendo *posible* que el relato de A fuera correcto. El análisis no logró determinar si, frente a este conjunto de pruebas, era razonablemente posible que el relato de A no fuera correcto, de modo que había una duda razonable en cuanto a la culpa del demandante.

47. En el juicio y en el Tribunal de Apelación, el demandante se basó no solo en el testimonio de los testigos de los hechos, sino también en el contenido del testimonio de A, lo que generó dudas sobre la verdad y la fiabilidad de sus acusaciones. Se sostuvo que A había adaptado su testimonio en aspectos fundamentales al abordar asuntos que se le habían planteado por primera vez en la fase de instrucción. Entre éstos estaban si A había cambiado su explicación de cómo el demandante había mostrado su pene debido a la imposibilidad sugerida de quitarse las vestiduras de la manera en que A lo había dicho por primera vez. También si A había cambiado su relato de cómo él y B se habían unido al coro después de las agresiones. La mayoría del Tribunal de Apelación no consideró que, en ninguno de los aspectos en los que el testimonio de A en el juicio había variado de sus versiones anteriores, la variación fuera tal que requiriera que el jurado albergara duda sobre la credibilidad y fiabilidad de su relato de las agresiones.

48. Weinberg JA, in dissent, considered that there was ample material upon which A's account could be subject to legitimate criticism: there were inconsistencies and discrepancies, and a number of his answers «simply made no sense»<sup>24</sup>. While his Honour accepted that A appeared to have embellished his account at times, he did not find that, had A's evidence stood alone, his allegations in respect of the first incident were fabricated<sup>25</sup>. His Honour was not prepared to make the same assessment with respect to A's evidence of the second incident.

49. Weinberg JA did not assess A to be such a compelling, credible and reliable witness as to necessarily accept his account beyond reasonable doubt. The division in the Court of Appeal in the assessment of A's credibility may be thought to underscore the highly subjective nature of demeanour-based judgments<sup>26</sup>.

#### **A's evidence unsupported?**

50. Despite the fact that the prosecution case was left to the jury as being wholly dependent upon A's evidence, the Court of Appeal majority questioned that A's evidence was uncorroborated. Their Honours suggested that, to an extent, A's evidence was supported by reference to knowledge which he could not have come by unless he was telling the truth. The reference was to A's knowledge of the interior layout of the priests' sacristy, which their Honours found considerably enhanced the

48. Weinberg JA, en desacuerdo, consideró que había una amplia documentación sobre la que el relato de A podría estar sujeto a críticas legítimas: había incoherencias y contradicciones, y varias de sus respuestas «simplemente no tenían sentido»<sup>24</sup>. Si bien su Señoría aceptó que A parecía haber embellecido su relato a veces, no concluyó que, tomando el relato de A de forma independiente, sus acusaciones respecto al primer incidente fueran inventadas<sup>25</sup>. Su Señoría no estaba preparada para hacer la misma afirmación respecto al testimonio de A sobre el segundo incidente.

49. Weinberg JA no juzgó que A fuera un testigo tan convincente, creíble y fiable como para aceptar necesariamente su relato más allá de toda duda razonable. Se puede pensar que la división en el Tribunal de Apelación sobre la evaluación de la credibilidad de A subraya la naturaleza altamente subjetiva de los juicios basados en la conducta<sup>26</sup>.

#### **¿Insostenibilidad del testimonio de A?**

50. A pesar de que el caso se presentó al jurado como totalmente dependiente del testimonio de A, la mayoría del Tribunal de Apelación cuestionó que el testimonio de A estuviera corroborado. Sus Señorías sugirieron que, hasta cierto punto, el relato de A se sostenía por referencias a conocimientos que él no podría tener a menos que estuviera diciendo la verdad. La referencia era al conocimiento de A del diseño interior de la sacristía de los sacerdotes, que sus Señorías pen-

<sup>24</sup> *Pell v The Queen* [2019] VSCA 186 en [455].

<sup>25</sup> *Pell v The Queen* [2019] VSCA 186 en [928]-[929].

<sup>26</sup> *Fox v Percy* (2003) 214 CLR 118 a 129 [31] por Gleeson CJ, Gummow and Kirby JJ.

credibility of his account. «More striking still», their Honours said, was the fact that A identified the priests' sacristy as the setting of the assaults given that, at all other times, the applicant would have used the archbishop's sacristy. Their Honours said that the jury was entitled to discount the possibility that a tour of the Cathedral, which A may have taken at the time he joined the choir, would explain his detailed knowledge and recollection of the interior of the priests' sacristy 20 years later. So much may be accepted. It does not, however, provide support in the sense of corroboration of A's account<sup>27</sup>. Satisfaction that A had been inside the priests' sacristy did not afford any independent basis for finding that, on such an occasion, he had been sexually assaulted by the applicant.

51. Nor did the circumstance that A identified the priests' sacristy as the setting of the first incident afford independent support for acceptance of his account. A said that the applicant «sort of planted himself in the doorway [of the priests' sacristy]» and challenged the two boys before sexually assaulting them. On any view of the matter, acceptance of A's account involves that the applicant was not acting in accord with his regular practice and that he was an opportunistic sexual predator. A's account would be neither more nor less inherently credible if the archbish-

saron que aumentó considerablemente la credibilidad de su relato. «Aún más sorprendente», dijeron sus Señorías, fue el hecho de que A identificara la sacristía de los sacerdotes como el escenario de los asaltos dado que, en todas las demás ocasiones, el demandante habría utilizado la sacristía del arzobispo. Sus Señorías dijeron que el jurado tenía derecho a descartar la posibilidad de que un recorrido por la Catedral, que A pudo haber realizado en el momento en que se unió al coro, explicara su conocimiento detallado y el recuerdo del interior de la sacristía de los sacerdotes 20 años después. Todo eso puede ser aceptado. Sin embargo, no proporciona apoyo en el sentido de corroboración del relato de A<sup>27</sup>. Aceptando que A había estado dentro de la sacristía de los sacerdotes, no había una base independiente para concluir que, en tal ocasión, había sido agredido sexualmente por el demandante.

51. Tampoco la circunstancia de que A identificara la sacristía de los sacerdotes como el escenario del primer incidente aporta un apoyo independiente para la aceptación de su relato. A dijo que el demandante «se plantó en la puerta [de la sacristía de los sacerdotes]» y regañó a los dos niños antes de agredirlos sexualmente. Desde cualquier punto de vista, la aceptación del relato de A implica que el demandante no estaba actuando de acuerdo con su práctica habitual y que era un depredador sexual oportunista. El relato de A no sería ni más ni menos intrínsecamente

<sup>27</sup> *Doney v The Queen* (1990) 171 CLR 207 a 211 por Deane, Dawson, Toobey, Gaudron y McHugh JJ; *BRS v The Queen* (1997) 191 CLR 275 a 283-284 por Brennan CJ; *R v Baskerville* [1916] 2 KB 658 a 667-668.

op's sacristy had been available for the applicant's use at the time.

52. Defence counsel at the trial relied on a counter-argument with respect to the second incident. A placed this incident as having occurred at a point beyond the doors to the priests' sacristy, but before the door to the archbishop's sacristy. Counsel's submission was, in substance, «why would the applicant have walked beyond the priests' sacristy towards the archbishop's sacristy when it was not in use at the time?» Just as A's evidence that the assaults took place in the priests' sacristy does not enhance the credibility of his account, it might be thought that his evidence that the second incident took place past the entry to the priests' sacristy does not detract from it.

53. There is no requirement that a complainant's evidence be corroborated before a jury may return a verdict of guilty upon it. Nonetheless, it was not correct to assess the capacity of A's evidence to support the verdicts on a view that there was independent support for its acceptance. And it was, with respect, beside the point to find that it was open to the jury to view A's knowledge of the priests' sacristy as independent confirmation of him having been inside it<sup>28</sup>.

### **The applicant's submissions**

54. The applicant submitted that, notwithstanding that the Court of Ap-

creíble si la sacristía del arzobispo hubiera estado disponible para el uso del demandante en aquel momento.

52. El abogado defensor en el juicio se basó en un contraargumento con respecto al segundo incidente. A situó este incidente como ocurrido en un punto más allá de las puertas de la sacristía de los sacerdotes, pero antes de la puerta de la sacristía del arzobispo. El alegato del abogado era, en esencia, «¿por qué el demandante caminó más allá de la sacristía de los sacerdotes hacia la sacristía del arzobispo, cuando ésta no estaba en uso en ese momento? Así como el testimonio de A de que las agresiones tuvieron lugar en la sacristía de los sacerdotes no refuerza la credibilidad de su relato, podría pensarse que su testimonio de que el segundo incidente ocurrió más allá de la entrada a la sacristía de los sacerdotes no le resta valor.

53. No está prescrito que el testimonio de un demandante deba ser corroborado antes de que un jurado pueda emitir un veredicto de culpabilidad. Sin embargo, no fue correcto evaluar la capacidad del testimonio de A para respaldar los veredictos considerando que había un apoyo independiente para su aceptación. Y era, con respecto a esto, irrelevante pensar que el jurado tenía la posibilidad de considerar el conocimiento de A sobre la sacristía de los sacerdotes como una confirmación independiente de que él había estado dentro de ella<sup>28</sup>.

### **Los alegatos del demandante**

54. El demandante afirmó que, a pesar de que la mayoría del Tribunal

<sup>28</sup> *Pell v The Queen* [2019] VSCA 186 en [97].

peal majority correctly stated the standard and burden of proof, their Honours reversed it by asking whether there existed the reasonable possibility that A's account was correct, rather than whether the prosecution had negated the reasonable possibility that it was not. On the Court of Appeal majority's findings, the applicant submitted, it was evident that the jury, acting rationally, ought to have entertained a reasonable doubt as to his guilt. The prosecution conceded that the offences alleged in the first incident could not have been committed if, following Mass, the applicant had stood on the Cathedral steps greeting congregants for ten minutes. Their Honours' conclusion that it was reasonably possible that the applicant had not adhered to his practice on the date of the first incident necessarily carried with it acceptance that it was reasonably possible that he had.

55. This conclusion sufficed, in the applicant's submission, to require that his appeal be allowed, and his convictions quashed, in respect of the first four charges. The same logic applied to the offence charged in the second incident: if it was reasonably possible that the applicant was greeting congregants following solemn Mass for not less than ten minutes on 23 February 1997, he could not have been in the corridor outside the sacristies as the choir processed back through the sacristy corridor to the Knox Centre.

56. The applicant's challenge in this Court was not developed by sole reliance on the evidence of his practice

de Apelación expuso correctamente la valoración y carga de la prueba, sus señorías la revocaron al preguntar si existía la posibilidad razonable de que el relato de A fuera verdadero, en lugar de si la acusación había negado la posibilidad razonable de que no lo fuera. Sobre las conclusiones de la mayoría del Tribunal de Apelación, el demandante alegó que era evidente que el jurado, actuando racionalmente, debería haber albergado una duda razonable en cuanto a su culpa. La fiscalía admitió que los delitos de los que se acusaba en el primer incidente no podrían haberse cometido si, después de la misa, el demandante se hubiera parado en los escalones de la catedral a saludar a los fieles durante diez minutos. La conclusión de sus Señorías de que era razonablemente posible que el demandante no hubiera seguido su costumbre en la fecha del primer incidente necesariamente llevaba con su aceptación de que era razonablemente posible que lo hubiera hecho.

55. Esta conclusión era suficiente, según la argumentación del demandante, para exigir que se permitiera su apelación y que se anularan las condenas respecto a los primeros cuatro cargos. La misma lógica se aplicó al delito imputado en el segundo incidente: si fuera razonablemente posible que el demandante estuviera saludando a los fieles después de la misa solemne durante no menos de diez minutos el 23 de febrero de 1997, no podría haber estado en el pasillo que daba a las sacristías mientras el coro procesionaba de nuevo a través del pasillo de la sacristía al Centro Knox.

56. La apelación del demandante en este Tribunal no se sostuvo sólo por el elemento de prueba de su costumbre



of greeting congregants on the Cathedral steps. The focus of his submissions was on the compounding effect of the improbability of events having occurred as A described them in light of unchallenged direct evidence and evidence of practice. The applicant adopted Weinberg JA's analysis of his submission below with respect to the «compounding improbabilities»<sup>29</sup>. His Honour distilled the applicant's case to ten claimed compounding improbabilities<sup>30</sup>.

57. In this Court, the respondent correctly noted that a number of the claimed improbabilities raise the same point. It remains that acceptance of A's account of the first incident requires finding that: (i) contrary to the applicant's practice, he did not stand on the steps of the Cathedral greeting congregants for ten minutes or longer; (ii) contrary to long-standing church practice, the applicant returned unaccompanied to the priests' sacristy in his ceremonial vestments; (iii) from the time A and B re-entered the Cathedral, to the conclusion of the assaults, an interval of some five to six minutes, no other person entered the priests' sacristy; and (iv) no persons observed, and took action to stop, two robed choristers leaving the procession and going back into the Cathedral.

58. It suffices to refer to the evidence concerning (i), (ii) and (iii) to demonstrate that, notwithstanding that the jury found A to be a credible and

de saludar a los fieles en los escalones de la Catedral. El enfoque de sus argumentos estaba en el efecto combinado de la improbabilidad de que los eventos hubieran ocurrido como A los describió a la luz del testimonio directo incontestable y de la prueba de la costumbre. El demandante adoptó a continuación el análisis de su alegato de Weinberg JA con respecto a las «improbabilidades combinadas»<sup>29</sup>. Su Señoría resumió la argumentación del demandante en diez improbabilidades combinadas alegadas<sup>30</sup>.

57. En este Tribunal, el demandado señaló correctamente que varias de las improbabilidades alegadas plantean el mismo asunto. Sigue siendo que la aceptación del relato de A del primer incidente hace concluir que: (i) contrariamente a la costumbre del demandante, no se paró en los escalones de la Catedral para saludar a los feligreses durante diez minutos o más tiempo; (ii) contrariamente a la costumbre tradicional de la Iglesia, el demandante regresó sin compañía con sus vestimentas ceremoniales a la sacristía de los sacerdotes; (iii) desde el momento en que A y B volvieron a entrar en la Catedral, hasta la conclusión de las agresiones, en un intervalo de unos cinco a seis minutos, ninguna otra persona entró en la sacristía de los sacerdotes; y (iv) ninguna persona observó, y tomó medidas para detener, a dos niños del coro con túnica que abandonaron la procesión y regresaron a la Catedral.

