

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL  
SR. PEDRO CRUZ VILLALÓN  
presentadas el 20 de octubre de 2011<sup>1</sup>

1. La Decisión marco 2001/220/JAI, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal<sup>2</sup> (en adelante, «Decisión marco»), continúa suscitando dudas de interpretación al aplicar sus disposiciones a las víctimas especialmente vulnerables, concretamente las menores de edad. Con posterioridad a la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Pupino,<sup>3</sup> la jurisdicción que nos planteó entonces la cuestión prejudicial nos interroga nuevamente sobre el alcance de los artículos 2, 3 y 8 de la Decisión marco y su relación con el «incidente probatorio» previsto en el proceso penal italiano, con arreglo al cual se posibilita la práctica anticipada de la prueba durante la fase de instrucción cuando la víctima sea menor de edad.

la primera inquiere si un régimen como el italiano, al atribuir exclusivamente al Ministerio Fiscal y al acusado el monopolio de la iniciativa para realizar el incidente probatorio, es compatible con la Decisión marco, en la medida en que el Ministerio Fiscal no está obligado a formular el incidente cuando así se lo solicita la víctima menor de edad. Mediante la segunda pregunta el órgano jurisdiccional remitente desea saber si la Decisión marco garantiza a la víctima menor de edad un derecho de recurso contra las decisiones motivadas del Ministerio Fiscal, por medio de las cuales éste se oponga a la realización del incidente probatorio tras haberlo solicitado la víctima menor de edad.

## I. Marco normativo

2. Más específicamente, el Giudice delle indagini preliminari de Florencia (en adelante, «G.I.P.») eleva dos cuestiones al Tribunal de Justicia relativas a la conformidad de la normativa reguladora del mencionado incidente probatorio con la Decisión marco. Mediante

### A. *El Derecho de la Unión*

3. La Decisión marco, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, crea un régimen de protección destinado a armonizar las disposiciones nacionales que rigen dichos

1 — Lengua original: español.

2 — Decisión marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001 (DO L 82, p. 1).

3 — Sentencia de 16 de junio de 2005 (C-105/03, Rec. p. I-5285).

procesos. A tal fin, se define el concepto de «víctima» en el artículo 1, letra a), de la siguiente manera:

«a) “víctima”: la persona física que haya sufrido un perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por un acto u omisión que infrinja la legislación penal de un Estado miembro»

4. El artículo 2, bajo el título «Respeto y reconocimiento», destaca la necesidad de otorgar un tratamiento específico a las víctimas especialmente vulnerables y dice así:

«1. Los Estados miembros reservarán a las víctimas un papel efectivo y adecuado en su sistema judicial penal. Seguirán esforzándose por que las víctimas sean tratadas durante las actuaciones con el debido respeto a su dignidad personal, y reconocerán sus derechos e intereses legítimos en particular en el marco del proceso penal.

2. Los Estados miembros velarán por que se brinde a las víctimas especialmente vulnerables un trato específico que responda de la mejor manera posible a su situación.»

5. El derecho de la víctima a ser oída se erige en uno de los rasgos principales que caracterizan al estatuto previsto en la Decisión marco, garantizando igualmente un tratamiento proporcional y acorde con los objetivos del proceso que evite trámites onerosos. A estos efectos, el artículo 3 dispone lo siguiente:

«Audición y presentación de pruebas

Los Estados miembros garantizarán a la víctima la posibilidad de ser oída durante las actuaciones y de facilitar elementos de prueba.

Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que sus autoridades sólo interroguen a la víctima en la medida necesaria para el proceso penal.»

6. Finalmente, el artículo 8 prevé diversos derechos de protección a la víctima, incluido el de las víctimas vulnerables a testificar en condiciones acordes con su dignidad y situación particular:

«Derecho a la protección

1. Los Estados miembros garantizarán un nivel adecuado de protección a las víctimas y, si procede, a sus familiares o personas en situación equivalente, por lo que respecta a su seguridad y a la protección de su intimidad,

siempre que las autoridades competentes consideren que existe un riesgo grave de represalias o claros indicios de una intención clara de perturbar su vida privada.

2. Para ello, y no obstante lo dispuesto en el apartado 4, los Estados miembros garantizarán que, en caso necesario, sea posible adoptar, en el marco de un proceso judicial, las medidas adecuadas para proteger la intimidad o la imagen física de la víctima y de sus familiares o de las personas en situación equivalente.

3. Los Estados miembros velarán además por que, en las dependencias judiciales, pueda evitarse el contacto entre víctima y procesado, salvo que el proceso penal lo requiera. A tal fin, si ha lugar, los Estados miembros dispondrán progresivamente lo necesario para que las dependencias judiciales estén provistas de espacios de espera reservados a las víctimas.

4. Los Estados miembros garantizarán, cuando sea necesario proteger a las víctimas, y sobre todo a las más vulnerables, de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, que éstas puedan, por resolución judicial, testificar en condiciones que permitan alcanzar ese objetivo, por cualquier medio adecuado compatible con los principios fundamentales de su Derecho.»

## B. *El Derecho nacional*

7. El artículo 111 de la Constitución italiana se refiere a las garantías del proceso penal y destaca, entre otras cuestiones, la relevancia del principio contradictorio, así como sus excepciones en los trámites de obtención de la prueba:

«La jurisdicción se ejerce en el ámbito de un proceso justo regulado por la ley.

En todo proceso existirá contradicción entre las partes, en condiciones de igualdad, y se desarrollará ante un juez imparcial. La ley asegurará la duración razonable del mismo.

[...]

El proceso penal se regirá por el principio de contradicción para la obtención de la prueba. La culpabilidad del acusado no se puede probar con base en las declaraciones vertidas por quien, libremente, haya evitado someterse al interrogatorio realizado por el imputado o su defensor.

La ley regulará los casos en que la prueba no se obtenga en un procedimiento contradictorio porque así lo haya querido el imputado o por la existencia probada de una imposibilidad de naturaleza objetiva o como consecuencia de probada conducta ilícita.

[...]»

8. El artículo 112 de la Constitución italiana se refiere al papel del Ministerio Fiscal en el proceso penal y destaca que «tiene la obligación de ejercer la acción penal».

9. El artículo 392, apartado 1 *bis* del codice di procedura penale italiano (Ley de Enjuiciamiento Criminal italiana; en lo sucesivo, «CPP»)⁴ contempla la posibilidad de que se practique un incidente probatorio, dirigido a la preconstitución o anticipación de la prueba durante la fase de instrucción:

«En los procesos relativos a los delitos contemplados en los artículos 572, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*quinqüies*, 609-*octies*, 612-*bis*, 600, 600-*bis*, 600-*ter*, los relativos a material pornográfico previstos en el artículo 600-*quater*.1, 600-*quinqüies*, 601 y 602 del Código Penal, el Ministerio Fiscal, [a iniciativa propia] o a petición de la víctima, o el imputado, podrán solicitar que se practique, mediante incidente probatorio, la prueba testifical de una persona menor de edad o de una víctima mayor de edad, incluso fuera de los supuestos previstos en el apartado 1.»

10. La facultad de la víctima de solicitar el incidente probatorio está recogida en el artículo 394 en los siguientes términos:

4 — La redacción se corresponde con las reformas introducidas por la Ley de 6 de febrero de 2006 (GURI n.º 38 de 15 de febrero de 2006), por la que se adoptan disposiciones en materia de lucha contra el abuso sexual de menores y la pornografía infantil en Internet, así como por el Decreto-ley de 23 de febrero de 2009, 11.

«1. La víctima podrá instar al Ministerio Fiscal a que solicite el incidente probatorio.

2. Si rechazara la propuesta, el Ministerio Fiscal se pronunciará mediante decreto motivado y lo hará notificar a la víctima.»