58. Es suficiente hacer referencia al testimonio relativo a (i), (ii) y (iii) para demostrar que, a pesar de que el jurado consideró que A era un testi-

29 *Pell v The Queen* [2019] VSCA 186 en [840]-[843], [1060]-[1064].

30 *Pell v The Queen* [2019] VSCA 186 en [841].



reliable witness, the evidence as a whole was not capable of excluding a reasonable doubt as to the applicant's guilt.

(i) The applicant's movements after the Mass

59. Portelli had served the applicant's predecessor, Archbishop Little, as master of ceremonies and he continued in this role following the applicant's installation as Archbishop of Melbourne. Portelli's duties included meeting the applicant when he arrived at the Cathedral for Sunday solemn Mass and escorting him to the priests' sacristy, where he assisted him to put on his vestments.

60. In evidence-in-chief, Portelli explained that, at the conclusion of Sunday solemn Mass, he was beside the applicant as they processed down the centre aisle to the great west door. The applicant always left the procession at the west door and stood on the steps to greet congregants as they were leaving. He handed his mitre to one of the two altar servers who accompanied them, and his crosier to the other. Portelli remained with him. The «meet and greet» could vary from «as little as ten minutes, say up to 15 or nearly 20. It would depend on what else we had to do that afternoon». Portelli disputed that, even on occasions when there was an engagement in the afternoon, the length of the «meet and greet» might be shorter, saying «it wouldn't be much shorter. It wouldn't make sense to stop for any less time than, at least, six or seven minutes». He was asked: «Q. Sure, but was there an occasion or were there occasions, as best you can recall, where the Archbishop might depart from that

go creíble y fiable, el testimonio en su conjunto no era suficiente para excluir una duda razonable sobre la culpabilidad del demandante.

(i) Los movimientos del demandante después de la misa

59. Portelli había ayudado al predecesor del demandante, el Arzobispo Little, como maestro de ceremonias y continuó en este papel después de la presentación del demandante como Arzobispo de Melbourne. Entre las tareas de Portelli estaba reunirse con el demandante cuando llegaba a la Catedral para la misa solemne del domingo y acompañarlo a la sacristía de los sacerdotes, donde lo ayudaba a ponerse sus vestimentas.

60. En el interrogatorio principal, Portelli explicó que, al concluir la misa solemne del domingo, él estaba junto al demandante cuando procesionaban por el pasillo central hacia la gran puerta oeste. El demandante siempre dejaba la procesión en la puerta oeste y se paraba en los escalones para saludar a los fieles cuando estaban saliendo. Le entregó su mitra a uno de los acólitos que los acompañaban, y su báculo al otro. Portelli se quedó con él. El «encuentro y saludo» puede variar desde «tan solo diez minutos, hasta digamos 15 o casi 20». Dependería de qué más tuviéramos que hacer esa tarde». Portelli negó que, incluso en ocasiones en que había un compromiso por la tarde, la duración del «encuentro y saludo» pudiera ser más corta, diciendo: «no sería mucho más corto. No tendría sentido detenerse por menos tiempo que, al menos, seis o siete minutos». Se le preguntó: «Q. Claro, ¿pero hubo una ocasión o hubo ocasiones, como mejor pueda recordar, en las que el Arzobispo pudiera dejar

practice and speak for a short period of time before returning to the sacristy? A. He may have done so on occasion, yes. Q. When I say short period of time, I'm speaking of just a couple of minutes? A. Yes, I suppose that's possible but I don't really recall it, but it's possible».

61. In cross-examination, Portelli agreed that the two occasions in December when the applicant celebrated Sunday solemn Mass were memorable; there were a large number of congregants who wished to meet the applicant. The applicant remained on the steps of the Cathedral greeting people for at least ten minutes on each occasion. Portelli recalled that, at the conclusion of the «meet and greet» on each occasion, he accompanied the applicant to the priests' sacristy and assisted him to remove his vestments. In examination-in-chief, the prosecutor had obtained Portelli's acknowledgment that he did not remember whether there was an internal or external procession on 15 and 22 December 1996. In re-examination, Portelli further acknowledged that he did not remember where he and the applicant went after leaving the Cathedral. Portelli's evidence of the fact and the length of the «meet and greet» on 15 and 22 December 1996, and of accompanying the applicant to the priests' sacristy thereafter on each occasion, was unchallenged.

62. Potter served as the Cathedral's sacristan for 38 years. He was aged 84 years at the date of the trial and he appears to have been suffering from some mental infirmity. At times, his recollection of events was apparently flawed.

esa costumbre y hablar por un corto período de tiempo antes de regresar a la sacristía? A. Puede haberlo hecho en ocasiones, sí. Q. Cuando digo un corto período de tiempo, ¿estoy hablando de solo un par de minutos? A. Sí, supongo que es posible, pero realmente no lo recuerdo, pero es posible».

61. En interrogatorio, Portelli aceptó que las dos ocasiones en diciembre cuando el demandante celebró la misa solemne del domingo fueron memorables; había una gran cantidad de fieles que deseaban conocer al demandante. El demandante permaneció en los escalones de la Catedral saludando personas durante al menos diez minutos en cada ocasión. Portelli recordó que, al concluir el «encuentro y saludo», en cada ocasión, acompañaba al demandante a la sacristía de los sacerdotes y le ayudaba a quitarse las vestiduras. En el interrogatorio principal, el fiscal había conseguido que Portelli reconociera que no recordaba si hubo una procesión interna o externa el 15 y el 22 de diciembre de 1996. En posterior interrogatorio, Portelli reconoció además que no recordaba adónde fueron él y el demandante después de salir de la Catedral. El testimonio de Portelli sobre el hecho y la duración del «encuentro y saludo» los días 15 y 22 de diciembre de 1996, y sobre el acompañar posteriormente al demandante a la sacristía de los sacerdotes en cada ocasión, era incontestable.

62. Potter sirvió como sacristán de la Catedral durante 38 años. Tenía 84 años en la fecha del juicio y parece haber sufrido alguna enfermedad mental. A veces, su recuerdo de los hechos era aparentemente defectuoso.

63. Potter gave evidence that the west door of the Cathedral was closed during the Mass. It was Potter's responsibility to open it for the procession or to have «one of [his] men» do so. Potter recalled the applicant's practice of greeting congregants on the steps of the Cathedral following Sunday solemn Mass. He estimated that this might take 20 minutes or half an hour. Potter maintained that he had an actual recollection of the applicant standing on the front steps of the Cathedral in 1996 at the time he first started saying Mass as Archbishop of Melbourne. When asked if it was possible that the applicant had stayed on the steps for a shorter period of time, Potter responded, «It depends what function he was attending afterwards». The evidence suggested that the applicant did not have functions to attend on the afternoons of 15 and 22 December 1996.

64. The prosecutor pressed Potter as to whether it was possible that the applicant had remained on the front steps speaking with congregants «for a very short period of time», to which Potter responded, «not the first time when he was the archbishop, it took him a while to adjust, and [he] stayed in there welcoming people for a couple of months in the cathedral». Potter agreed that it was possible that on occasions the applicant greeted congregants for a period of ten or 15 minutes rather than the 20 to 30 minutes that he had initially stated. He could not recall the applicant spending «just a short time» in this activity unless the weather was inclement. Potter disputed that on any occasion the applicant had returned to the sacristy unaccompanied; «[i]f Father

63. Potter dio testimonio de que la puerta oeste de la Catedral estaba cerrada durante la misa. Era responsabilidad de Potter abrirla para la procesión o hacer que «uno de [sus] hombres» lo hiciera. Potter recordó la costumbre del demandante de saludar a los fieles en los escalones de la Catedral después de la misa solemne del domingo. Estimó que esto podría durar 20 minutos o media hora. Potter sostuvo que tenía un recuerdo real del demandante parado frente a los escalones de la Catedral en 1996, en la época en la que él comenzó a decir misa como Arzobispo de Melbourne. Cuando se le preguntó si era posible que el demandante se hubiera quedado en los escalones por un período de tiempo más corto, Potter respondió: «[E]so depende de a qué acto iba a asistir después». La prueba sugería que el demandante no tenía actos a los que asistir las tardes del 15 y 22 de diciembre de 1996.

64. El fiscal presionó a Potter para determinar si era posible que el demandante hubiera permanecido en los escalones de la entrada hablando con los feligreses «por un período de tiempo muy corto», a lo que Potter respondió: «no la primera vez que estaba como arzobispo, necesitó de un tiempo para adaptarse, y [él] se quedaba allí durante un par de meses dando la bienvenida a la gente en la catedral». Potter aceptó que era posible que en ocasiones el demandante saludara a los fieles por un período de diez o 15 minutos en lugar de los 20 a 30 minutos que había declarado inicialmente. No recordaba que el demandante pasara «poco tiempo» en esta actividad a menos que el clima fuera adverso. Potter negó que en alguna ocasión el demandante hubiera regresado a la sacristía sin com-

Portelli wasn't there, he would let me know. I would go down and greet the Archbishop to bring him back in».

65. Daniel McGlone was an altar server at the Cathedral in 1996. He was able to recall only one occasion when he served at a Sunday solemn Mass celebrated by the applicant. The occasion stuck in his memory because it was the first time that the applicant celebrated Sunday solemn Mass at the Cathedral, and his mother had made a rare visit to the Cathedral that day so that they could lunch together afterwards.

66. At the conclusion of the Mass, McGlone walked with his mother to the west door, where the applicant was «doing the meet and greet». McGlone introduced his mother to the applicant, who said, «[y]ou must be very proud of your son». Mrs McGlone responded, «I don't know about that». McGlone recalled the occasion as taking place between October and December 1996. He believed that it was the first time that the applicant had celebrated Sunday solemn Mass in the Cathedral, although he allowed that it might not have been. It was McGlone's impression that the applicant was drawing a deliberate contrast between his administration and that of his predecessor, Archbishop Little, by adopting the practice of greeting congregants after Mass.

67. Jeffrey Connor was an altar server in 1996. He ceased these duties in November 1997. Connor's personal diary entries recorded that he served at the solemn Masses on 15 and 22 December 1996. He did not have a specif-

pañía; «[Si el Padre Portelli no hubiera estado allí, él me lo habría hecho saber. Yo habría bajado y saludado al Arzobispo para traerlo de regreso».

65. Daniel McGlone era acólito en la Catedral en 1996. Él sólo pudo recordar una ocasión en la que él ayudó en una misa solemne celebrada en domingo por el demandante. Aquel momento quedó grabado en su memoria porque era la primera vez que el demandante celebraba misa solemne de domingo en la Catedral, y su madre había visitado la Catedral ese día, lo cual no era habitual, para que pudieran almorzar juntos después.

66. Al concluir la misa, McGlone caminó con su madre hacia la puerta oeste, donde el demandante estaba «haciendo el encuentro y saludo». McGlone presentó a su madre al demandante, quien dijo: «[d]ebe estar muy orgulloso de su hijo». La Sra. McGlone respondió: «No sé». McGlone recordó que el momento fue entre octubre y diciembre de 1996. Creía que era la primera vez que el demandante celebraba la misa solemne del domingo en la Catedral, aunque admitió que podría no haber sido la primera. McGlone tuvo la impresión de que el demandante estaba marcando intencionadamente una diferencia entre su gestión y la de su predecesor, el Arzobispo Little, al adoptar la costumbre de saludar a los fieles después de misa.

67. Jeffrey Connor fue acólito en 1996. Cesó en esta tarea en noviembre de 1997. Las entradas del diario personal de Connor registraron que él ayudó en las misas solemnes del 15 y 22 de diciembre de 1996. No tenía un

ic recall of the services on those dates but said it was the applicant's «invariable» practice to greet congregants on the steps of the Cathedral after Mass. He recalled that the applicant would take off his mitre and hand it to one altar server and hand his crosier to the other. The altar servers would take them and join the procession at its rear. Connor had served on occasions as the applicant's mitre or crosier bearer. He said the applicant would return to the sacristy more than ten minutes after the procession.

68. Peter Finnigan, the Cathedral choir marshal in 1996, recalled both Sunday solemn Masses celebrated by the applicant in December of that year. In his role as choir marshal, he was near the back of the procession as it left the Cathedral. Once it rounded the side of the Cathedral he moved up until he reached the front of it by the time the choristers were entering the toilet corridor. Finnigan was asked what the applicant was doing as the procession moved along. It was his understanding that the applicant would usually stand on the steps of the west door and greet parishioners for «something like» ten minutes.

69. A number of men who were choirboys in 1996 gave evidence of the conduct of external processions following Sunday solemn Mass. Two of them recalled that on occasions the applicant processed back to the Cathedral with the choir. Anthony Nathan was asked if he ever saw the applicant «pause at the steps at the front entrance and not process out with you» and he said: «I've got memories of both. I think there may

recuerdo específico de los actos religiosos de esas fechas, pero dijo que era una costumbre «invariable» del demandante saludar a los fieles en los escalones de la Catedral después de la misa. Recordó que el demandante se había quitado su mitra y se la había entregado a un acólito y el báculo al otro. Los acólitos los habrían cogido y se habría unido a la cola de la procesión. Connor había ayudado en ocasiones como el que sostenía la mitra o el báculo del demandante. Dijo que el demandante habría vuelto a la sacristía más de diez minutos después de la procesión.

68. Peter Finnigan, director del coro de la catedral en 1996, recordó las dos misas celebradas por el demandante en diciembre de ese año. En su papel como director del coro, él estaba cerca del final de la procesión cuando ésta salía de la catedral. Una vez que ésta rodeó el muro lateral de la Catedral, él se adelantó hasta que llegó al principio en el momento en el que los niños del coro entraron al pasillo del baño. A Finnigan se le preguntó qué hacía el demandante mientras avanzaba la procesión. Tenía entendido que el demandante normalmente estaría en los escalones de la puerta oeste saludando a los feligreses durante «algo así como» diez minutos.