11. La realización del incidente se detalla en el artículo 398, apartado 5 *bis* del CPP, disponiendo así:

«En el caso de instrucciones relativas a los delitos previstos en los artículos 600, 600-*bis*, 600-*ter*, los relativos a material pornográfico previstos en el artículo 600-*quater*.1, 600-*quinqüies*, 601, 602, 609-*bis*, 609-*quater*, 609-*octies* y 612-*bis* del Código Penal, si hay menores de edad entre las personas afectadas por la práctica de la prueba, el Juez dispondrá mediante auto [...] el lugar, el momento y las formas particulares de práctica de la prueba bajo la forma de incidente probatorio, si la situación del menor lo hace oportuno y necesario. A estos efectos, el examen podrá tener lugar fuera de la sede del tribunal, en centros asistenciales especializados o, en su defecto, en el domicilio del menor. Las declaraciones testificales deberán ser documentadas en su integridad con medios de reproducción fonográfica y audiovisual. En caso de no disponer de aparatos de grabación o de personal técnico, el Juez recurrirá a peritos o recabará asesoramiento técnico. Además, se levantará

acta del interrogatorio. Sólo se procederá a la transcripción de lo grabado a instancia de parte.»

## II. Los hechos

12. El Sr. X y la Sra. Y, padres de la menor Z, pusieron fin a una convivencia estable en junio del año 2007. A partir de entonces se genera una situación litigiosa entre ambos, en la que se entrecruzan varias denuncias. En una de ellas, la Sra. Y puso en conocimiento de las autoridades su sospecha de que el Sr. X había cometido actos de carácter sexual con la hija de ambos, a la sazón menor de edad, acaecidos supuestamente durante el mes de junio de 2007. La gravedad de los cargos justificó la apertura de la fase de instrucción del proceso penal ante el Giudice delle indagini preliminari.

13. Según consta en el auto de planteamiento, así como en el expediente nacional remitido a este Tribunal de Justicia, el Ministerio Fiscal solicitó al G.I.P. el archivo de la causa el 8 de mayo de 2008, alegando que la denuncia carecía de consistencia.<sup>5</sup>

5 — En opinión del Ministerio Fiscal, a la falta de evidencia probatoria se sumaba también la relación extremadamente conflictiva existente entre los progenitores de la menor desde la separación de ambos y, más concretamente, desde que la Sra. Y tuviera conocimiento de la existencia de una relación sentimental estable entre el Sr. X y otra mujer.

14. El 27 de mayo de 2008 la representante de la víctima se opuso formalmente a la solicitud de archivo del Ministerio Fiscal. El G.I.P. dio traslado a las partes y a la víctima, y esta última instó a que se realizara el incidente probatorio. No obstante una nueva petición de archivo a propuesta del Ministerio Fiscal, el G.I.P. desestimó dicha solicitud y a continuación ordenó la realización del incidente probatorio, cuya celebración tuvo lugar el 9 de noviembre de 2009.

15. La defensa del Sr. X planteó recurso de casación ante la Corte di cassazione contra la decisión del G.I.P. que ordenaba la celebración del incidente probatorio, cuya resolución se dictó el 27 de mayo de 2010 en sentido estimatorio. La resolución impugnada quedó anulada, así como todas las actuaciones dirigidas a la realización del incidente.

16. El 14 de julio de 2010 el Ministerio Fiscal solicitó nuevamente el archivo de la causa, remitiéndose a los argumentos expuestos en su primera petición, así como a los elementos aportados con posterioridad que, en su opinión, no modificaban su apreciación inicial de los hechos. La representante de la víctima expresó su oposición a la solicitud del Ministerio Fiscal, celebrándose nuevamente una vista, tras la cual el G.I.P. decidió plantear la cuestión prejudicial.

### III. La cuestión prejudicial y el procedimiento ante el Tribunal de Justicia

17. El 25 de octubre de 2010 hizo entrada en el registro del Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial. A lo largo de una detallada exposición, el juez remitente se abstiene de formular las preguntas de manera singularizada, aunque se desprende con bastante claridad que son dos las cuestiones que nos plantea, cuya redacción puede quedar formulada con arreglo a los siguientes términos:

«1) ¿Deben interpretarse los artículos 2, 3 y 8 de la Decisión marco en el sentido de que se oponen a una normativa nacional, como la del artículo 392, apartado 1 *bis* del CPP, en la medida en que no impone al Ministerio Fiscal la obligación de solicitar que se oiga y se tome declaración a la persona ofendida y víctima menor de edad mediante incidente probatorio antes de la fase oral del proceso, aunque así lo haya solicitado expresamente aquélla?

2) ¿Deben interpretarse los artículos 2, 3 y 8 de la Decisión marco, en el sentido de que se oponen a una normativa nacional, como la del artículo 394 del CPP, que no prevé la posibilidad de que la víctima menor de edad recurra judicialmente la

resolución denegatoria del Ministerio Fiscal de su solicitud de ser oída mediante el incidente probatorio?»

18. Han presentados observaciones escritas la defensa del Sr. X, la representante de la víctima en el procedimiento principal, los Gobiernos de la República Federal de Alemania, de la República Italiana, de la República de Irlanda y de los Países Bajos, así como la Comisión Europea. Ninguno de los intervinientes solicitó la celebración de una vista.

### IV. Observaciones preliminares

19. Los interrogantes planteados por el órgano remitente exigen alguna aclaración previa sobre el proceso penal italiano. La cuestión que se nos plantea afecta al llamado incidente probatorio, una diligencia que puede tener lugar durante la fase de instrucción y con anterioridad a la apertura del juicio oral. Como es bien sabido, no es la primera vez que el Tribunal de Justicia se enfrenta a los problemas que suscita el incidente probatorio italiano con el Derecho de la Unión, pero sí resulta nueva la dimensión en la que ahora se plantea la cuestión, pues concierne al papel del Ministerio Fiscal y al control judicial al que está sujeto como consecuencia de su vinculación a la legalidad.

20. A pesar de los cambios introducidos por la Constitución italiana en el ordenamiento procesal penal, el legislador no acometió una reforma integral de la materia hasta la entrada en vigor en 1988 del CPP, un texto cuya principal aportación fue la implantación de un proceso penal de carácter acusatorio. Hasta entonces, el proceso penal italiano se inspiraba en un patrón de corte inquisitivo cuyo principal exponente fue el «Código Rocco» de 1930.<sup>6</sup>

21. El CPP de 1988 introdujo un esquema de proceso penal basado en una separación tajante entre la fase de instrucción y la fase oral, donde las actuaciones de investigación, realizadas durante la instrucción, recaen sobre la policía y el Ministerio Fiscal.<sup>7</sup> Durante la fase de instrucción se procede a la recolección de los elementos necesarios para sustentar la acusación y la defensa, elementos que se aportan a los autos. Abierto el juicio oral, las partes proponen al tribunal la presentación de los hechos que sustenten sus respectivas posturas, siempre y cuando consten en las diligencias realizadas a lo largo de la instrucción.<sup>8</sup> En principio, el tribunal que enjuicia la causa no tiene acceso al sumario, sino únicamente a los elementos seleccionados por las partes y admitidos a prueba durante el juicio oral.

22. La rigidez de este diseño tiene su razón de ser en el modelo acusatorio en el que se inspira el proceso penal italiano, diseño que persigue la contradicción y la igualdad de armas entre la acusación y la defensa. A partir de esta contienda emergería una verdad material que permitiría al órgano juzgador calificar una determinada conducta y resolver la causa. Se trata, en definitiva, de asegurar un desenlace ajustado estrictamente a los hechos y que, simultáneamente, garantice los derechos del acusado.<sup>9</sup>

23. Sin embargo, el proceso penal italiano no responde a los caracteres de un modelo acusatorio puro. Poco después de la entrada en vigor del CPP, tanto la Corte costituzionale como los tribunales ordinarios impusieron o mantuvieron, respectivamente, prácticas más afines al anterior modelo inquisitivo. Las diferencias de apreciación entre el legislador y las jurisdicciones desembocaron en una reforma del artículo 111 de la Constitución italiana, cuyo texto, entre otras cosas, consagra los principios básicos de un proceso acusatorio y, al mismo tiempo, otorga cierto margen

6 — Sobre la evolución histórica del ordenamiento procesal penal en Italia, véase Cordero, F., *Procedura Penale*, 8ª ed., Ed. Giuffrè, Milán, 2006, pp. XX.