69. Algunos hombres que fueron niños del coro en 1996 dieron testimonio sobre la forma de realizarse las procesiones externas que seguían a la misa solemne del domingo. Dos de ellos recordaron que en ocasiones el demandante procesionaba hacia la catedral con el coro. Se le preguntó a Anthony Nathan si él alguna vez vio al demandante «parar en los escalones de la entrada principal y no procesionar hacia

have been times where he um, stayed at the front of the steps and spoke to the congregation, and there's also times that I remember walking all the way around».

70. Nathan was asked where the applicant would be at the time of the procession and he explained «so if he was in front of us, it was - by the time we go to that circular pool and then I wouldn't see him after that. Wouldn't really pay attention to where he was after that.» The reference to the circular pool, it appears, was to a pool in the Cathedral's garden, which the procession passed by as it made its way back to the metal gate at the rear of the Cathedral.

71. Luciano Parissi was a member of the choir between 1991 and 2001. Parissi was not able to say where the applicant was during the external procession following Sunday solemn Mass because «[h]e'd always be behind me. I would never really be looking back». Parissi recalled that the applicant remained with the procession and that usually the choir would stop and wait for him to enter the back of the Cathedral first. Parissi did not have any specific recollection of Sunday solemn Masses in the second half of 1996. Parissi's membership of the choir spanned the administration of three archbishops. In cross-examination he was asked if it was possible that it was not the applicant for whom the choir stopped at the end of the external procession. He said that to the best of his recollection there «would be times when that would happen with [the applicant] ... I can't recall definitively because I was there

fuera contigo» y él dijo: «Tengo recuerdos de las dos cosas. Creo que puede haber habido veces donde él estuviera en el frontal de los escalones y hablara con los fieles, y hay también veces que yo lo recuerdo realizando todo el recorrido».

70. Se le preguntó a Nathan dónde estaría el demandante en el momento de la procesión y él explicó que «por tanto si él estaba frente a nosotros, eso era en el momento en el que íbamos a ese estanque circular y luego no lo vería después de eso. No prestaría atención a dónde fue él después de eso». La referencia al estanque circular, parece, era a un estanque en el jardín de la Catedral, por el cual pasaba la procesión cuando se dirigía hacia la puerta metálica en la parte trasera de la Catedral.

71. Luciano Parissi era miembro del coro entre 1991 y 2001. Parissi no era capaz de decir dónde estaba el demandante durante la procesión externa que seguía a la misa solemne del domingo porque «[é]l siempre estaba detrás de mí. Realmente yo nunca solía mirar hacia atrás. «Parissi recordó que el demandante permanecía en la procesión y que normalmente el coro pararía y esperaría antes de entrar por la parte de atrás de la catedral. Parissi no tiene un recuerdo específico de las misas solemnes del domingo de la segunda mitad de 1996. La pertenencia al coro de Parissi abarcó el ministerio de tres arzobispos. En el interrogatorio, se le preguntó si era posible que no fuera por el demandante por quien el coro parara al final de la procesión externa. Dijo que lo más que podía recordar era que «habría veces que eso podría pasar con [el demandante]... Definitivamente no lo recuerdo porque yo estu-



for a while, and sometimes those do blur into different priests and archbishops, yes».

72. Andrew La Greca was aged 13 years in 1996. He had commenced singing with the choir in 1993. He had no recall of Masses or processions in December 1996. His recollection was that it was more common for the processions to proceed internally. He understood that whether the procession was external or internal depended upon the identity of the celebrant. Archbishop Little had a preference for external processions. External processions were also frequent when the applicant was the celebrant. La Greca recalled that as the external procession rounded the corner of the Cathedral sometimes the applicant «would just wait and speak to the congregation» and «[o]ther times he might have just kept on walking with us. I can't recall exactly».

73. In cross-examination, La Greca agreed that the procession did not make a tight left turn around the Cathedral, it moved in an arc, and it was possible to look back and see congregants coming out of the Cathedral. He agreed he had seen the applicant greeting the congregants.

74. Rodney Dearing was an adult member of the choir in 1996. It was his evidence that, after Mass, the applicant and Portelli would generally stay at the west door. He did not purport to have a specific recall of the solemn Mass on 15 or 22 December 1996. His evidence was of the applicant's general practice. Dearing was not aware of any occasion when the applicant had departed from the practice, although he acknowledged that, once the proces-

ve allí por un tiempo, y algunas veces confundo entre diferentes sacerdotes y arzobispos, sí.

72. Andrew La Greca tenía 13 años en 1996. Había comenzado a cantar con el coro en 1993. No tenía recuerdos de misas o procesiones en diciembre de 1996. Su recuerdo era que lo más común era que las procesiones fueran por el interior. Él entendía que si las procesiones eran por fuera o por dentro dependía de la identidad del celebrante. El arzobispo Little tenía preferencia por las procesiones por el exterior. Las procesiones por el exterior también eran frecuentes cuando el demandante era el celebrante. La Greca recordó que cuando la procesión externa doblaba la esquina de la catedral algunas veces el demandante «simplemente esperaría y hablaría con los fieles» y «[o]tras veces podría haber seguido caminando con nosotros. No recuerdo exactamente».

73. En el interrogatorio, La Greca aceptó que la procesión no hacía un giro pronunciado hacia la izquierda alrededor de la Catedral, sino que se movía trazando un arco, y era posible mirar hacia atrás y ver a los fieles saliendo de la Catedral. Él afirmaba que había visto al demandante saludando a los fieles.

74. Rodney Dearing era un adulto miembro del coro en 1996. Era su testimonio que, después de la Misa, el demandante y Portelli normalmente estarían en la puerta oeste. Él no tenía un recuerdo específico de las misas solemnes del 15 o 22 de diciembre de 1996. Su testimonio era sobre la costumbre general del demandante. Dearing no era consciente de ocasiones en las que el demandante hubiera hecho una excepción a su costumbre, aunque reco-

sion left the Cathedral, he had not had the applicant «under observation». He recalled occasions when, after returning to the choir room and removing his chorister's robes, he had gone back around to the west door and said hello to the applicant. This had happened reasonably often.

75. Rodney Dearing's son, David, was a member of the choir in 1996. He was aged about 13 at that time. He recalled seeing the applicant stopping on the steps of the Cathedral after solemn Mass. He also recalled, on occasion, coming back through the Cathedral after he had changed out of his choir robes and seeing the applicant still on the main steps. He estimated that this would have been ten or 15 minutes after the end of Mass.

(ii) The applicant was always accompanied within the Cathedral

76. Portelli explained that the master of ceremonies is a church office with a long history. The duties of the master of ceremonies are set out in learned works which themselves date back some centuries. The teaching in these texts requires that an archbishop not be unaccompanied from the moment the archbishop enters a church. This evidence of Catholic church practice was unchallenged.

77. Portelli's duties included accompanying the applicant back to the sacristy following Sunday solemn Mass and assisting him to remove his vestments. Portelli acknowledged that it was possible that there was an occasion when he did not return to the sacristy with the applicant although he

noció que, una vez que la procesión salía de la catedral, él no tenía al demandante «bajo observación». Recordó ocasiones en que, después de volver a la sala del coro y quitarse sus ropas de cantor, había regresado a la puerta oeste y había dicho hola al demandante. Esto había pasado con cierta frecuencia.

75. El hijo de Rodney Dearing era miembro del coro en 1996. Tenía unos 13 años en aquel tiempo. Recordó ver al demandante parado en los escalones de la catedral después de la misa solemne. También recordó cuando, en ocasiones, volvía a través de la Catedral, después de que se hubiera cambiado su ropa de cantor, y veía al demandante todavía en los escalones principales. Estimaba que eso podría haber sido diez o 15 minutos después del final de la misa.

(ii) El demandante estaba siempre acompañado en el ámbito de la catedral

76. Portelli explicó que el maestro de ceremonias es un cargo eclesiástico con una larga historia. Las tareas del maestro de ceremonias se establecen en conocidos y antiguos libros. La doctrina de esos textos establece que un arzobispo no esté sin compañía desde el momento en que el arzobispo entra en una iglesia. Este testimonio sobre la costumbre de la Iglesia católica era indiscutible.

77. Entre las tareas que eran responsabilidad de Portelli estaban el acompañar de vuelta al demandante a la sacristía después de la misa solemne del domingo y ayudarlo a quitarse sus vestiduras. Portelli reconoció que era posible que hubiera algún momento en el que él no volvió a la sacristía con

had no recall of this happening and in such a case he would have made sure that the applicant was accompanied by Potter or a priest. Portelli also pointed out that he, too, needed to change out of his robes following the Mass. Portelli was able to recall the two occasions on which he had not acted as master of ceremonies for the applicant at Sunday solemn Mass in the Cathedral: in June 1997 he was overseas, and in October 2000 he underwent surgery.

78. Apart from these two instances, Portelli had no recall of any occasion when he did not accompany the applicant to the sacristy to disrobe. He acknowledged the possibility of an occasion or occasions when, after escorting the applicant to the sacristy, he may have left him while he, Portelli, went back to the sanctuary to make sure that everything was in place if there was another service that afternoon. In that event, he would have been absent for around two minutes. He was able to say that he would not have left the applicant to check that everything was in place in the sanctuary on either 15 or 22 December 1996 because there were no other events fixed for those afternoons.

79. Potter confirmed that the applicant would never return to the sacristy unaccompanied. It was Potter's responsibility to assist the applicant with the removal of his vestments and to make sure that the vestments were hung. Potter maintained there was always a priest to assist the applicant or «one of us», a reference it would seem to either Portelli or himself being pres-

el demandante, aunque él no recuerda que esto ocurriera y en tal caso él se hubiera asegurado de que el demandante fuera acompañado por Potter o por un sacerdote. Portelli también señaló que él también necesitaba quitarse sus vestiduras después de misa. Portelli pudo recordar las dos ocasiones en las cuales él no había ayudado como maestro de ceremonias en la misa solemne del domingo al demandante en la catedral: en junio de 1997 él estaba en el extranjero, y en octubre de 2000 él se sometió a una cirugía.

78. Aparte de esos dos casos, Portelli no recordaba ninguna otra ocasión en la que él no acompañara al demandante a la sacristía para quitarse las vestiduras. Reconoció la posibilidad de una ocasión o varias ocasiones en las que, después de acompañar al demandante a la sacristía, podía haberlo dejado mientras él, Portelli, volvía al presbiterio para asegurarse de que todo estaba en su sitio si había otro acto religioso aquella tarde. En esa ocasión, él podría haber estado ausente durante unos dos minutos. Él podía decir que él no habría dejado al demandante para comprobar que todo estaba en su sitio en el presbiterio en el 15 o 22 de diciembre de 1996 porque no había otros actos fijados para aquellas tardes.

79. Potter confirmó que el demandante nunca volvería a la sacristía sin compañía. Era responsabilidad de Potter ayudar al demandante a quitarse sus vestimentas y asegurarse de que se colgaban las vestiduras. Potter mantuvo que había siempre un sacerdote para ayudar al demandante o «uno de nosotros», lo que parecería una referencia a que o Portelli o él mismo estaban

ent in the sacristy when the applicant removed his vestments. Potter agreed that, on the first two occasions on which the applicant said Sunday solemn Mass in the Cathedral, the applicant was assisted to disrobe by Portelli.

80. McGlone's understanding was that an archbishop could never be left alone in the Cathedral, at least not during the course of ceremonies, and that the ceremony continued until the archbishop removed his vestments. McGlone explained that the vestments themselves are sacred, and that particular prayers are said when donning and removing them.

81. Connor had no recall of ever seeing the applicant alone while he was robed. He agreed that such an occasion would have been memorable.

82. David Dearing was asked if he had ever seen the applicant in robes without Portelli accompanying him. He replied, «I wouldn't have thought so, no. My recollection is that they were always together». He was asked to describe the distance between the two when they were walking together. His response was to say: «I described him as his bodyguard». His father, Rodney Dearing, agreed that whenever he saw the applicant robed, he was with Portelli.

(iii) The timing of the assaults and the «hive of activity»

83. Potter was responsible for the security of the sacristies and he had the key to the priests' sacristy, which was locked during Mass. Potter's evidence about when he unlocked it was

presentes en la sacristía cuando el demandante se quitaba sus vestiduras. Potter aceptó que, en las primeras dos ocasiones en las que el demandante dijo la misa solemne del domingo en la catedral, el demandante fue ayudado para quitarse las vestiduras por Portelli.

80. McGlone entendía que un arzobispo nunca debería ser dejado sólo en la Catedral, al menos no durante el curso de las ceremonias, y que la ceremonia continuaba hasta que el arzobispo se quitaba sus vestiduras. McGlone explicó que las vestiduras mismas son sagradas, y que se dicen oraciones especiales al ponérselas y al quitárselas.

81. Connor no recordaba haber visto nunca al demandante solo cuando estaba revestido. Él estuvo de acuerdo en reconocer que un hecho así hubiera sido memorable.

82. Se le preguntó a David Dearing si él había visto alguna vez al demandante revestido sin la compañía de Portelli. Él respondió: «No lo hubiera pensado, no. Mi recuerdo es que ellos siempre estaban juntos». Se le pidió que describiera la distancia entre los dos cuando caminaban juntos. Su respuesta fue decir: «Lo describí como su guardaespaldas» Su padre, Rodney Dearing, aceptó que siempre que él vio al demandante revestido, él estaba con Portelli.

(iii) El momento de las agresiones y el «hervidero de actividad»

83. Potter era responsable de la seguridad de las sacristías y tenía la llave de la sacristía de los sacerdotes, la cual estaba cerrada durante la misa. El testimonio de Potter sobre cuándo

unclear. Initially he said that he did so as the procession was making its way down the centre aisle while the recessional hymn was being played. Potter went on to explain that, at the conclusion of the Mass, some congregants would walk up to the sanctuary area and kneel to pray. He allowed them some five or six minutes of «private time» for prayer before he commenced removing the sacred vessels and other items from the sanctuary. Later in the course of examination-in-chief, Potter said that he did not unlock the priests' sacristy doors until after the five or six minutes of private prayer time.