7 — Artículo 326 del CPP.

8 — Artículo 493 del CPP.

9 — Véanse, en general, Giostra, G., «Contraddittorio», en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, 2001, vol. II, pp. 1 y ss; Ubertis, G., «La ricerca della verità giudiziale», en Ubertis, G. (ed.), *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Ed. Giuffrè, Milán, 1992, pp. 2 y ss.; Ferrua, P., «La regola d'oro del processo accusatorio», en Kostoris, R. (ed.), *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, Ed. Giappichelli, Turín, 2002, pp. 11 y ss.; e Illuminati, G., «Giudizio», en Conso, G. y Grevi, V. (eds.), *Compendio di procedura penale*, Ed. Cedam, Padua, 2003, pp. 644 y ss.

de configuración al legislador.<sup>10</sup> Esta discrecionalidad ha permitido un diseño procesal que convierte al proceso penal italiano en un modelo intermedio, marcado por su carácter acusatorio pero aún mostrando algunos rasgos propios del modelo inquisitivo.<sup>11</sup>

24. Dos de los aspectos que excepcionan el carácter acusatorio son de especial importancia de cara a la resolución de la presente cuestión prejudicial, pues afectan al papel del Ministerio fiscal y a la aportación de la prueba en los momentos anteriores a la apertura del juicio oral.

25. Durante la fase de instrucción, el papel del juez de instrucción (el G.I.P.) es más reactivo que activo, pues su función se limita a asegurar la recta realización del proceso y a garantizar los derechos del acusado, así como de la víctima.<sup>12</sup> El G.I.P. no dirige ni interviene en los diversos actos de investigación, pues los elementos de prueba sólo se aportan formalmente al proceso durante el juicio oral. Este papel pasivo del G.I.P. convierte al

Ministerio Fiscal en el principal impulsor del proceso durante la fase de instrucción, recaendo sobre él, de forma exclusiva, la dirección de la investigación<sup>13</sup> y el ejercicio de la acción penal.<sup>14</sup> Ahora bien, y como excepción al modelo acusatorio puro, el artículo 409 del CPP, apartado 5, dispone que el G.I.P. podrá obligar al Ministerio Fiscal a que «formule la imputación», rompiendo así con su posición pasiva en aras del principio de legalidad.<sup>15</sup>

26. Asimismo, a lo largo de la instrucción se investigan los hechos que posteriormente constituirán la prueba, pero su aportación al proceso es una responsabilidad de exclusiva incumbencia de la policía, el Ministerio Fiscal y el acusado. La regla queda excepcionada cuando concurren las circunstancias tasadas en el artículo 392 del CPP, el cual permite al G.I.P. hacer uso del incidente probatorio. En efecto, es a través de este cauce como se admite la preconstitución o la anticipación de la prueba durante la fase de instrucción, a fin de que posteriormente se proceda a su valoración durante el juicio oral. El fundamento del precepto es claro: cuando exista un riesgo cierto de que sea imposible practicar la prueba en la fase oral, o cuando sea necesario coonestar la búsqueda de la verdad material u

13 — Artículo 327 del CPP.

14 — Artículo 50 del CPP.

15 — « [...] il giudice, quando non accoglie la richiesta di archiviazione, dispone con ordinanza che, entro dieci giorni, il pubblico ministero formuli l'imputazione. Entro due giorni dalla formulazione dell'imputazione, il giudice fissa con decreto l'udienza preliminare » (cursiva añadida). La doctrina italiana se encuentra dividida al valorar este poder del juez, que para algunos es una lógica derivación de la sumisión del Ministerio Fiscal a la ley, proclamada expresamente en el artículo 112 de la Constitución, aunque para otros constituye un dudoso desequilibrio en detrimento del principio acusatorio. Véase el contraste de posiciones en los trabajos de Zagrebelsky, V., «Le soluzioni peggiori del male (a proposito del pubblico ministero)», *Cassazione Penale*, 1991, p. 313, y Ferraioli, L., *Il ruolo di garante del giudice per le indagini preliminari*, Ed. Cedam, Padua, 2006, pp. 105 a 106.

10 — Sobre la reforma y sus antecedentes, véanse Pizzi, W.T., y Montagna, M., «The Battle to Establish an Adversarial Trial System in Italy», *Michigan Journal of International Law*, 2004, y Panzavolta, M., «Reforms and Counter-Reforms in the Italian Struggle for an Accusatorial Criminal Law System», *North Carolina Journal of International and Commercial Regulation*, 2005.

11 — Al respecto, Busetto, L., *Il contraddittorio inquinato*, Ed. Cedam, 2009, Padua, 2009, pp. 8 y ss.

12 — Artículo 328 del CPP.

otros valores de especial trascendencia, cabe excepcionar el principio acusatorio y adelantar a la fase de instrucción un trámite que, en principio, corresponde a la fase oral.<sup>16</sup>

27. En el caso del apartado 1-*bis* del referido precepto, se admite la preconstitución de la prueba cuando la víctima de uno de los delitos ahí enumerados sea menor de edad. Con esta medida se pretende evitar, por un lado, que el tiempo transcurrido entre los hechos y el juicio oral desvirtúen el testimonio de la víctima y, por otro lado, se asegura un cauce testifical acorde con las circunstancias de especial vulnerabilidad que afectan al menor.

28. La realización del incidente probatorio únicamente puede acordarse por el G.I.P. a petición exclusiva del Ministerio Fiscal o del acusado.<sup>17</sup> En el caso de las víctimas menores de edad, el CPP les reconoce a éstas la facultad de dirigirse al Ministerio Fiscal a fin de que éste solicite el incidente al G.I.P. La decisión de solicitud del incidente probatorio por parte del Ministerio Fiscal, adoptada en

el ejercicio de un poder discrecional, debe estar sin embargo siempre motivada,<sup>18</sup> si bien, en caso de ser negativa, la víctima no podrá recurrirla ante ninguna instancia.

29. Es precisamente en este punto donde radican las dos cuestiones planteadas por el G.I.P. en el presente procedimiento, cuyo análisis acometeré sucesivamente.

## V. La primera cuestión prejudicial

30. Con su primera pregunta, el G.I.P. nos interroga sobre la compatibilidad con los artículos 2, 3 y 8 de la Decisión marco de una norma como el artículo 392 del CPP, apartado 1-*bis*. En concreto, y en opinión del órgano remitente, un régimen que no obliga al Ministerio Fiscal a solicitar formalmente el incidente probatorio, tras haber sido requerido por la víctima menor de edad en dicho sentido, suscita dudas a la luz de las referidas disposiciones de Derecho de la Unión.

31. El Sr. X y los Estados que han presentado observaciones en el presente procedimiento consideran todos que no existe incoherencia

16 — Sobre el régimen, fundamento y finalidad del incidente probatorio italiano, véanse, en general, Esposito, G., *Contributo allo studio dell'incidente probatorio*, Ed. Novene, Nápoles, 1989; Di Geronimo, P., *L'incidente probatorio*, Ed. Cedam, 2000; Morselli, C., *L'incidente probatorio*, Ed. Utet, Turín, 2000; Renon, P., *L'incidente probatorio nel processo penale, tra riforme ordinarie e riforme costituzionali*, Ed. Cedam, Padua, 2000; Di Martino, C., y Procaccianti, T., *La prova testimoniale*, pp. 163 a 174 nel processo penale, 2ª ed., Ed. Cedam, 2010.

17 — Artículo 394 del CPP.

18 — *Ibidem*.

alguna entre el ordenamiento italiano y la citada Decisión marco. Todos ellos coinciden en destacar que los artículos 2, 3 y 8, antes mencionados, exigen desde luego a los Estados miembros la adopción de medidas de protección de las víctimas vulnerables cuando sean llamadas a declarar en el proceso penal, pero no determinan las modalidades concretas que deban emplearse.

32. La Comisión sostiene una postura intermedia, alineándose en línea de principio con la tesis anterior, con la salvedad del supuesto de que el G.I.P. tenga la certeza de que se celebrará un juicio oral, en cuyo caso la realización del incidente probatorio debería ser de un modo u otro imperativa por efecto de la Decisión. Únicamente la representante de la víctima en el proceso principal ha defendido la ilicitud del régimen italiano.

33. Abordaré la respuesta a este interrogante en tres pasos sucesivos, centrándome, en primer lugar, en el estatuto particular que, con arreglo a la Decisión marco, rodea a la víctima menor de edad en tanto que víctima especialmente vulnerable y los efectos que ello conlleva. Una vez confirmado que se cumple este supuesto en el caso de autos, se expondrá el posible alcance de la Decisión marco sobre los incidentes probatorios en las fases preliminares de los procesos penales que afectan a víctimas menores de edad. En último lugar examinaré el régimen específico del incidente probatorio italiano y, en particular, los poderes atribuidos al Ministerio Fiscal en

el curso del mismo, a la luz del marco jurídico antedicho.

34. Es importante destacar en este instante que las dudas planteadas por el órgano remitente se refieren exclusivamente a la fase de instrucción del proceso penal. Quedan fuera, por tanto, de las cuestiones que nos han sido formuladas cualesquiera consideraciones basadas en el tratamiento del que sean acreedores las víctimas y en particular los menores de edad en otra fase del proceso penal.

#### *A. La Decisión marco y las víctimas especialmente vulnerables*

35. Aunque la Decisión marco prevea un régimen general aplicable a todas las víctimas en el proceso penal, su artículo 1, apartado 2, realiza una mención especial a las «víctimas especialmente vulnerables», a las cuales los Estados miembros brindarán «un trato específico que responda de la mejor manera posible a su situación». Este precepto, situado sistemáticamente en el encabezamiento de la referida Decisión marco, representa una idea fuerza que impregna todo su articulado. Por tanto, los Estados miembros se encuentran obligados a introducir diferencias de trato en beneficio de las víctimas especialmente vulnerables, evitando cualquier medida que introduzca una equiparación arbitraria que desatienda la particular situación a la que éstas están expuestas. Desde el punto de vista de

los efectos de este concepto, cabe afirmar que la Decisión marco introduce un estándar de tutela superior cuando un acto nacional afecte a una víctima especialmente vulnerable.<sup>19</sup>

36. Como resulta bien sabido, el Derecho de la Unión guarda silencio a la hora de definir el concepto de «víctima especialmente vulnerable». Se trata de una decisión consciente del legislador europeo que pretende conferir flexibilidad a la aplicación de la Decisión marco.<sup>20</sup> Sin embargo, en el caso de las víctimas menores de edad no existen dudas sobre su calificación como «víctimas especialmente vulnerables», y así lo ha confirmado el Tribunal de Justicia en la sentencia Pupino,<sup>21</sup> recogiendo los detallados argumentos de la Abogada General Kokott expuestos en las conclusiones presentadas en dicho asunto.<sup>22</sup> Tal como afirmó nuestra jurisdicción en la referida sentencia, «que la víctima de una infracción penal sea un menor basta, en general, para calificarla de especialmente vulnerable en el sentido de la Decisión marco».<sup>23</sup>

37. Por tanto, en el presente asunto debemos realizar una interpretación de las disposiciones de la Decisión marco atendiendo al alto grado de protección que merece la víctima especialmente vulnerable, que es, precisamente, la condición que ostenta la víctima en el proceso principal, supuestamente agredida sexualmente por su progenitor cuando contaba cinco años de edad. Esta particularidad deberá acompañarnos a lo largo del razonamiento de estas conclusiones, pues marca una entre las diversas magnitudes que habrán de ponderarse a fin de proporcionar una respuesta concluyente.

*B. Los artículos 2, 3 y 8 de la Decisión marco y las medidas de preconstitución de la prueba en la fase de instrucción del proceso penal*

38. En este punto, y antes de entrar en los aspectos precisos del incidente probatorio italiano, conviene aclarar los términos en los que se proyecta la Decisión marco sobre las medidas nacionales de preconstitución o anticipación de la prueba durante la fase de instrucción del proceso penal. Como se verá, dicho texto prevé una obligación general, en virtud de la cual los Estados miembros deben atender a las circunstancias particulares de las víctimas vulnerables cuando sea necesario llamarlas a declarar en audiencia pública. El marco jurídico de la Unión, incluidos el Derecho originario y la jurisprudencia del

19 — Véase el análisis detallado de Fayolle, L., *Naissance et influence de la notion d'exploitation sexuelle enfantine. Etude des incriminations et sanctions pertinentes et de la participation de l'enfant victime au cours de la phase préparatoire en droit comparé, en droit international, en droit du Conseil de l'Europe et en droit de l'Union Européenne*, Tesis doctoral, IUE, Florencia, 2008, pp. 347 y ss.

20 — Prueba de ello es que la iniciativa de Decisión marco presentada por la República Portuguesa, cuyo texto sienta la base de la actual normativa, si especificaba en su artículo 2, apartado 2, algunos criterios de identificación de las víctimas vulnerables, entre los que se encontraba la edad (iniciativa de la República Portuguesa con vistas a la adopción de una Decisión marco relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (DO 2000, C 243, pp. 4 y ss.).

21 — Sentencia antes citada.

22 — Conclusiones presentadas el 11 de noviembre de 2004, puntos 53 a 58.

23 — Sentencia Pupino, antes citada, apartado 53.

Tribunal de Justicia, confirman que se trata de un deber de garantizar tales medidas, al tiempo que otorga un amplio poder de configuración legal a los Estados miembros.

39. El artículo 3, apartado 2, de la Decisión marco exige a los Estados miembros tomar «las medidas necesarias» al objeto de que las autoridades interroguen a las víctimas «en la medida necesaria para el proceso penal». A la vista del reiterado uso del término «necesarias», resulta claro que el citado artículo 3 constituye la expresión de un mandato de proporcionalidad cuyos destinatarios son los Estados miembros, responsables de acordar las medidas adecuadas y necesarias derivadas de un proceso de ponderación de todas las magnitudes en juego. Asimismo, el precepto no realiza mención alguna a las distintas fases del proceso penal, limitándose a formular una prescripción genérica y aplicable a la totalidad del proceso.

40. El artículo 8 de la Decisión marco opera como *lex specialis* del antes citado artículo 3. Al enumerar un estándar de tutela de la víctima desde la perspectiva de su seguridad y de su intimidad, su apartado 4 especifica detalladamente la obligación de los Estados miembros de garantizar a las víctimas más vulnerables una protección frente a «las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública». Con el propósito de asegurar dicha tutela, el precepto atribuye un derecho a «testificar en condiciones que permitan alcanzar [dicha protección], por cualquier medio adecuado compatible con los principios

fundamentales de su Derecho». Por tanto, y para el caso de la participación de la víctima en condición de testigo durante la audiencia pública, la Decisión marco eleva considerablemente el tono y pasa a expresarse en términos más próximos a los de un *derecho de la víctima*. Aunque debe destacarse que lo hace depositando nuevamente un amplio margen de actuación en favor de cada Estado miembro (se refiere a un «medio adecuado») e introduciendo una salvaguarda: «los principios fundamentales de su Derecho».