84. The altar servers, Connor and McGlone, gave evidence that, at the conclusion of the procession, they went into the priests' sacristy and each bowed to the crucifix. McGlone explained that the formal procession following the celebration of solemn Mass is only complete for the altar servers when they enter the priests' sacristy in formation and bow to the crucifix in turn. Connor recalled that usually Potter was waiting for them and he unlocked the doors. McGlone recalled that sometimes the door from the vestibule opening into the sacristy corridor was locked and «usually [Potter] would appear out of nowhere and unlock it. Most times though it was unlocked when we were processing there». He recalled that the doors to the priests' sacristy were unlocked.

85. The altar servers assisted Potter in clearing the sanctuary. This took around ten minutes to a quarter of an hour. The chalices, ciboriums, cruet sets, tabernacle key and missals were all returned to the priests' sacris-

abría la puerta no estaba claro. Inicialmente dijo que él lo hacía cuando la procesión estaba transitando por el pasillo central mientras se cantaba el canto de salida. Potter continuó explicando que, al final de la misa, algunos fieles se acercarían a la zona del presbiterio y se arrodillarían para rezar. Él les permitía cinco o seis minutos de «tiempo personal» para la oración antes de que comenzara a quitar los vasos sagrados y otras cosas del presbiterio. Más tarde, durante el interrogatorio, Potter dijo que él no abría las puertas de la sacristía hasta después de cinco o seis minutos de oración personal.

84. Los acólitos, Connor y McGlone, testificaron que, al concluir la procesión, ellos iban a la sacristía de los sacerdotes y cada uno se inclinaba ante el crucifijo. McGlone explicó que la procesión formal que sigue a la celebración de la misa solemne sólo finaliza para los acólitos cuando entran en la sacristía de los sacerdotes en formación y se inclinan ante el crucifijo por turno. Connor recordó que normalmente Potter los esperaba y abría las puertas. McGlone recordó que algunas veces la puerta del vestíbulo que daba al pasillo de la sacristía estaba cerrada y «normalmente [Potter] aparecía de repente y la abría. La mayoría de las veces, sin embargo, estaba abierta cuando íbamos procesionando por allí». Recordó que las puertas de la sacristía de los sacerdotes estaban abiertas.

85. Los acólitos ayudaban a Potter a ordenar el presbiterio. Eso duraba sobre diez minutos o un cuarto de hora. Los cálices, copones, vinajeras, la llave del sagrario y los misales eran todos devueltos a la sacristía de los sacerdo-

ty. The candles (there were seven of them when the applicant celebrated Mass) and the thurible were returned to the utility room. The vessels and other items were carried one at a time. During this exercise people were continually coming into and going out of the priests' sacristy.

86. Neither Connor nor McGlone could recall any occasion on which the sacristy had been left unlocked and unattended. In Connor's experience, that never happened. Dr Cox, the assistant organist, described the priests' sacristy as a «hive of activity» after Mass. The choir marshal, Finnigan, recalled that after Mass there were «people everywhere» in the sacristy corridor, with people «coming in and going out», including altar servers bringing implements into the priests' sacristy. He said that there were almost always a number of other priests acting as concelebrants who would vest and de-vest in the priests' sacristy. They would come in after Mass had finished and remain for the next ten to 15 minutes or so. McGlone likened it to the green room in an opera house, explaining that it was where the sacred vessels were taken, and that the servers «are moving back and forth into that room».

Consideration – (i) the applicant's movements after Mass and (ii) the applicant always accompanied

87. The Court of Appeal majority dealt with the evidence of the applicant greeting congregants on the Cathedral steps, observing<sup>31</sup>: «But, on the critical issue of whether [the applicant] stood

tes. Las velas (había siete de ellas cuando el demandante celebraba misa) y el incensario eran devueltos al cuarto de herramientas. Los vasos y otras cosas eran llevadas de una en una. Durante este ejercicio la gente entraba y salía continuamente de la sacristía de los sacerdotes.

86. Ni Connor ni McGlone podrían recordar ninguna ocasión en la que la sacristía se dejara abierta y sin vigilancia. En la experiencia de Connor, eso nunca ocurrió. El Dr. Cox, el organista asistente, describía la sacristía de los sacerdotes como un «hervidero de actividad» después de la misa. El jefe del coro, Finnigan, recordó que después de la misa había «gente por todas partes» en el pasillo de la sacristía, con gente «entrando y saliendo», incluidos los acólitos trayendo cosas a la sacristía de los sacerdotes. Él dijo que casi siempre había varios sacerdotes concelebrantes que se vestían y se quitaban las vestiduras en la sacristía de los sacerdotes. Ellos entraban después de que la misa hubiera terminado y se quedaban allí los siguientes 15 minutos más o menos. McGlone lo comparó a la sala verde de una ópera, explicando que era allí donde eran llevados los vasos sagrados y que los acólitos «se movían de un lado a otro en esa sala».

Reflexión - (i) los movimientos del demandante después de misa y (ii) el demandante siempre acompañado

87. La mayoría de la corte de apelación analizó la prueba del demandante saludando a los fieles en los escalones de la catedral, observando<sup>31</sup>: «Pero, sobre la cuestión fundamental de

31 *Pell v The Queen* [2019] VSCA 186 en [161].



on the steps of the Cathedral on the day of the first or second Mass, and if so for how long, the recollection of the opportunity witnesses must necessarily be affected by their recollection of the ritual that developed thereafter».

88. Notwithstanding that Portelli's evidence of having an actual recall of being present beside the applicant on the steps of the Cathedral as the applicant greeted congregants on 15 and 22 December 1996 was unchallenged, the Court of Appeal majority said it was open to the jury to have reservations about the reliability of his affirmative answers given in cross-examination. The Court of Appeal majority also considered that it was open to have reservations about the reliability of this evidence given the improbability of Portelli having a specific recollection of particular Masses in the absence of «some significant and unusual event» having occurred at one or other of them. Their Honours observed that, while Portelli may have had a general recollection of the first time the applicant said Sunday solemn Mass at the Cathedral, he had demonstrated a lack of detailed recall of the events of that day.

89. The suggestion that witnesses' memories may have been affected by the ritual that developed thereafter has echoes of the prosecutor's closing submission, which was that the applicant's practice of greeting congregants may not have developed before 1997. It is a contention that finds no support in the evidence and was not pursued by the respondent on appeal to this Court. It will be recalled that Finnigan's

si [el demandante] se paró en los escalones de la Catedral en los días de la primera o la segunda misa y, si fue así, por cuánto tiempo, el recuerdo de los testigos de los hechos debe necesariamente verse influido por el ritual que se desarrollaba desde ese momento».

88. A pesar de que el testimonio de Portelli sobre si tenía un recuerdo real de estar presente junto al demandante en los escalones de la catedral mientras el demandante saludaba a los fieles el 15 y el 22 de diciembre de 1996 era incontestable, la mayoría del Tribunal de Apelación dijo que el jurado tenía la posibilidad de albergar reservas sobre la fiabilidad de sus respuestas afirmativas dadas en el interrogatorio. La mayoría del Tribunal de Apelación también consideró que era posible tener reservas sobre la fiabilidad de su declaración dada la improbabilidad de que Portelli tuviera un recuerdo específico de misas particulares, no habiendo «algún hecho significativo o insólito» que hubiera ocurrido en una u otra. Sus Señorías observaron que, mientras Portelli podría tener un recuerdo general de la primera vez que el demandante dijo una misa solemne de domingo en la catedral, él había demostrado una falta de recuerdo detallado de los hechos de ese día.

89. La sugerencia de que los recuerdos de los testigos pueden haberse visto afectados por el ritual desarrollado posteriormente resuena en el alegato final del fiscal, que era que la costumbre del demandante de saludar a los fieles no pudo haberse llevado a cabo antes de 1997. Es una afirmación que no tiene soporte en la prueba y que no fue sostenida por el demandado en apelación a este tribunal. Recordamos que

understanding was that the applicant stood on the steps greeting congregants for «something like» ten minutes as the procession, with him towards the rear, made its way around the side of the Cathedral. His understanding in this respect was of Masses celebrated by the applicant in 1996, since Finnigan last acted as choir marshal on Christmas day of that year. The occasion when McGlone's mother was introduced to the applicant on the Cathedral steps after Sunday solemn Mass was in December 1996, as McGlone did not believe that he continued as an altar server after the end of 1996.

90. The Court of Appeal majority observed that the encounter between McGlone's mother and the applicant was not in doubt but that there was some uncertainty about the date of its occurrence. McGlone was confident that this was the first time the applicant had said Mass in the Cathedral, but their Honours observed that McGlone had been mistaken in his belief that he had not attended the evening Mass celebrated by the applicant on 23 November 1996. Moreover, their Honours said that, accepting the encounter occurred on either 15 or 22 December 1996, it did not make the occurrence of the first incident impossible. It simply ruled out one of those two Sundays as the date of its occurrence<sup>32</sup>.

91. The Court of Appeal majority's treatment of what their Honours rightly identified as the critical issue in the

la percepción de Finnigan era que el demandante estuvo en los escalones saludando a los fieles por «algo así como» diez minutos mientras la procesión, con él al final, se abría paso por el muro lateral de la catedral. Su perspectiva a este respecto era la de las misas celebradas por el demandante en 1996, ya que Finnigan actuó por última vez como director del coro en el día de navidad de ese año. La ocasión en que la madre de McGlone fue presentada al demandante en los escalones de la catedral después de la misa solemne de domingo fue en diciembre de 1996, ya que McGlone no creía que él hubiera continuado como acólito después de terminar 1996.

90. La mayoría de la corte de apelación observó que no tenía duda del encuentro entre la madre de McGlone y el demandante, pero había algunas dudas sobre la fecha en que tuvo lugar. McGlone estaba seguro de que esta era la primera vez que el demandante había dicho misa en la catedral, pero sus Señorías observaron que McGlone se había equivocado en su convencimiento de que él no había asistido a la misa vespertina celebrada por el demandante el 23 de noviembre de 1996. Además, sus Señorías dijeron que, aceptando que el encuentro ocurrió el 15 o el 22 de diciembre de 1996, eso no hacía imposible el acaecimiento del primer incidente. Simplemente se descartó uno de esos dos domingos como la fecha de su acaecimiento<sup>32</sup>.

91. El tratamiento de la mayoría del Tribunal de Apelación en lo que sus Señorías correctamente identifica-

32 *Pell v The Queen* [2019] VSCA 186 en [271] - [272].

case<sup>33</sup> was wrong for two reasons. First, Portelli's evidence was unchallenged. Secondly, their Honours were required to reason in a manner that is consistent with the way in which a jury would be directed in accordance with the *Jury Directions Act 2015* (Vic)<sup>34</sup>. Their Honours were required to take into account the forensic disadvantage experienced by the applicant arising from the delay of some 20 years in being confronted by these allegations<sup>35</sup>. Their Honours, however, reasoned to satisfaction of the applicant's guilt by discounting a body of evidence that raised lively doubts as to the commission of the offences because they considered the likelihood that the memories of honest witnesses might have been affected by delay.

92. The Court of Appeal majority acknowledged that there was general consistency and «substantial mutual support», in the account of the opportunity witnesses, as to what occurred after Sunday solemn Mass in the period when the applicant was archbishop. And, as their Honours also acknowledged, a defining feature of religious observance is adherence to ritual and compliance with established practice<sup>36</sup>. However, their Honours again discounted this body of evidence, saying<sup>37</sup>: «[A]ttempting to recall particular events is all the more difficult when the events being described are —as they were

ron como el principal asunto de este caso<sup>33</sup> fue incorrecto por dos motivos. Primero, la declaración de Portelli era indiscutible. En segundo lugar, se exigió a sus Señorías que razonaran de manera coherente con la forma en que un jurado sería orientado de acuerdo con la *Ley de Instrucciones del Jurado de 2015* (Vic)<sup>34</sup>. Sus Señorías debían tener en cuenta la desventaja pericial experimentada por el demandante, derivada de la demora de unos 20 años en enfrentarse a esas acusaciones<sup>35</sup>. Sus Señorías, sin embargo, consideraron declarar la culpa del demandante mediante la subestimación del cuerpo de la prueba que planteaba claras dudas sobre la comisión de los delitos, porque consideraron la probabilidad de que los recuerdos de testigos honestos podrían haberse visto influidos por la demora.

92. La mayoría del Tribunal de Apelación reconoció que había coherencia general y «sustento mutuo sustancial» en la declaración de los testigos de los hechos, como sobre lo que ocurría después de la misa solemne del domingo cuando el demandante era arzobispo. Y, como sus señorías también reconocieron, una característica definitoria de la observancia religiosa es la adhesión al ritual y el cumplimiento de las normas establecidas<sup>36</sup>. Sin embargo, sus Señorías de nuevo no tuvieron en cuenta este conjunto de pruebas, diciendo<sup>37</sup>: «[I]ntentar recordar hechos particulares es aún más difícil cuando los hechos que son

33 *Pell v The Queen* [2019] VSCA 186 en [161].

34 *Ley de Instrucciones del Jurado 2015* (Vic), ss 4A, 39.

35 *Ley de Instrucciones del Jurado 2015* (Vic), s 39 (3) (a).

36 *Pell v La Reina* [2019] VSCA 186 en [159].

37 *Pell v La Reina* [2019] VSCA 186 a [160].

here— of a kind which was repeated week after week, year after year, and involved the same participants, in the same setting, performing the same rituals and following the same routines».

93. Evidence of a person's habit or practice of acting in a particular way to establish that the person acted in that way on a specific occasion may have considerable probative value. As Professor Wigmore explained, «[e]very day's experience and reasoning make it clear enough»<sup>38</sup>. The evidence of religious ritual and practice in this case had particular probative value for the reason that their Honours first identified: adherence to ritual and compliance with established liturgical practice is a defining feature of religious observance. Contrary to the Court of Appeal majority's analysis, the absence of any «significant and unusual event» associated with solemn Mass on 15 and 22 December 1996 tells against the likelihood of Portelli having departed from his duties as master of ceremonies.

94. The Court of Appeal majority took into account the evidence of four witnesses in concluding not only that it was possible that the applicant was alone and robed in contravention of centuries-old church law, but that the evidence of witnesses to the contrary did not raise a reasonable doubt as to the applicant's guilt<sup>39</sup>.

descritos son —como aquí sucede— del tipo de los que son repetidos semana tras semana, año tras año, e implican a los mismos participantes, en el mismo entorno, realizando los mismos rituales y siguiendo las mismas rutinas».