41. El Tribunal de Justicia ha tenido una única, pero relevante, ocasión de interpretar el alcance de los artículos 3 y 8 de la Decisión marco en supuestos que afectan a víctimas menores de edad, la que dio lugar a la célebre sentencia Pupino.<sup>24</sup> En el punto 56 de la resolución, nuestra jurisdicción se pronunciaba sobre la obligación que recae en los Estados miembros como consecuencia de los citados preceptos, al declarar que «la consecución de los objetivos perseguidos por las disposiciones anteriormente citadas de la Decisión marco *exige* que un órgano jurisdiccional nacional tenga *la posibilidad* de utilizar, para las víctimas especialmente vulnerables, un procedimiento especial, como el incidente de

24 — La sentencia de 15 de septiembre de 2011, Gueye y Salmerrón Sánchez (C-483/09 y C-1/10, Rec. p. I-8263), aborda igualmente la aplicación de ambos preceptos a las víctimas vulnerables, pero en el contexto de la violencia ejercida sobre las mujeres en el entorno familiar y no el de los menores de edad, como sucede en el caso de autos y en el asunto Pupino.

práctica anticipada de la prueba». <sup>25</sup> A continuación, la sentencia añade que este cauce es el adecuado cuando «dicho procedimiento responda mejor a la situación de tales víctimas y se imponga para evitar la pérdida de los elementos de prueba, reducir al mínimo la repetición de los interrogatorios y evitar las consecuencias perjudiciales, para las referidas víctimas, de prestar declaración en audiencia pública».

42. Es importante destacar que la «exigencia» mencionada por el Tribunal de Justicia únicamente se refiere a «la posibilidad» de que el órgano jurisdiccional utilice un procedimiento especial de preconstitución o de anticipación de la prueba. En ningún momento se impone a los Estados miembros una obligación de contemplar un incidente probatorio como el recogido en el ordenamiento italiano. Al utilizar esta terminología, la sentencia hace hincapié en la importancia que tiene para la Decisión marco el hecho de que los Estados miembros contemplen un tratamiento específico para las víctimas especialmente vulnerables, ya sea a través de normas escritas, ya sea, de forma generalizada, a través de la práctica forense. Ahora bien, en ningún momento se declara que el incidente probatorio sea la única vía mediante la cual se alcance ese objetivo.

43. Esta conclusión no queda desvirtuada por el resultado al que llegó el Tribunal de Justicia en el asunto Pupino. Como es bien sabido, la sentencia declaró en su parte dispositiva que

un régimen como el italiano, al circunscribir el incidente probatorio únicamente a un número reducido de delitos, no era compatible con la Decisión marco.

44. Al declarar la ilicitud del régimen italiano, el Tribunal de Justicia no estaba realizando una interpretación amplia de la Decisión marco que desembocara en una extensión del incidente probatorio a toda la Unión. Entiendo que la razón subyacente y determinante del fallo en el asunto Pupino debe buscarse en la práctica imposibilidad de identificar una racionalidad en la decisión del legislador nacional de confinar el incidente probatorio sólo a los supuestos de delitos sexuales en el caso de víctimas menores de edad. El ordenamiento italiano no se hallaba bajo sospecha porque existiera o no un determinado cauce procesal, sino por el hecho de que tal cauce se contemplaba en los procesos relativos al conocimiento de unos delitos, como las agresiones sexuales, pero no de otros, como las lesiones. El Tribunal de Justicia entendió que esta configuración privaba sin justificación alguna a un número importante de víctimas especialmente vulnerables de una diligencia procesal adaptada a su particular estatuto. <sup>26</sup>

<sup>25</sup> — Cursiva añadida.

<sup>26</sup> — Véase, en este mismo sentido, la sentencia de 9 de octubre de 2008, Katz (C-404/07, Rec. p. I-7607), donde el Tribunal de Justicia declaró que la Decisión marco no obliga a un órgano jurisdiccional nacional a autorizar a la víctima de un delito a declarar como testigo en un procedimiento penal con acusación particular sustitutoria como el procedimiento principal. Ahora bien, «si no dispone de esa posibilidad, ha de poder autorizarse a la víctima a realizar una declaración que pueda ser tenida en cuenta como elemento de prueba» (apartado 50). Por tanto, la Decisión marco no prejuzga las modalidades, sino la existencia de la facultad misma.

45. El margen de apreciación de los Estados miembros es aún mayor cuando persiguen intereses también merecedores de protección, como es el caso de las políticas encaminadas a la tutela de derechos de personas distintas a la víctima. Así lo ha reconocido el Tribunal de Justicia en el asunto Gueye, al reconocer la posibilidad de limitar el derecho de la víctima vulnerable a ser oída cuando ello se justifique por razones de interés general, como la lucha contra la violencia doméstica.<sup>27</sup>

46. Para finalizar, es necesario traer a colación el artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales, en cuyo apartado primero se proclama que la opinión de los niños «será tenida en cuenta para los asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez». El texto del precepto se inspira, según nos informan las explicaciones a las disposiciones de la Carta, en el artículo 12 del Convenio de Nueva York sobre Derechos del Niño,<sup>28</sup> ratificado por todos los Estados miembros, cuyo enunciado es prácticamente parejo al del derecho previsto en la norma de la Unión.<sup>29</sup> La principal divergencia entre ambos preceptos (pero que en ningún caso representa una contradicción) aparece en el apartado 2 del

artículo 12 del Convenio, que añade, tras reconocer el derecho del niño a expresar su opinión y a ser oído, que «se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo proceso judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional».

47. En consecuencia, el artículo 24, apartado 1, de la Carta incluye, en la vertiente del derecho a que la opinión del niño sea tenida en cuenta con arreglo a sus especiales circunstancias, una dimensión judicial. De su interpretación a la luz del Convenio de Nueva York se deduce que los Estados miembros tienen la obligación de atender a las necesidades de las víctimas menores de edad cuando son llamadas a comparecer ante un tribunal. Ahora bien, ni la Carta ni el Convenio exigen de los Estados miembros una modalidad precisa de intervención. El mandato del citado artículo 24 se limita a que las medidas de protección *existan*, si bien los Estados miembros disponen de un amplio margen de discrecionalidad en la materia.

48. Este planteamiento lo ha confirmado el Tribunal de Justicia en la escasa jurisprudencia dictada hasta la fecha referente al artículo 24 de la Carta. Tal es el caso de la sentencia Aguirre Zarraga,<sup>30</sup> un asunto relativo

27 — Sentencia Gueye y Salmerón Sánchez, antes citada, apartado 62. Asimismo, véanse las conclusiones de la Abogada General Kokott en este asunto, concretamente el punto 63, que hace referencia a la «función instrumental» que desempeña el artículo 8 de la Decisión marco, cuyo contenido «no tiene por objeto tratar exhaustivamente todos los intereses imaginables de la víctima».

28 — Convenio adoptado y abierto a la firma y ratificación el 20 de noviembre de 1989 (UN Treaty Series, vol. 1577, p. 43).

29 — La explicación del artículo 24 dice literalmente: «este artículo está basado en la Convención de Nueva York sobre los Derechos del Niño, firmada el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por todos los Estados miembros y, en particular, en sus artículos 3, 9, 12 y 13».

30 — Sentencia de 22 de diciembre de 2010, Aguirre Zarraga (C-491/10 PPU, Rec. p. I-14247).

al derecho de audiencia de un menor en un proceso civil sobre la custodia de un menor. Al igual que en el asunto Pupino, el Tribunal de Justicia reiteró que el Derecho de la Unión exige la existencia de procedimientos, pero no uno y específico, de protección de los derechos del menor en el transcurso de los procesos judiciales. De esta manera, la sentencia constata cómo los Estados miembros disponen de un amplio margen de configuración, mediante el cual ponderan cuáles son las medidas apropiadas en cada caso concreto.<sup>31</sup> En coherencia con esta afirmación, el Tribunal de Justicia termina añadiendo que, no obstante el tenor del artículo 24 de la Carta, «la audiencia [al menor] no puede constituir una obligación absoluta, sino que debe ser objeto de una apreciación en función de las exigencias ligadas al interés superior del menor en cada caso concreto».<sup>32</sup>

49. La Decisión marco, aunque aprobada en fechas anteriores a la entrada en vigor de la Carta, debe interpretarse de conformidad con los derechos fundamentales previstos en ella.<sup>33</sup> Y como se acaba de exponer, los textos recién citados, interpretados armónicamente, inciden siempre en la misma premisa: los Estados miembros tienen la obligación de establecer medidas específicas que den respuesta a las necesidades particulares de las víctimas menores de edad en los procesos judiciales. Sin embargo, ninguno de los preceptos analizados impone un trámite concreto e individualizado, sino que deja a los Estados miembros un amplio margen de apreciación que ha

de guiar no sólo al legislador sino también a los órganos jurisdiccionales.

50. Con este contexto normativo como trasfondo, estamos ahora en condiciones de abordar el problema específico de este asunto. La cuestión que nos plantea el G.I.P. no se refiere a la *existencia* del incidente probatorio, pues éste se encuentra previsto para un supuesto como el de autos, sino a su ordenación procesal y en particular a la mayor o menor influencia, ya sea de la víctima, ya sea del juez instructor, a la hora de dar lugar a la celebración del incidente probatorio. Dicho en otras palabras, corresponde apreciar si estamos ante medidas que *dificultan* en exceso el acceso de la víctima al incidente probatorio. Evidentemente la Decisión marco puede verse infringida cuando un Estado miembro introduce requisitos tan gravosos que equivalen a una erradicación de todo trámite testifical especial para la víctima vulnerable. Corresponde ahora determinar si la normativa italiana en causa produce un resultado semejante.

### *C. La obligación del Ministerio Fiscal de instar al G.I.P. a la realización del incidente probatorio*

51. En resumidas cuentas, el órgano remitente duda de la compatibilidad de la normativa procesal italiana con los artículos 2, 3 y 8

31 — *Ibidem*, apartado 67.

32 — *Ibidem*, apartado 66.

33 — Sentencias Pupino, antes citada, apartado 59; Katz, antes citada, apartado 48, y Gueye y Salmerón Sánchez, antes citada, apartado 64.

de la Decisión marco, pues, aunque exista una voluntad expresa de la víctima menor de edad a favor de la celebración del incidente probatorio, sólo podrá realizarse si cuenta con el impulso inicial del Ministerio Fiscal. El G.I.P. no dispone de un poder *ex officio* que le permita ordenar el incidente, pero tampoco puede solicitárselo directamente la víctima, la cual debe acudir necesariamente a la fiscalía a fin de que ésta efectúe la oportuna solicitud al juez. Este resultado constituye, en opinión del órgano remitente, un «problema de irracionalidad intrínseca de los artículos 392, apartado 1-*bis* y 398 del CPP», pues, por un lado, se obliga al Ministerio Fiscal a formular la imputación (e incluso el juez puede forzarlo a ello), pero no así a solicitar el incidente probatorio.

52. La respuesta a este interrogante exige una interpretación detallada del artículo 8, apartado 4, de la Decisión marco. En efecto, dicha disposición contempla, en los supuestos relativos a la declaración en audiencia pública del menor, que los Estados miembros «garantizarán, cuando sea necesario proteger a las víctimas [vulnerables]», medidas dirigidas a que la víctima pueda testificar «en condiciones que permitan alcanzar ese objetivo». El precepto añade, además, dos importantes precisiones. La primera concierne a la autoridad y a la forma que ha de adoptar la decisión pertinente, pues la norma establece que el cauce procesal se acordará «por resolución

judicial». <sup>34</sup> La segunda actúa a modo de límite, pues deberá garantizarse el trámite referido siempre y cuando se formule «por cualquier medio adecuado compatible con los principios fundamentales de su Derecho», es decir, del ordenamiento nacional. Por tanto, la Decisión marco obliga a los Estados miembros a atribuir la competencia relativa a los trámites de la declaración anticipada a una autoridad pública, siempre que sea «judicial», pero también reclama ciertas salvaguardas en favor de cada sistema jurídico. La protección de la víctima vulnerable es prioritaria, pero el cauce apropiado de garantía de su tutela admite amplios márgenes de decisión en favor de las autoridades nacionales.

53. Asimismo, la Decisión marco enuncia en el considerando 9 de su exposición de motivos que sus disposiciones «no obligan a los Estados miembros a garantizar a las víctimas un trato equivalente al de las partes en el proceso». Esta precisión es coherente con lo dispuesto en el citado artículo 8, pues recuerda al intérprete que la posición de la víctima merece una especial tutela, pero no por ello ordena mimetizar su estatuto con el del Ministerio Fiscal. En un sistema acusatorio como el italiano, la decisión de atribuir la acusación exclusivamente a un órgano independiente y sujeto al principio de legalidad quedaría desvirtuada si a través de un instrumento legislativo de Derecho de la Unión se

34 — El matiz no es menor, pues la propuesta inicial portuguesa se refería genéricamente a «los Estados miembros». Se trata, por tanto, de una atribución de competencia exclusivamente dirigida a los órganos judiciales entendidos en un sentido amplio.

reconociera a la víctima una posición equivalente a la del Ministerio público. La Decisión marco no acoge un modelo retributivo de la justicia penal, ni tampoco se desprende lo contrario de sus trabajos preparatorios: la República Portuguesa, cuando propuso al Consejo el proyecto que originó el actual texto, en ningún momento aludió a la necesidad de atribuir a la víctima una función impulsora en todos los procesos penales existentes en los Estados miembros.<sup>35</sup> Por tanto, cuando el artículo 8 exige que la decisión de establecer un cauce procesal específico se adopte mediante una «resolución judicial», y siempre dentro del espacio diseñado por los principios fundamentales del ordenamiento interno, se está recordando que la víctima es *objeto* de protección, pero no *titular de los poderes* destinados a su protección. Dichos poderes recaen sobre las autoridades judiciales, entre las que figura, tal como sucede en el ordenamiento italiano, el Ministerio Fiscal.<sup>36</sup>

54. Visto el marco normativo aplicable, veamos ahora si las disposiciones reguladoras del incidente probatorio encuentran cabida en la Decisión marco.

55. Según el artículo 394 del CPP, la víctima tiene la facultad de dirigirse al Ministerio Fiscal y reclamar que éste, a su vez, solicite al G.I.P. acordar la diligencia. La decisión del Ministerio Fiscal debe estar motivada en todo caso, de tal modo que, en el supuesto de rechazar la proposición de la víctima, han de expresarse los motivos subyacentes a la decisión. Asimismo, el Ministerio Fiscal se encuentra exclusivamente sujeto al principio de legalidad, e incluso tiene una obligación constitucional de ejercer la acción penal.<sup>37</sup> La función de la fiscalía no es otra que la defensa de la legalidad, misión que desempeña con toda independencia y para la cual dispone de un estatuto constitucional y legalmente protegido.<sup>38</sup> En el marco de esa defensa de la ley, el Ministerio Fiscal atiende lógicamente a la situación específica de las víctimas más vulnerables. En cuanto autoridad judicial independiente y sujeta al principio de legalidad, el Ministerio Fiscal tiene la obligación de tutelar el interés superior del menor. Desde este punto de vista, se trata de un órgano que tutela, en calidad de garante de la legalidad, a la

35 — Véanse los considerandos 8, 9 y 10 de la propuesta inicial portuguesa, que expresaba abiertamente que el objetivo de la iniciativa era aproximar leyes en materia penal al objeto de *tratar de forma integrada las necesidades de la víctima*. En ningún momento se pretende subvertir el papel de la víctima en los procesos penales de cada Estado miembro. Es cierto que existe un intenso debate sobre el lugar apropiado que corresponde asumir a la víctima en este tipo de procesos (véase, a estos efectos, Ashworth, A., «Victims' rights, defendants' rights and criminal procedure», en Crawford, A., y Goodey, J. (eds.), *Integrating a victim perspective within criminal justice: international debates*, Ed. Aldershot, Ashgate-Dartmouth, 2000), pero no se desprende de la Decisión marco que pretenda terciar en esta cuestión en favor de una u otra postura.

36 — Véanse los artículos 50 a 54-*quater* del CPP.

37 — Véase el artículo 112 de la Constitución italiana.