93. El testimonio del hábito o costumbre de una persona de actuar de determinada manera para establecer que esa persona actuó de esa manera en una ocasión específica debe tener un valor probatorio considerable. Como explicó el Profesor Wigmore, «la experiencia de cada día y la lógica lo hacen suficientemente claro»<sup>38</sup>. El testimonio del ritual religioso y la costumbre, en este caso, tiene especial valor probatorio por la razón que sus Señorías detectaron inicialmente: adhesión al ritual y cumplimiento de las costumbres litúrgicas establecidas es una característica definitoria de la observancia religiosa. Contrariamente al análisis de la mayoría del Tribunal de Apelación, la ausencia de algún «hecho significativo o excepcional» asociado a la misa solemne del 15 y el 22 de diciembre de 1996 va en contra de la probabilidad de que Portelli se hubiera apartado de sus tareas como maestro de ceremonias.

94. La mayoría del Tribunal de Apelación tuvo en cuenta el testimonio de cuatro testigos al concluir no sólo que era posible que el demandante estuviera sólo y revestido, contraviniendo la ley secular de la Iglesia, sino que el testimonio de los testigos en sentido contrario no planteaba una duda razonable sobre la culpabilidad del demandante<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> Wigmore, *Prueba en Juicios en Derecho consuetudinario*, Tillers rev (1983), vol 1A, §92 en 1607. Véase también *Cross on Evidence*, 9.º Aust ed (2013) en 19-20 [1135].

<sup>39</sup> *Pell v The Queen [2019] VSCA 186 en [287] - [291]*.

95. The evidence to which their Honours referred was that of three choirboys —Robert Bonomy, David Mayes and Nathan— and that of the organist and choirmaster, John Mallinson. Bonomy said that he had seen the applicant robed in the sacristy corridor and sometimes the applicant was with others and sometimes he was on his own. Bonomy had been lined up with the choir in the sacristy corridor waiting to process into Mass when he made these observations.

96. Their Honours noted that Nathan and Mayes recalled the applicant coming into the choir room after Mass and that «[v]ery infrequently, Nathan said, [the applicant] would be robed»<sup>40</sup>. Nathan had a recollection of the applicant popping into the choir room to congratulate the choir on a good performance or a great Mass. He could not remember whether the applicant was alone or with someone else, nor whether he was robed. The occasion does not appear to have been further identified.

97. Mayes' evidence, to which their Honours referred, was his memory of the applicant coming into the choir room «in the first five minutes while everybody was still there». When asked if the applicant was robed, he replied that it was «very rare to see him unrobed. Yeah, he would have been robed.» Mayes could not say whether the applicant was accompanied or not on this occasion.

98. Mayes agreed that there were infrequent special functions for the

95. El testimonio al que sus Señorías se referían era el de los tres niños del coro —Robert Bonomy, David Mayes y Nathan— y al del organista y director del coro, John Mallinson. Bonomy dijo que él había visto al demandante vestido en el pasillo de la sacristía y algunas veces el demandante estaba con otros y otras veces estaba solo. Bonomy había hecho ese comentario refiriéndose a cuando se había unido al coro en el pasillo de la sacristía, esperando para procesionar a la Misa.

96. Sus Señorías señalaron que Nathan y Mayes recordaron al demandante entrando a la sala del coro después de Misa y que era [m]uy infrecuente, dijo Nathan, que [el demandante] estuviera vestido»<sup>40</sup>. Nathan tuvo un recuerdo del demandante apareciendo en la sala del coro para felicitar al coro por una buena actuación en una misa importante. Nunca pudo recordar si el demandante estaba solo o con alguien más, ni si estaba vestido. El hecho no parece haber sido identificado posteriormente.

97. El testimonio de Mayes, al cual se refieren sus señorías, fue su recuerdo del demandante entrando en la sala del coro «en los primeros cinco minutos mientras todos estaban todavía allí». Preguntamos si el demandante estaba vestido, el contestó que era «muy raro verlo sin revestir. Sí, el debería haber ido revestido.» Mayes no pudo decir si el demandante estaba acompañado o no en esta ocasión.

98. Mayes aceptó que había actos especiales ocasionales para el coro a los

<sup>40</sup> *Pell v The Queen* [2019] VSCA 186 en [290].

choir to which parents were invited at which the applicant would be introduced to the parents. He was unable to say whether the applicant was robed on these occasions. Mayes recalled leaving the Cathedral after Sunday solemn Mass and seeing the applicant on the Cathedral steps shaking hands or talking to congregants. He agreed that this would have been 15 minutes or more after Mass had finished.

99. The Court of Appeal majority noted Mallinson's evidence of probably having seen the applicant in the sacristy corridor many times. Their Honours extracted the following exchange concerning that evidence: «Q. And again, was he on his own or with anyone? A. Sometimes he was with somebody and sometimes he would be on his own. Q. Would he be robed or unrobed? A. I've seen him both ways. For instance, after he'd gone to the sacristy and disrobed and he'd be in his normal clerical garb».

100. It is by no means evident that Mallinson was departing from his evidence that, on the occasions when Mallinson saw the applicant in his robes, Portelli was always with him. It may be observed that Mallinson acknowledged that the applicant was a stickler for protocol and conservative in terms of church liturgy and tradition.

101. The honesty of the opportunity witnesses was not in question. Portelli and Potter each gave evidence that Portelli accompanied the applicant to the priests' sacristy after solemn Mass on 15 and 22 December 1996. There

cuales los padres eran invitados, en los cuales el demandante sería presentado a los padres. No pudo decir si el demandante iba revestido en esas ocasiones. Mayes recordó haber salido de la catedral después de la misa solemne del domingo y ver al demandante en los escalones de la Catedral dando la mano y hablando con los fieles. El aceptó que esto podría haber durado 15 minutos o más después de que la misa hubiera acabado.

99. La mayoría del Tribunal de Apelación puso de relieve el testimonio de Mallinson de haber visto al demandante en el pasillo de la sacristía probablemente en bastantes ocasiones. Sus Señorías extrajeron el siguiente interrogatorio sobre este testimonio: «Q. Y otra vez, ¿estaba él sólo o con alguien? A. Algunas veces él estaba con alguien y algunas veces el habría estado sólo. Q. ¿Él iría revestido o sin revestir? A. Lo he visto de las dos formas. Por ejemplo, después de que él hubiera ido a la sacristía y se hubiera desvestido y estuviera en su atuendo clerical normal».

100. De ninguna manera es evidente que Mallinson se estuviera alejando de su testimonio de que, en ocasiones, cuando Mallinson vio al demandante revestido, Portelli estaba siempre con él. Debe observarse que Mallinson reconoció que el demandante era riguroso en el protocolo y conservador en lo que concierne a la liturgia y tradición de la Iglesia.

101. La sinceridad de los testigos de los hechos no estaba en cuestión. Tanto Portelli como Potter testificaron que Portelli acompañó al demandante a la sacristía de los sacerdotes después de la misa solemne el 14 y el 22 de di-



appears to have been agreement that, in light of Potter's apparent infirmity, notwithstanding the grant of leave to cross-examine him, the prosecutor was not required to comply with the rule in *Browne v Dunn*<sup>41</sup>. This understanding did not apply to Portelli. Portelli's evidence in this respect was unchallenged.

102. So, too, was the evidence that Catholic church teaching requires an archbishop to be accompanied while in a church, at least while the archbishop is robed, unchallenged. And the evidence that it was Portelli's role as the applicant's master of ceremonies to ensure that this requirement was complied with was unchallenged. Whatever is made of Nathan's and Mayes' evidence of the applicant coming into the choir room in the Knox Centre, it was not evidence of the applicant being unaccompanied while robed in the Cathedral. Bonomy's evidence is a slim foundation for finding that the practice of ensuring that the applicant was accompanied while he was in the Cathedral was not adhered to. It provides no foundation for excluding the reasonable possibility that Portelli's actual recall of accompanying the applicant to the priests' sacristy after solemn Mass on 15 and 22 December 1996 was accurate.

103. There was a powerful body of evidence of the applicant's practice of greeting congregants on the Cathedral steps following Sunday solemn Mass and that, while the length of this «meet and greet» varied, it occupied at least ten minutes. The applicant's prac-

ciembre de 1996. Parece que ha habido acuerdo en que, a la luz de la notoria enfermedad de Potter, a pesar de la concesión para repreguntarle, no se exigió a la acusación dar cumplimiento a la regla en *Browne v Dunn*<sup>41</sup>. Esa interpretación no se aplicó a Portelli. El testimonio de Portelli a este respecto era indiscutible.

102. Así, también, era indiscutible la prueba de que la enseñanza de la Iglesia católica exige que un arzobispo sea acompañado mientras que está en una iglesia, al menos, mientras que el arzobispo está revestido. Y la prueba de que el papel de Portelli como maestro de ceremonias del demandante era asegurar que este precepto se cumpliera era indiscutible. Lo que se quisiera concluir del testimonio de Nathan y Mayes acerca del demandante entrando en la sala del coro en el Knox Centre, no probaba que el demandante estuviera sin compañía mientras estaba revestido en la catedral. El testimonio de Bonomy es una base débil para pensar que no se respetaba la costumbre de garantizar que el demandante estuviera acompañado en la catedral mientras estaba en ella. No sirve para fundamentar la exclusión de la posibilidad razonable de que el recuerdo real de Portelli de acompañar al demandante a la sacristía de los sacerdotes después de la misa solemne del 15 y el 22 de diciembre de 2016 fuera exacto.

103. Había un abundante conjunto de pruebas de la costumbre del demandante de saludar a los fieles en los escalones de la catedral después de la misa solemne del domingo y de que, aunque la duración de este «encuentro y saludo» variaba, duraba al menos diez

41 (1893) 6 R 67.

tice in this respect contrasted with that of his predecessor, Archbishop Little. Portelli served as master of ceremonies for both and it might be thought unremarkable that he should recall that on the first and second occasions on which the applicant, as the new Archbishop of Melbourne, celebrated Sunday solemn Mass in the Cathedral, he had greeted congregants as they left after the service.

104. The respondent's reliance in this Court on the two choirboys' evidence, that sometimes the applicant processed back to the Cathedral with the choir, is no answer to Portelli's evidence concerning the solemn Masses on 15 and 22 December 1996. Moreover, their evidence hardly calls into question the evidence of the opportunity witnesses of the applicant's practice of greeting congregants after Mass.

105. Nathan's recollection was that, on the occasions that the applicant processed out of and around the side of the Cathedral, the applicant was *in front* of him. There does not appear to have been any question in the evidence of the other witnesses that when the applicant took part in the procession, as it entered the Cathedral or as it made its way down the centre aisle at the conclusion of the Mass, as the most senior of the participants, he was at its end.

106. Parissi accepted that his memory of standing back to allow the applicant to re-enter the Cathedral complex might be wrong, as his memory of archbishops and priests tended to blur.

minutos. La costumbre del demandante al respecto contrastaba con la de su predecesor, el arzobispo Little. Portelli ayudó como maestro de ceremonias a ambos y podría considerarse insustancial que él debiera recordar que en la primera y la segunda ocasión en la que el demandante, como nuevo arzobispo de Melbourne, celebró la misa solemne del domingo en la catedral, él hubiera saludado a los fieles cuando salían después del acto religioso.

104. La confianza del demandado en este Tribunal acerca del testimonio de los dos niños del coro, de que algunas veces el demandante procesionaba con el coro a la catedral, no es una réplica al testimonio de Portelli acerca de las misas solemnes del 15 y el 22 de diciembre de 1996. Además, sus testimonios apenas ponen en duda el testimonio de los testigos de los hechos sobre la costumbre del demandante de saludar a sus fieles después de misa.

105. El recuerdo de Nathan era que, en las ocasiones en que el demandante procesionaba fuera y alrededor del muro lateral de la catedral, el demandante estaba en frente de él. No parece haber habido ninguna duda en el testimonio de los otros testigos de que cuando el demandante participaba en la procesión, al entrar en la catedral o al pasar por el pasillo central en la conclusión de la misa, como la mayoría de los participantes adultos, se encontraría al final de la misma.

106. Parissi aceptó que su recuerdo de retroceder para permitir al demandante volver a entrar al complejo de la catedral podría estar equivocado, así como su recuerdo de arzobispos

Parissi was a chorister when Archbishop Little celebrated Mass and, as noted, Archbishop Little did not leave the procession to greet congregants.

(iii) Consideration – the timing of the assaults and the «hive of activity»

107. As the Court of Appeal majority observed, the effect of the altar servers' evidence was that the unlocking of the priests' sacristy doors, and the bowing to the crucifix, occurred soon after the procession finished<sup>42</sup>. By the time the procession returned, and the altar servers reached the door giving access to the eastern end of the sacristy corridor, the doors to the priests' sacristy were unlocked.

108. It will be recalled that it was A's account that he and B broke away from the procession at a point at which the choristers were congregated outside the metal gate which gave access to the toilet corridor. A and B made their way back into the Cathedral through the south transept door and from there through the double doors which opened from the south transept into the western end of the sacristy corridor.

109. The Court of Appeal majority concluded that it was «quite possible» for the priests' sacristy to have been unlocked and that A and B might have entered the priests' sacristy after the altar servers had bowed to the crucifix<sup>43</sup>. Their Honours further concluded that it

y sacerdotes tendía a difuminarse. Parissi era un niño del coro cuando el arzobispo Little celebraba misa y, como señaló, el arzobispo Little no salía de la procesión para saludar a los fieles.

(iii) Reflexión - la cronología de las agresiones y el «hervidero de actividad»

107. Como observó el Tribunal de Apelación, la conclusión del testimonio de los acólitos era que la apertura de las puertas de la sacristía de los sacerdotes, y la inclinación ante el crucifijo, se realizaban poco después de que acabara la procesión<sup>42</sup>. En el momento en el que la procesión regresaba, y los acólitos llegaban a la puerta que daba acceso al extremo oriental del pasillo de la sacristía, las puertas de la sacristía de los sacerdotes estaban ya abiertas.

108. Es preciso recordar que fue en el relato de A donde se afirma que él y B se apartaron de la procesión en un determinado lugar en el cual los niños del coro eran reunidos en el exterior de la puerta de metal que daba acceso al pasillo de los cuartos de baño. A y B regresaron al interior de la catedral a través de la puerta sur del crucero y desde allí a través de las puertas dobles que se abrían del crucero sur hacia el final occidental del pasillo de la sacristía.

109. La mayoría del Tribunal de Apelación concluyó que era «bastante posible» que la sacristía de los sacerdotes hubiera sido abierta y que A y B pudieran haber entrado en la sacristía de los sacerdotes después de que los acólitos se hubieran inclinado ante el crucifijo<sup>43</sup>.

<sup>42</sup> *Pell v The Queen* [2019] VSCA 186 at [296].

<sup>43</sup> *Pell v The Queen* [2019] VSCA 186 at [296].

was open to the jury to find that the assaults took place in the five to six minutes of private prayer time, before the «hive of activity» in the priests' sacristy, including the clearing of the sanctuary by the altar servers, commenced<sup>44</sup>.

110. The *possibility* for which their Honours allowed is not without difficulty. A, a soprano, was close to the front of the procession. If A and B broke away from it and re-entered the Cathedral through the door of the south transept and went through the double doors into the western end of the sacristy corridor, it might reasonably be expected that they would have encountered the altar servers. The altar servers were at the front of the procession. There were at least six of them and there may have been as many as 12. Those in the front of the procession waited for the two servers bookending it at the rear and then they bowed in order to the crucifix. A further oddity is that A and B did not encounter any concelebrant priests in the sacristy corridor or the priests' sacristy, notwithstanding that concelebrant priests would be expected to have gone into the priests' sacristy to disrobe after the procession broke up. It was Finnigan's evidence that there were other priests concelebrating solemn Mass on 15 and 22 December 1996.

111. The principal difficulty with the Court of Appeal majority's analysis is that it elides Potter's estimate of five

Sus Señorías concluyeron después que el juzgado podría considerar que las agresiones tuvieron lugar en los cinco a seis minutos del tiempo personal de oración, antes del comienzo del «hervidero de actividad» en la sacristía de los sacerdotes, incluyendo la puesta en orden del presbiterio por los acólitos<sup>44</sup>.

110. La *posibilidad* que sus señorías aceptaban no estaba exenta de dificultad. A, que era soprano, estaba cerca de la parte primera de la procesión. Si A y B se separaron de la procesión y regresaron a la catedral a través de la puerta sur del crucero y fueron a través de las puertas dobles hacia el extremo occidental del pasillo de la sacristía, podría ser razonable esperar que ellos se hubieran encontrado con los acólitos. Los acólitos iban al comienzo de la procesión. Había al menos seis de ellos y podrían haber sido hasta 12. Los que estaban al inicio de la procesión esperaban a los dos acólitos que la concluían y luego se inclinaban ordenadamente ante el crucifijo. Otra cosa extraña es que A y B no se encontraron con ningún sacerdote concelebrante en el pasillo de la sacristía o en la sacristía de los sacerdotes, a pesar de que se esperaba que los sacerdotes concelebrantes hubieran ido a la sacristía de los sacerdotes a quitarse las vestiduras después de que la procesión terminara. Finnigan ha testimoniado que había otros sacerdotes concelebrando en la misa solemne el 15 y el 22 de diciembre de 1996.

111. La principal dificultad con el análisis de la mayoría del Tribunal de Apelación es que éste obvia la estima-

<sup>44</sup> *Pell v The Queen* [2019] VSCA 186 at [296], [300].

to six minutes of private prayer time with the estimate of five to six minutes during which A and B re-entered the Cathedral, made their way into the priests' sacristy and were assaulted. The two periods are distinct.

112. The private prayer time commenced shortly after the conclusion of the Mass. Mallinson, the organist and choirmaster, referred to it as an «interval» of «decorum». He was asked when Potter would commence clearing the sanctuary after Mass, and he replied: «Well, it's difficult to define. Perhaps the clergy having left the sanctuary half a minute, a minute, perhaps a minute and a half, two minutes. It's difficult to say. I mean it depends on the circumstances, how many people are in the cathedral, but fairly soon after the clergy have left the sanctuary».

113. The procession, of which A and B formed a part, was making its way down the central aisle of the Cathedral during the private prayer time. The procession processed with a degree of formality because it was a religious procession and its members were on display to the public. Assuming that private prayer time occupied five or six minutes, and not the lesser time that Mallinson recalled, it remains that, by the time the altar servers entered the sacristy corridor at the conclusion of the external procession, the private prayer time had been running for some minutes.

114. The Court of Appeal majority's conclusion that it was *possible*

ción de Potter sobre los cinco a seis minutos de oración personal, cuando toma en cuenta la estimación de cinco a seis minutos durante los cuales A y B regresaron a la catedral, recorrieron el camino en el interior de la sacristía de los sacerdotes y fueron agredidos. Los dos periodos son distintos.

112. El tiempo de oración personal comenzaba poco después del final de la misa. Mallinson, el organista y director del coro, se refería a él como un «intervalo» de «decorum». Se le preguntó cuándo comenzaría Potter a ordenar el presbiterio después de la misa, y él contestó: «Bien, es difícil de concretar. Quizá cuando al transcurrir medio minuto, un minuto, quizás un minuto y medio, dos minutos desde que los sacerdotes hubieran salido del presbiterio. Es difícil de decir. Quiero decir que eso depende de las circunstancias, de cuánta gente hay en la catedral, pero poco después de que los sacerdotes hayan salido del presbiterio».

113. La procesión, de la cual A y B formaban parte, recorría el pasillo central de la catedral durante el tiempo de la oración privada. La procesión se desarrollaba con cierta formalidad porque era una procesión religiosa y sus miembros estaban de cara al público. Suponiendo que ese tiempo de oración personal durara cinco o seis minutos, y no el menor tiempo que Mallinson recordaba, está claro que, para el momento en el que los acólitos entraban en el pasillo de la sacristía y hasta el final de la procesión exterior, el tiempo de la oración personal había transcurrido al menos algunos minutos.

114. La conclusión de la mayoría del Tribunal de Apelación de que era

that the assaults occurred after the altar servers had bowed to the crucifix in the priests' sacristy and before they commenced to clear the sanctuary invites the question «where were the altar servers during the five to six minute hiatus that their Honours hypothesised?» Although the timing of these events cannot be fixed with any precision, it was, as noted, plainly not the case that the private prayer time given to congregants, before items from the sanctuary were cleared to the priests' sacristy, did not commence until the front of the procession was close to the metal gate.

115. It was not in issue that the altar servers entered the priests' sacristy and bowed to the crucifix at the conclusion of the procession or that they assisted Potter to clear the sanctuary. In closing submissions, the prosecutor invited the jury to find that, after bowing to the crucifix, the altar servers went to the «workers' sacristy» and waited for Potter to give them «the green light» to start clearing up. There was no evidentiary support for that submission and, following objection, the prosecutor withdrew it.

116. In this Court, the respondent maintained that the assaults occurred after the altar servers had entered the priests' sacristy and bowed to the crucifix and before the «hive of activity» in the sacristy commenced. The respondent, relying on Mallinson's evidence, sought to lengthen the private prayer time, submitting that «[p]recisely when this interval would end would, of course, depend on the circumstances

*posible* que las agresiones ocurrieran después de que los acólitos se hubieran inclinado ante el crucifijo de la sacristía de los sacerdotes y antes de que ellos comenzaran a ordenar el presbiterio lleva a la pregunta: «¿Dónde estaban los acólitos durante la pausa de cinco a seis minutos que sus Señorías propusieron como hipótesis?». Aunque la cronología de esos hechos no puede ser aclarada con precisión, sí está claro que, como se ha señalado, no se trata de que el tiempo personal de oración dado a los fieles, antes de que las cosas del presbiterio fueran llevadas a la sacristía de los sacerdotes, no comenzaba hasta que la parte delantera de la procesión estaba cerca de la puerta metálica.

115. No estaba en cuestión que los acólitos entraran en la sacristía de los sacerdotes y se inclinaran ante el crucifijo al concluir la procesión o que ellos ayudaran a Potter a ordenar el presbiterio. En el alegato final, la acusación invitó al jurado a pensar que, después de la inclinación al crucifijo, los acólitos fueron a la «sacristía de los trabajadores» y esperaron a Potter para que les diera «luz verde» para empezar a ordenar. No hay soporte testimonial para esa suposición y, después de una protesta, la acusación la retiró.

116. En esta corte, el demandado mantuvo que las agresiones ocurrieron después de que los acólitos hubieron entrado en la sacristía de los sacerdotes y se inclinaron ante el crucifijo y antes de que comenzara el «hervidero de actividad» en la sacristía. El demandado, basándose en el testimonio de Mallinson, trató de alargar el tiempo de oración personal, afirmando que «[p]recisamente cuándo hubiera terminado



including how many people were in the Cathedral». The submission overlooked that, on Mallinson's account, circumstances such as how many people were in the Cathedral would only account for the private prayer time allowed prior to the clearing of the sanctuary varying from 30 seconds to two minutes.

117. The respondent also submitted that «[t]he altar servers would have then left the Sacristy – either for the workers' room, where they disrobed, or for the sanctuary to assist Potter». The submission comes close to repeating the submission which the prosecutor withdrew at the trial. There was no evidence that the altar servers went to their room to disrobe prior to returning to the sanctuary in order to assist in clearing away the sacred vessels and other objects. Nor is there an evidentiary foundation for the conclusion that there was a hiatus between the time when the altar servers completed their bows to the crucifix and the clearing of the sanctuary.

### **Conclusion**

118. It may be accepted that the Court of Appeal majority did not err in holding that A's evidence of the first incident did not contain discrepancies, or display inadequacies, of such a character as to require the jury to have entertained a doubt as to guilt. The likelihood of two choirboys in their gowns being able to slip away from the procession without detection; of finding altar wine in an unlocked cupboard; and of the applicant being able to manoeuvre his vestments to expose his penis are considerations that may be put to one side. It remains that the

este tiempo, dependería de las circunstancias, entre las cuales, el número de fieles que estuvieran en la catedral. La afirmación pasó por alto que, en el relato de Mallinson, las circunstancias tales como cuánta gente había en la catedral sólo influirían en el tiempo personal de oración permitido anterior a la puesta en orden del presbiterio, variando de 30 segundos a 2 minutos.

117. El demandado también afirmó que «[l]os acólitos sólo habrían salido de la sacristía, o bien para ir a la sala de los trabajadores, donde ellos se quitaban las vestiduras, o bien para ir al presbiterio para ayudar a Potter». La afirmación casi repite la afirmación que el fiscal había retirado del juicio. No había prueba de que los acólitos fueran a su sala a desvestirse antes de volver al presbiterio para ayudar a recoger los vasos sagrados y otros objetos. Tampoco hay una base probatoria para llegar a la conclusión de que hubo una pausa entre el momento en el que los acólitos realizaron su inclinación ante el crucifijo y la puesta en orden del presbiterio.

### **Conclusión**

118. Debe aceptarse que la mayoría del Tribunal de Apelación no se equivocó al sostener que la declaración de A del primer incidente no contiene contradicciones, o no muestra deficiencias, de tal naturaleza que requirieran que el jurado hubiera albergado una duda en cuanto a la culpabilidad. La probabilidad de que dos niños del coro revestidos fueran capaces de escaparse de la procesión sin ser detectados, de encontrar vino de misa en un armario abierto, y de que el demandante fuera capaz de manejar sus vestiduras para mostrar su pene son consideraciones que pueden ser dejadas de

evidence of witnesses, whose honesty was not in question, (i) placed the applicant on the steps of the Cathedral for at least ten minutes after Mass on 15 and 22 December 1996; (ii) placed him in the company of Portelli when he returned to the priests' sacristy to remove his vestments; and (iii) described continuous traffic into and out of the priests' sacristy for ten to 15 minutes after the altar servers completed their bows to the crucifix.

119. Upon the assumption that the jury assessed A's evidence as thoroughly credible and reliable, the issue for the Court of Appeal was whether the compounding improbabilities caused by the unchallenged evidence summarised in (i), (ii) and (iii) above nonetheless required the jury, acting rationally, to have entertained a doubt as to the applicant's guilt. Plainly they did. Making full allowance for the advantages enjoyed by the jury, there is a significant possibility in relation to charges one to four that an innocent person has been convicted.

### **The second incident**

120. It will be recalled that the second incident is alleged to have occurred after Sunday solemn Mass on an occasion on which there was an internal procession through the sacristy corridor. A agreed that he, as one of the younger boys, would have been towards the front of the procession as it made its way through the sacristy corridor, with the older choristers, including some adults, behind him. They were all rushing to get back to the choir's

lado. Está claro que las declaraciones de los testigos, cuya honestidad no estaba en cuestión, (i) situaban al demandante en los escalones de la catedral por, al menos, diez minutos después de la misa del 15 y el 22 de diciembre de 1996; (ii) le situaba a él en compañía de Portelli cuando volvió a la sacristía de los sacerdotes para quitarse sus vestiduras; y (iii) describían un tráfico continuo entrando y saliendo de la sacristía de los sacerdotes durante 10 o 15 minutos después de que los acólitos realizaran sus inclinaciones ante el crucifijo.

119. Suponiendo que el jurado evaluó el testimonio de A como completamente creíble y fiable, la cuestión para el Tribunal de Apelación era si la combinación de improbabilidades causadas por el testimonio indiscutible resumida en (i), (ii) y (iii) más arriba, exigieron del jurado, actuando racionalmente, haber albergado una duda razonable sobre la culpabilidad del demandante. Claramente sí. Teniendo plena mente en cuenta las ventajas de las que goza el jurado, existe una posibilidad significativa en relación a los cargos uno a cuatro de que una persona inocente haya sido condenada.

### **El segundo incidente**

120. Hay que recordar que el segundo incidente alegado ocurrió después de la misa solemne del domingo, en una ocasión en la cual había una procesión interna a través del pasillo de la sacristía. A aceptó que, como uno de los chicos más jóvenes, habría estado hacia la parte que abría la procesión cuando ésta transcurría por el pasillo de la sacristía, con cantores más mayores, entre los cuales algunos adultos, detrás de él. Todos se apresuraban a regresar a la

robing room when the second incident occurred. The applicant appeared and shoved A against the wall and squeezed his genitals, causing pain, although he did not know if he had called out.