38 — Véase la nota 36 de estas conclusiones. Al respecto, Zanon, N., *Pubblico Ministero e Costituzione*, Ed. Cedam, Padua, 1996.

víctima menor de edad en el transcurso del proceso penal.<sup>39</sup>

ser oída respecto de la conveniencia de celebrar el incidente, y decidiendo al respecto de manera motivada, la normativa nacional ha realizado una ponderación equilibrada que en principio salvaguarda los objetivos y preceptos proclamados por la Decisión marco.

56. El hecho de que el Ministerio Fiscal sea el único destinatario de la solicitud de la víctima menor de edad instando a que se sustancie el incidente probatorio confirma la apreciación anterior. Puesto que el ordenamiento italiano confiere a la fiscalía la misión de representar el interés superior del menor, en aras de dicho interés decidirá sobre la oportunidad de solicitar formalmente el incidente probatorio. En este sentido, la decisión del Ministerio fiscal constituye la «resolución judicial» a la que alude el artículo 8, apartado 4, de la Decisión marco, concepto que debe ser interpretado, como ya se ha destacado con anterioridad, en un sentido amplio y atendiendo a los principios inspiradores de cada ordenamiento nacional.<sup>40</sup> Así, el ordenamiento italiano ha atribuido al Ministerio Fiscal, entre otras tareas, la función de garante de la víctima para los supuestos de declaraciones en audiencia pública. Al hacerlo en favor de la fiscalía, órgano independiente y vinculado únicamente a la ley, respetando el derecho de la víctima a

57. Lo anterior se refuerza aún más si atendemos a las peculiaridades del modelo de proceso penal italiano, a las que debemos atender por mandato del tantas veces citado artículo 8, apartado 4. Al exigir que las víctimas puedan testificar a través de cauces procesales específicos, pero siempre y cuando sean compatibles «con los principios fundamentales de su Derecho [interno]», se está poniendo de relieve la importancia que asumen los derechos fundamentales, pero también cada tradición jurídico-procesal nacional, y particularmente la procesal penal. Dicho límite aparece actualmente reflejado con carácter general y para todo el espacio de libertad, seguridad y justicia en el artículo 67 TFUE, apartado 1, según el cual la Unión constituye dicho espacio «dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros». La Decisión marco, adoptada al amparo de las bases jurídicas de la referida política, da cumplimiento a ese mandato y acomoda las particularidades propias de cada ordenamiento.

39 — Véase Spangher, G., *Trattato di procedura penale*, vol. 3, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, Ed. Utet, Turín, 2009, pp. 608 y 609, y Bresciani, L., «Persona offesa dal reato», en *Digesto penale*, IX, Ed. Utet, Turín, 1995, p. 527. Este papel no parece ser pacífico en Italia y existen voces que lo tachan de «paternalismo judicial», pero la acusación se refiere a la limitación general que opera sobre todas las víctimas y no específicamente sobre las víctimas menores de edad, como sucede en el presente asunto. Sobre este debate, véase Errico, G., «Rilettura dell'incidente probatorio per l'attuazione di un processo giusto», en Cerquetti, G., y Florio, C., *Dal principio dal giusto processo alla celebrazione di un processo giusto*, Padua, 2002.

40 — Nótese que el estatuto constitucional del Ministerio Fiscal se encuentra previsto en el título IV de la parte II de la Constitución italiana, referente a «la Magistratura». Véanse más concretamente los artículos 107 y 112, englobando claramente dentro del ámbito judicial, entendido en un sentido amplio, a la fiscalía.

58. En el caso italiano, debe recordarse que el incidente probatorio constituye una excepción al principio acusatorio, y como tal ha recibido un tratamiento específico en el artículo 111 de la Constitución.<sup>41</sup> La posibilidad de preconstituir o anticipar la prueba en el proceso penal es una medida prevista en la mayoría de los ordenamientos nacionales, pero su práctica va acompañada de numerosas salvaguardas dirigidas a proteger los derechos del acusado. Esta tensión, bajo la cual radica un modelo de justicia penal que el Derecho de la Unión no cuestiona, persigue un equilibrio entre la eficacia en la búsqueda de la verdad material, la tutela del interés superior de la víctima vulnerable y los derechos fundamentales del acusado. Todas estas magnitudes han sido atendidas por el ordenamiento italiano al regular el incidente probatorio y, en consecuencia, entiendo que las referidas disposiciones no contrarían ni el tenor ni los objetivos de los artículos 2, 3 y 8 de la Decisión marco.

59. Antes de finalizar, merece destacar el argumento esgrimido por la Comisión, según el cual se habrá producido una infracción de la Decisión marco si el G.I.P. tiene la certeza de que se celebrará el juicio oral. La tesis defendida por la Comisión baraja dos escenarios. El primero se plantea una vez desarrollado el juicio oral, donde, en opinión de la Comisión, la víctima menor de edad estaría expuesta a consecuencias perjudiciales incompatibles con la Decisión marco. El segundo escenario aparece antes del comienzo del juicio oral,

siempre y cuando el G.I.P. tenga la certeza de que éste producirá.

60. En el primer supuesto, la Comisión se equivoca al afirmar sin más que el juicio oral producirá efectos perjudiciales a la víctima menor de edad, pues el ordenamiento italiano, tal como ha puesto de relieve el Gobierno de la República Italiana en sus observaciones escritas, prevé medidas específicas de protección de las víctimas vulnerables durante esta fase del proceso. No puede afirmarse categóricamente que la declaración de la víctima menor de edad durante la fase oral constituye una infracción de la Decisión marco. Además, el presente proceso no versa sobre la posición de la víctima durante el juicio oral, sino durante la fase anterior al inicio del juicio oral. Por tanto, esta vertiente del argumento esgrimido por la Comisión debe ser rechazada.

61. El segundo supuesto descrito por la Comisión sí merece, en cambio, mayor atención. En efecto, en circunstancias como las de autos y en el contexto de la fase anterior al juicio oral, puede suceder que la negativa del Ministerio Fiscal a solicitar el incidente probatorio choque con la decisión de iniciar la fase contradictoria, o con una decisión a cargo del juez que permita vislumbrar la continuación del proceso. En este contexto, negar la celebración del incidente probatorio podría en su caso desembocar en una infracción de la Decisión marco. Por tanto, es necesario apreciar pormenorizadamente si durante la fase anterior al juicio oral del proceso

41 — Véanse las referencias citadas en la nota 10 de estas conclusiones.

penal italiano se producen circunstancias de esta naturaleza.

a una investigación que, en puridad, debería resolverse en sede judicial.<sup>46</sup> Por tanto, una vez obligado a formular la imputación, y ante la eventualidad de que el Giudice dell'udienza preliminare ordene la apertura del juicio oral, es previsible e incluso lógico que el Ministerio Fiscal acepte la propuesta de la víctima menor de edad y solicite la celebración del incidente probatorio.

62. En el ordenamiento italiano, el ejercicio de la acción penal no conlleva automáticamente la apertura del juicio oral. Este resultado sólo tendrá lugar cuando el Giudice dell'udienza preliminare, órgano unipersonal distinto del Giudice per le indagini preliminari,<sup>42</sup> oiga a las partes en audiencia pública, califique los cargos y declare abierta la fase oral.<sup>43</sup> Por tanto, entre el momento del ejercicio de la acción penal y el inicio de la fase oral transcurre un lapso temporal en el que aún cabe solicitar el incidente probatorio.<sup>44</sup> Llegado el caso de que el G.I.P. requiera al Ministerio Fiscal a fin de que formule la imputación, comenzarán los trámites para la celebración de una audiencia preliminar que desembocará en una decisión relativa al inicio de la fase oral.<sup>45</sup> En ese lapso de tiempo las probabilidades de que finalmente se celebre el juicio habrán aumentado. Es más: si existieran dudas sobre la consistencia de los hechos que sustentan la acusación, el foro apropiado en el que deben aclararse todas las dudas es la fase oral. A este respecto, procede recordar aquí la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre las obligaciones positivas del Estado, en particular del Ministerio Fiscal, cuando existen víctimas vulnerables y las dudas sobre los hechos ponen fin

63. Este resultado es el que la Comisión parece tener en mente cuando afirma que la normativa italiana sería incompatible con la Decisión marco en caso de que el G.I.P. tenga la certeza de que habrá juicio oral. Ahora bien, ni el G.I.P. ni el Ministerio Fiscal pueden tener una certeza absoluta al respecto, pues la decisión corresponde exclusivamente al Giudice dell'udienza preliminare. No obstante, es evidente que el Ministerio Fiscal, en cuanto garante de la legalidad y defensor del interés superior del menor, se verá abocado en la mayoría de los casos a solicitar el incidente probatorio una vez le exijan formular la imputación.