121. The defence contended at trial that the notion that the applicant—a tall, imposing figure in his archbishop's robes—might assault a young choirboy in the presence of a number of choristers, including several adults, bordered on the fanciful.

122. The Court of Appeal majority accepted that the sight of the applicant at close quarters with a choirboy might well have attracted attention. However, their Honours reasoned that the others in the corridor were intent on completing the procession and removing their robes as soon as possible. In this state of affairs, their Honours assessed that it was quite possible that the brief encounter went unnoticed. At all events, their Honours said, «the evidence once again falls well short of establishing impossibility.»

123. Weinberg JA considered that, had the second incident occurred in the way A described it, it was highly unlikely that none of the many persons present would have seen what was happening or reported it in some way. His Honour concluded that it was not open to the jury to be satisfied beyond reasonable doubt of the applicant's guilt of the offence charged in the second incident.

124. The assumption that a group of choristers, including adults, might have been so preoccupied with mak-

sala de túnicas del coro cuando ocurrió el segundo incidente. El demandante apareció y empujó a A contra el muro y estrujó sus genitales, causándole dolor, aunque él no sabía si había gritado.

121. La defensa sostuvo en el juicio que la concepción de que el demandante—un personaje alto e imponente revestido con sus ornamentos de arzobispo—pudiera agredir a un joven chico del coro en presencia de varios cantores, entre los cuales había varios adultos, se acercaba a lo fantasioso.

122. La mayoría del Tribunal de Apelación aceptó que el haber observado al demandante muy pegado a un chico del coro bien podría haber llamado la atención. Sin embargo, sus Señorías consideraron que los demás en el pasillo estaban pendientes de terminar la procesión y quitarse sus ornamentos tan pronto como fuera posible. En este estado de cosas, sus Señorías evaluaron que era bastante posible que este breve encuentro hubiera pasado desapercibido. En cualquier caso, sus Señorías dijeron, «la prueba una vez más no llega a establecer la imposibilidad».

123. Weinberg JA consideró que, si el segundo incidente hubiera ocurrido de la forma en que A lo describió, era altamente improbable que ninguno de los presentes lo hubiera visto y lo hubiera denunciado de alguna manera. Su Señoría concluyó que no era legítimo que el jurado estuviera seguro más allá de toda duda razonable de la culpabilidad del demandante en la agresión imputada en el segundo incidente.

124. La suposición de que un grupo de cantores, entre los cuales había adultos, podrían haber estado tan pre-

ing their way to the robing room as to fail to notice the extraordinary sight of the Archbishop of Melbourne dressed «in his full regalia» advancing through the procession and pinning a 13 year old boy to the wall, is a large one. The failure to make any formal report of such an incident, had it occurred, may be another matter.

125. It is unnecessary to decide whether A's description of the second incident so strains credulity as to necessitate that the jury, who saw and heard him give the evidence, ought to have entertained a reasonable doubt as to its occurrence. The capacity of the evidence to support the verdict on this charge suffers from the same deficiency as the evidence of the assaults involved in the first incident.

126. Portelli gave unchallenged evidence of his recall of being with the applicant at solemn Mass on 23 February 1997. Portelli recalled that this was an unusual occasion because Father Egan was the celebrant. The protocol remained that the applicant as the most senior person was last as the procession processed down the centre aisle of the Cathedral.

127. The unchallenged evidence of the applicant's invariable practice of greeting congregants after Sunday solemn Mass, and the unchallenged evidence of the requirement under Catholic church practice that the applicant always be accompanied when in the Cathedral, were inconsistent with acceptance of A's evidence of the second incident. It was evidence which ought to have caused the jury, acting

ocupados en seguir su camino al cuarto donde desvestirse como para no darse cuenta de la llamativa visión del Arzobispo de Melbourne, vestido «con todos sus atuendos», avanzando de entre la procesión y sujetando a un chico de trece años contra la pared, es mucha suposición. El hecho de no haber realizado ninguna denuncia formal de ese incidente, en el caso de que hubiera ocurrido, es otro asunto.

125. No es necesario decidir si la descripción de A del segundo incidente genera tanta credulidad como para que el jurado, que lo vio y escuchó declarar, debiera haber albergado una duda razonable sobre el hecho de producirse. La capacidad de la prueba para apoyar el veredicto de este cargo sufre de la misma insuficiencia que la prueba de las supuestas agresiones del primer incidente.

126. Portelli dio testimonio indiscutible de su recuerdo de estar con el demandante en la misa solemne del 23 de febrero de 1997. Portelli recordó que ésta fue una ocasión especial porque el Padre Egan era el celebrante. El protocolo seguía siendo que el demandante, como la persona más importante, fuera el último cuando la procesión transcurría por el pasillo central de la catedral.

127. La prueba indiscutible de la costumbre invariable del demandante de saludar a los fieles después de la misa solemne del domingo, y la prueba indiscutible de la costumbre preceptiva de la Iglesia católica de que el demandante siempre fuera acompañado cuando estaba en la catedral, eran contradictorios con la aceptación del testimonio de A sobre el segundo incidente. Era una prueba que debió haber motivado al ju-

rationally, to entertain a doubt as to the applicant's guilt of the offence charged in the second incident. In relation to charge five, again making full allowance for the jury's advantage, there is a significant possibility that an innocent person has been convicted.

128. This conclusion makes it unnecessary to consider whether the respondent's concession, that if the verdicts in relation to the offences charged in the first incident are unreasonable or cannot be supported by the evidence then it follows that the same conclusion should be reached in relation to the verdict concerning the offence charged in the second incident, amounts to a mode of reasoning that contravenes ss 44F and 44G of the Jury Directions Act.

### Orders

129. For these reasons, there should be the following orders:

1. Special leave to appeal granted.
2. Appeal treated as instituted and heard *instanter* and allowed.
3. Set aside order 2 of the orders of the Court of Appeal of the Supreme Court of Victoria made on 21 August 2019 and, in its place, order that:
  - (a) the appeal be allowed; and
  - (b) the appellant's convictions be quashed and judgments of acquittal be entered in their place.

rado, actuando racionalmente, a albergar una duda sobre la culpabilidad del demandante en la agresión imputada en el segundo incidente. En relación al cargo cinco, atendiendo de nuevo totalmente a la ventaja del jurado, hay una posibilidad significativa de que una persona inocente haya sido condenada.

128. Esta conclusión hace innecesario considerar si la concesión al demandado equivale a un modo de razonar que contraviene los artículos 44F y 44G de la *Ley de Instrucciones del Jurado*, ya que, si los veredictos en relación a las agresiones imputadas en el primer incidente no son razonables o no pueden ser sostenidas por la prueba satisfactoria, entonces se deduce que se debe llegar a la misma conclusión con respecto al veredicto referido a la agresión imputada en el segundo incidente.

### Disposiciones

129. Por estas razones, deben realizarse las siguientes disposiciones:

1. Permiso especial para apelar concedido.
2. Apelación tratada como presentada y escuchada sin demora y permitida.
3. Anulación de la disposición 2 de las disposiciones de la Corte de Apelación del Tribunal Supremo de Victoria emitida el 21 de agosto de 2019 y, en su lugar, disponer que:
  - (a) se permita la apelación; y
  - (b) se anulen las condenas del apelante y se inscriban en su lugar sentencias de absolución.

## **ACERCAMIENTO PENAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LA LEY RITUAL ESPAÑOLA A LA SENTENCIA ABSOLUTORIA DEL CARDENAL PELL DICTADA EL 7 DE ABRIL DE 2020 POR EL TRIBUNAL SUPREMO DE AUSTRALIA<sup>1</sup>**

PARTES

Demandante: El recurrente en apelación: George Pell

Demandada: La Reina, representada por el Ministerio Fiscal

### PRESUPUESTO FÁCTICO

El 11 de diciembre de 2018, el demandante fue condenado por el Tribunal del Condado de Victoria (juez principal Kidd y un jurado) por un cargo de penetración sexual de un niño menor de 16 años y cuatro cargos de comisión de un acto impúdico con o en presencia de otro menor de 16 años. Se alegó que los delitos relativos a los primeros cuatro cargos habían sido cometidos en una fecha comprendida entre el 1 de julio y el 31 de diciembre de 1996. Se alegó que el quinto cargo se cometió entre el 1 de julio de 1996 y el 28 de febrero de 1997. Se alegó que todos los delitos se cometieron en la Catedral de San Patricio, East Melbourne («la Catedral»), después de la celebración de la misa solemne del domingo y pocos meses después de la toma de posesión del demandante como Arzobispo de Melbourne. Las víctimas del presunto delincuente fueron dos menores cantores de la Catedral, «A» y «B».

Ante esta situación, el demandante solicitó lo que allí llaman «un permiso especial» para interponer recurso de apelación ante el Tribunal Supremo, cuya sala de admisiones, una vez atendidas las alegaciones, determinó literalmente que *«Por las razones que se dan, es evidente que existe una posibilidad significativa de que una persona inocente haya sido condenada porque la prueba realizada no establece la culpabilidad con el grado de prueba requerido»*. Es decir, ante la

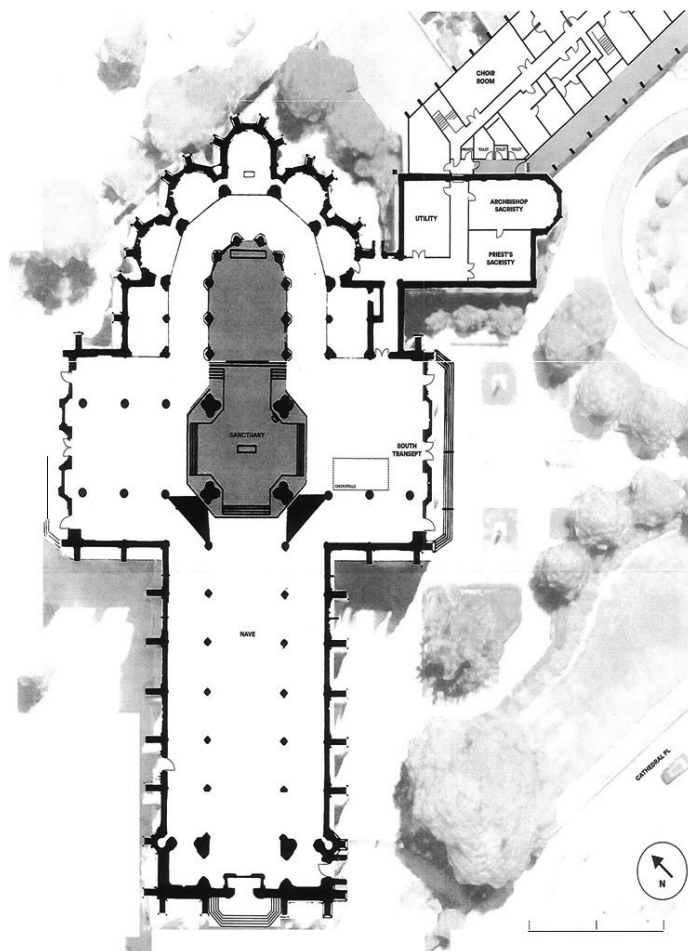
1 El presente comentario no pretende ser un sesudo tratado procesal sobre la sentencia objeto de estudio, puesto que lo dictaminado es el fruto de toda una *litis* judicial (instrucción, juicio y posterior recurso) sostenida bajo la normativa de la Commonwealth, y por tanto es ajena a la legislación española o, en su defecto, a la jurisprudencia del TJUE. A pesar de ello, cualquier parecido con la realidad no es pura coincidencia.

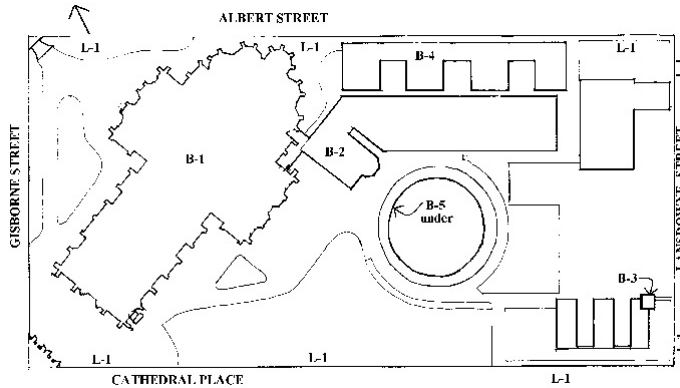
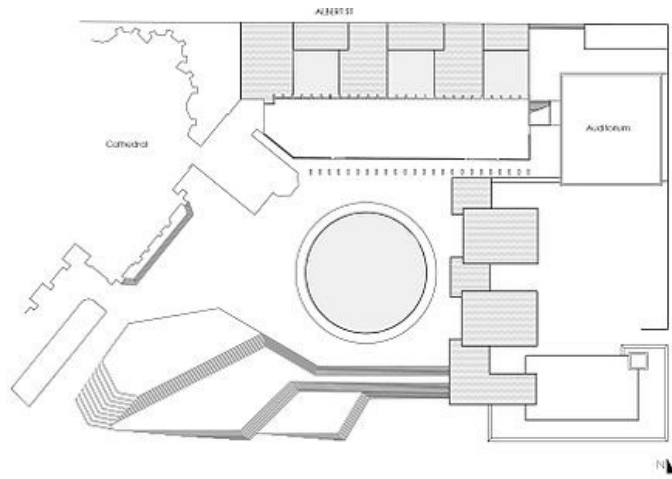


posibilidad de que no se haya practicado prueba suficiente y capaz de tumbar el principio de presunción de inocencia, es por lo que el TS australiano accede a revisar el proceso.

#### MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA

El TS, que está facultado para dar, y debe dar, la sentencia que debería haber dictado el Tribunal inferior jerárquico, entra a realizar una valoración de la prueba que alcanza una conclusión plausible y acorde a derecho en un proceso con todas las garantías: existen dudas razonables que el jurado no supo o no pudo exteriorizar en su fallo.