42 — Véase el artículo 34, apartado 2-bis, del CPP.

43 — Véanse los artículos 418 a 426 del CPP.

44 — De hecho, la Corte costituzionale declaró, mediante sentencia de 10 de marzo de 1994, n° 77, la inconstitucionalidad de la norma que impedía la realización del incidente probatorio en la fase de la audiencia preliminar.

45 — Artículos 415 y 416 del CPP.

46 — En especial, refiriéndose al caso de víctimas menores de edad y a la obligación de continuar la investigación de cara al juicio oral, véase la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 4 de marzo de 2004, M.C. c. Bulgaria, n° 39272/98, apartados 148 y ss. Al respecto y en amplio detalle, véase Favolle, L., *Naissance et influence de la notion...*, *op. cit.*, pp. 315 y ss.

64. No es necesario, sin embargo, en las circunstancias del caso, y tal como he advertido en el punto 34 de estas conclusiones, abordar la incidencia de la Decisión marco en fases sucesivas del proceso que escapan ya a la actuación del G.I.P. Por tanto, y a pesar de que el supuesto referido por la Comisión podría legítimamente suscitar dudas sobre la compatibilidad de la normativa cuestionada con la Decisión marco, considero que el Tribunal de Justicia ha de otorgar respuesta al interrogante específicamente suscitado en este procedimiento, que afecta única y exclusivamente a la fase de instrucción.

65. En consecuencia, y como resultado de los argumentos arriba expuestos, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la primera cuestión declarando que los artículos 2, 3 y 8 de la Decisión marco deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a un régimen nacional, como el previsto en el artículo 394 del CPP, que no exige al Ministerio Fiscal la obligación de solicitar, cuando así lo haya instado expresamente la víctima menor de edad, que se oiga y se tome declaración a ésta mediante incidente probatorio durante la fase de instrucción.

## VI. La segunda cuestión prejudicial

66. A continuación, el órgano remitente pregunta al Tribunal de Justicia si los ya citados artículos 2, 3 y 8 de la Decisión marco

se oponen a un régimen como el previsto en el artículo 394 del CPP, que no contempla la posibilidad de que la víctima menor de edad pueda recurrir ante el G.I.P. judicialmente la resolución denegatoria del Ministerio Fiscal a su solicitud de ser oída mediante un incidente probatorio. Como a continuación se expondrá, la respuesta a esta pregunta se desprende indirectamente de la solución que propongo dar a la primera cuestión prejudicial.

67. En efecto, y tal como se ha expuesto con anterioridad, el régimen italiano atribuye un papel relevante al Ministerio Fiscal a la hora de solicitar la realización del incidente probatorio. A diferencia del acusado, que también dispone de la facultad de solicitar esta diligencia, la fiscalía puede ser requerida por la víctima menor de edad a reclamar del G.I.P. la sustanciación del trámite. Ya hemos dicho que el Ministerio Fiscal asume una suerte de tutela de la víctima, al tiempo que decide sobre la oportunidad de la petición. Estos poderes son necesariamente discrecionales, pues cada asunto requiere un análisis pormenorizado, especialmente cuando entran en juego intereses y valores de especial relevancia, como sucede siempre que la víctima es menor de edad. En estos supuestos, la función del Ministerio Fiscal puede resultar aún más relevante, pues será habitual que la víctima

menor de edad actúe a través de un representante legal, como sucede, de hecho, en el caso de autos. En unas circunstancias así, el Ministerio Fiscal garantiza y da cauce a las iniciativas legítimas de la víctima menor de edad, al tiempo que también supervisa cada petición a fin de evitar el riesgo de una instrumentalización del proceso con vistas a la obtención de fines ajenos al mismo.<sup>47</sup>

68. En estas circunstancias, parece razonable que el legislador italiano exija al Ministerio Fiscal, aunque su decisión de solicitud del incidente probatorio no sea recurrible, al menos la carga de la motivación. Esta previsión confiere transparencia al proceso, es coherente con los derechos del acusado, pero también garantiza el derecho de la víctima a ser informada de todos los actos que le afecten. Además, el hecho de que la víctima pueda ser oída por el G.I.P. en caso de que se solicite el archivo de la causa, garantiza a aquélla la oportunidad de replicar a los argumentos del Ministerio Fiscal. Como resultado de todo ello existe la posibilidad, tal como se ha expuesto con anterioridad, de que el G.I.P. obligue al Ministerio Fiscal a que formule la imputación y, con ello, reaparezca la facultad de solicitar el incidente probatorio. Así pues, la inexistencia de un recurso contra la decisión del Ministerio Fiscal no implica que la

víctima pierda toda posibilidad de que su petición sea atendida.

69. Además, si la Decisión marco exigiera una vía de recurso contra las decisiones del Ministerio Fiscal, el diseño y el equilibrio realizado por el legislador italiano se verían seriamente comprometidos. Ya hemos descrito que el sistema del incidente probatorio recae principalmente sobre el Ministerio Fiscal cuando la víctima es menor de edad, atribuyéndose a esta «autoridad judicial», en el sentido del artículo 8, apartado 4, de la Decisión marco, la decisión sobre la oportunidad de solicitar la diligencia al G.I.P. Si la víctima dispusiera de un derecho de recurso contra esta resolución y ante el G.I.P., se habría subvertido el sistema, pues la decisión no recaería en última instancia sobre el Ministerio Fiscal, sino en el órgano jurisdiccional.

70. Por tanto, y en vista de los argumentos expuestos, propongo al Tribunal de Justicia que dé respuesta a la segunda cuestión prejudicial declarando que los artículos 2, 3 y 8 de la Decisión marco 2001/220 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a un régimen nacional, como el previsto en el artículo 394 del CPP, que no prevé la posibilidad de que la propia persona ofendida y víctima menor de edad recurra judicialmente, durante la fase de instrucción, la decisión del Ministerio Fiscal de no atender su solicitud de que este último inste al G.I.P. a la celebración del incidente probatorio.

47 — Véase Spencer, J., «The victim and the prosecutor», en Bottoms, A., y Roberts, J.V. (eds.), *Hearing the Victim. Adversarial justice, crime victims and the State*, Ed. Willan, Devon-Portland, 2010, pp. 141 a 144.

## VII. Conclusión

71. En atención a las consideraciones precedentes, invito al Tribunal de Justicia a que responda del siguiente modo a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Giudice per le indagini preliminari de Florencia:

- «1) Los artículos 2, 3 y 8 de la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a un régimen nacional, como el previsto en el artículo 394 del Codice di procedura penale italiano, que no exige al Ministerio Fiscal la obligación de solicitar, cuando así lo haya pedido expresamente la víctima menor de edad, que se oiga y se tome declaración a ésta mediante incidente probatorio durante la fase de instrucción.
  
- 2) Los artículos 2, 3 y 8 de la Decisión marco 2001/220 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a un régimen nacional, como el previsto en el artículo 394 del Codice di procedura penale italiano, que no prevé la posibilidad de que la propia persona ofendida y víctima menor de edad recurra judicialmente, durante la fase de instrucción, la decisión del Ministerio Fiscal de no atender su solicitud de que este último inste al Giudice delle Indagini Preliminari a la celebración del incidente probatorio.»