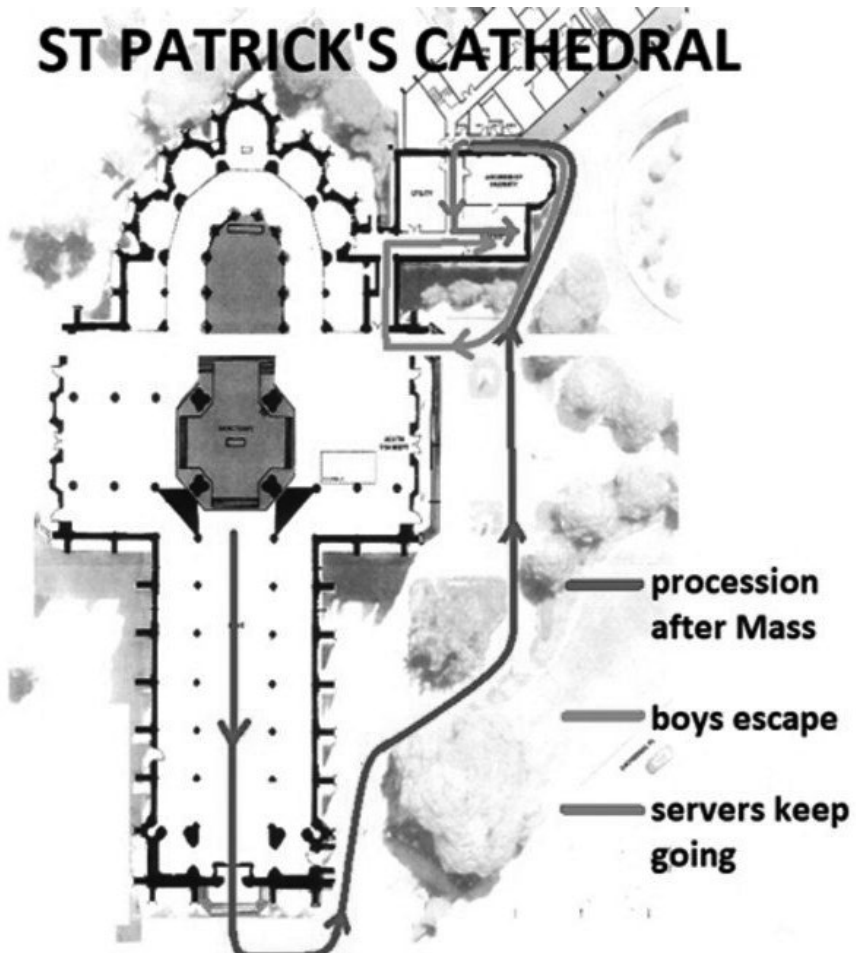




De dicha valoración y narración cabe resaltar los siguientes aspectos: 1) la distribución arquitectónica de la Catedral y del edificio contiguo, en relación a la procesión realizada por el cortejo del cardenal George Pell y concelebrantes, amén de los saludos posteriores a la misa solemne del domingo, la presencia del maestro de ceremonias, la vestimenta del demandante o las obras que se estaban realizando en la sacristía, hacen imposible que la narración de uno de los menores alcance credibilidad. 2) Ambos menores demostraron una actitud difícilmente encajable en la victimología forense. 3) Ambos menores diferían de la fecha de los hechos. 4) El trascurso de más de 20 años entre los hechos denunciados y el juicio suponen una merma notable en el derecho de defensa a la hora de hacerse con pruebas de descargo para enfrentar la acusación (el deán de 1996 vivía retirado e incapacitado en una residencia, uno de los menores hizo uso de ese lapso de tiempo a su favor, y el otro, que hubiera sido un testigo extraordinario, había

fallecido). 5) El relato del menor estaba respaldado en referencia al conocimiento del diseño interior de la sacristía de los sacerdotes; conocimiento que no podría haber tenido a menos que dijera la verdad. 6) Si fuera razonablemente posible que el demandante estuviera saludando a los fieles después de la misa solemne durante no menos de diez minutos el 23 de febrero de 1997, no podría haber estado en el pasillo que daba a las sacristías mientras el coro procesionaba de nuevo a través del pasillo de la sacristía al Centro Knox (edificio contiguo).

Aceptar como suficiente el relato del menor supondría dar por buenas unas situaciones periféricas que no fueron probadas. Implicaría aceptar que el cardenal Pell no se paró en los escalones de la Catedral para saludar a los feligreses durante diez minutos o más tiempo; que contrariamente a la costumbre tradicional de la



Iglesia, el demandante regresó sin compañía con sus vestimentas ceremoniales a la sacristía de los sacerdotes; que desde el momento en que ambos menores volvieron a entrar en la Catedral, hasta la conclusión de las agresiones, en un intervalo de unos cinco a seis minutos, ninguna otra persona entró en la sacristía de los sacerdotes; y que ninguna persona observó, y tomó medidas para detener, a dos niños del coro con túnica que abandonaron la procesión y regresaron a la Catedral. Esto, en conjunto, resulta más que indiciario para el TS en el momento de no conceder al menor un testimonio suficiente para excluir una duda razonable sobre la culpabilidad del cardenal Pell.

Al contrario, para el Tribunal Supremo australiano, Portelli, maestro de ceremonias, testificó de forma creíble que el Cardenal siempre, absolutamente siempre, estaba acompañado por él, por Potter, o por algún sacerdote. Y siempre era ayudado a desvestirse, nunca solo. Potter, quién sirvió como sacristán de la Catedral durante 38 años, tenía 84 años en la fecha del juicio y parecía sufrir alguna enfermedad mental que perturbaba sus recuerdos, pero declaró claramente sobre aspectos litúrgicos y costumbres que se repetían de forma idéntica semana tras semana durante años.

Por su parte, Daniel McGlone y Jeffrey Connor, acólitos en la Catedral en 1996 y 1997, mantuvieron sin género de dudas que era una costumbre «invariable» del demandante saludar a los fieles en los escalones de la Catedral después de la misa. Y especial relevancia tuvo la testifical del Dr. Cox, el organista asistente, quien describía la sacristía de los sacerdotes como un «hervidero de actividad» después de misa. Y el jefe del coro, Finnigan, recordó que después de la misa había «gente por todas partes» en el pasillo de la sacristía, con gente «entrando y saliendo». Todo esto hacía imposible, como apuntábamos antes, que el relato del denunciante se sostuviera.

Todo ello, puesto en conexión con el hecho de que el jurado no había sido apremiado a albergar dudas sobre la culpabilidad del cardenal George Pell, derivó en que Sus Señorías revisaron una serie de «impedimentos sólidos» a la condena y en cada caso concluyeron que nunca se practicó prueba suficiente para condenar a un inocente.

Descendiendo al derecho penal español hemos de traer a colación las características de la Ley del Jurado. Muy al contrario de lo común y malamente entendido, cada jurado, debe motivar su deliberación. No basta con emitir un voto de culpabilidad o inocencia, sino que hay que explicar el por qué de esa decisión, cuál ha sido el proceso lógico que ha llevado a adoptar tal decisión. La falta de dicha motivación acarrea *per se* la nulidad del juicio y conlleva la celebración de un nuevo juicio en la Audiencia Provincial que corresponda. De igual forma, el Magistrado que preside el juicio, debe indicar expresamente al jurado que la duda es motivo de absolución. No se puede condenar en caso de duda. De la lectura de la Sentencia absolutoria del cardenal Pell se desprende que dicho apercibimiento también es obligatorio en la legislación australiana y nunca se produjo.

Otro aspecto esencial a tener en cuenta es la valoración de la prueba. En España todos somos inocentes hasta que se demuestre lo contrario (aunque a la prensa le cueste entenderlo), por lo que la carga de la prueba recae en quien acusa. Es decir, el principio acusatorio establece que es la parte acusadora quien debe desplegar el acervo probatorio suficiente como para enervar el principio *in dubio pro reo*. Obligar a un procesado a demostrar su inocencia es un retorcimiento ajeno a la buena fe procesal que debe guiar toda litis penal. *Probatio diabolica* es como la jurisprudencia española nominó semejante aberración jurídica más común de lo deseable en la práctica forense del derecho.

La verdad es como el agua, o es pura, o no es agua; y a la verdad judicial en el proceso penal sólo se llega a través de la prueba. Y ahí radica el gran problema o limitación de quien pretende entablar una acusación sin el sustento probatorio necesario. Los delitos investigados en el caso que nos ocupa son delitos de los conocidos como cometidos en la intimidad, por lo que difícilmente se cuenta con testigos que avalen la manifestación de la víctima.

Cómo solventa esa deficiencia entonces la jurisprudencia española. El testimonio de las víctimas tiene consideración de testifical y, como tal, puede constituir prueba de cargo suficiente en la que puede basarse la convicción del juez para determinar los hechos del caso *siempre y cuando supere un test de credibilidad ante los Magistrados* con un testimonio coherente, sin fisuras, que no suscite interrogantes acerca de la concurrencia de los elementos fácticos definitorios del tipo penal por el que se formula acusación, y todo ello sin olvidar los indispensables elementos de corroboración, pues desde la desaparición del viejo principio *testis unus, testis nullus*, la prueba consistente en la declaración de la víctima es apta para enervar la presunción de inocencia, siempre y cuando sea valorada conforme a los parámetros que fija nuestra jurisprudencia (STS 715/2003, de 16 de mayo 1222/2003, de 29 de septiembre, y la de 19 de febrero de 2000), los cuales son: 1) *Ausencia de incredibilidad subjetiva* que pudiera resultar de sus características o de sus circunstancias personales (Las propias características personales de los acusadores, o la inexistencia de móviles espurios que pudieran resultar bien de las tendencias fantasiosas o fabuladoras de la víctima, como un posible motivo impulsor de sus declaraciones, o bien de las previas relaciones acusado-víctima, denotativas de móviles de odio o de resentimiento, venganza o enemistad, que enturbien la sinceridad de la declaración haciendo dudosa su credibilidad). 2) *Verosimilitud del testimonio*, basada en la lógica de su declaración y el suplementario apoyo de datos objetivos. Esto supone que la declaración de la presunta víctima ha de ser lógica en sí misma, o sea, no contraria a las reglas de la lógica vulgar o de la común experiencia, lo que exige valorar si su versión es o no insólita, u objetivamente inverosímil por su propio contenido. La declaración de la víctima ha de estar rodeada de *corroboraciones periféricas* de carácter objetivo obrantes en el proceso; lo que significa que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima (STS

de 5 de junio de 1992; 11 de octubre de 1995; 17 de abril y 13 de mayo de 1996; y 29 de diciembre de 1997). Los datos objetivos de corroboración pueden ser muy diversos: lesiones en delitos que ordinariamente las producen; manifestaciones de otras personas sobre hechos o datos que sin ser propiamente el hecho delictivo atañen a algún aspecto fáctico cuya comprobación contribuya a la verosimilitud del testimonio de la víctima; periciales sobre extremos o aspectos de igual valor corroborante; etcétera.

Todo juez, dentro de su imparcialidad e independencia, está sometido al imperio de la Ley, lo que implica que toda resolución ha de ser suficientemente motivada y razonada en conciencia bajo el paraguas de la experiencia, la razón y las reglas de la sana crítica; así el justiciable puede y debe conocer el discurso lógico deductivo que subyace en su condena o su absolución. Esto, que a priori parece una obviedad, es la esencia pura del derecho penal, convirtiéndose en un denominador común exigible en el *ius cogens* compartido por todos los estados democráticos con separación de poderes.

Ya lo dice nuestro más alto tribunal: Se vulnera el derecho de defensa cuando se incurre en infracción del art. 120.3 de la Constitución (falta de motivación) e infringe el derecho a conocer la *ratio decidendi* de la resolución dictada.

En este sentido el Tribunal Constitucional tiene elaborada una más que abundante doctrina, de la que entresacamos las siguientes Sentencias:

1. SS 24/94 de 27 de enero: «La tutela judicial efectiva del artículo 24-1 CE, comprende el Derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, no una fundamentación cualquiera, sino que la propia Resolución evidencia de modo incontestable que su razón de ser es una explicación razonada de las normas que se consideran adecuadas al caso, con la triple finalidad (STC 55/87) de garantizar la posibilidad de control, convencer a las partes de la corrección de la decisión y garantizar la ausencia de arbitrariedad».

2. STC de 3 de julio de 1.997: «La motivación de las resoluciones judiciales es un Derecho Fundamental de las partes intervinientes en un proceso y deriva de los artículos 120.3 Y 24.1 de la CE».

3. Exponer sin razonar, no es motivar: TC. S. 264/88 de 22 de diciembre, FJ 5º: «La mera exposición, incluso de una norma jurídica, sin entrar en más consideraciones ni pronunciarse sobre el cumplimiento o no de los requisitos del Derecho ejercitado, no constituye razonamiento ni puede calificarse de Fundamento Jurídico».

4. STC 325/94 de 12 de diciembre, FJ3º: «La motivación, que se integra en el derecho a la tutela judicial efectiva, tiene la doble función de dar a conocer las reflexiones que conducen al fallo y facilitar su control a través de los recursos pertinentes...».

5. STC 159/89 de 6 de octubre, FFJJ 6º y 7º: «Los pronunciamientos judiciales deben encontrarse razonados en derecho y no ser, por tanto, arbitrarios o



infundados, ello, permite que el TC pueda y deba examinar la motivación de las resoluciones judiciales, a fin de verificar no solo su mera existencia sino también su carencia de arbitrariedad o su irracionalidad (S. 23/88, de 22 de febrero). La motivación no solo debe ser suficiente, sino razonable y fundada en derecho, dando una respuesta congruente y jurídica a la cuestión litigiosa planteada».

#### CONCLUSIÓN

Tras el estudio de la sentencia absolutoria del cardenal Pell, y examinada la misma desde el color del cristal del derecho penal español, comparto el contenido y fallo de la resolución del tribunal australiano, pues queda patente la deficiente motivación del jurado, la ausencia de prueba de cargo suficiente, y una palpable falta de sustrato de verosimilitud que abocaba al fracaso cualquier intento de superar el test de credibilidad judicial.

Javier Muriel Navarrete

Abogado penalista – Col. 5455 ICA Málaga