

Una justicia europea adaptada al menor: exploración de menores víctimas o testigos en la fase preliminar del proceso penal

Mercedes Serrano Masip

Profesora Titular de Derecho Procesal
Facultad de Derecho
Universidad de Lleida

*Abstract*¹

En 1989, la [Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño](#) sentó las bases que han de promover la formulación de una justicia adaptada al menor. En la actualidad, dicha materia es una de las prioridades más significativas de las acciones emprendidas por el Consejo de Europa y la Unión Europea. Así se comprueba en los distintos documentos e instrumentos normativos analizados en el presente trabajo, especialmente en la [Directiva 2012/29/UE](#). Dichas acciones se enfrentan a diversos retos, siendo dos de ellos la formulación de reglas mínimas comunes que han de regir las formalidades a las que se ha de adecuar la exploración de menores víctimas o testigos de hechos delictivos y el valor que cabe atribuir a sus declaraciones obtenidas en una fase previa al juicio. El método que se considera correcto para afrontar y superar esos retos consiste en situar en un plano de igualdad los derechos de la defensa y los derechos fundamentales del menor a la dignidad y a la integridad física y psíquica.

In 1989, the [United Nations Convention of the Rights of the Child](#) paved the way for the promotion of a child-friendly justice. Nowadays, this is one of the most significant priorities of actions performed by the Council of Europe and the European Union according to the different documents and legal instruments that have been analyzed in this paper, especially the [Directive 2012/92/EU](#). These actions face several challenges: firstly, the common minimum standards to which the formalities of interviews to child victims and witnesses should be subjected and, secondly, the value of statements given by them in a pre-trial stage of criminal proceedings. We consider that the correct method to face up and to overcome these challenges consists of placing at the same level the rights of defendants and the fundamental rights of children to both dignity and physical and psychological integrity.

Title: An European child-friendly justice: interview with children victims or witnesses in the pre-trial stage of criminal proceedings

Palabras clave: justicia europea adaptada al menor, menores víctimas o testigos, victimización secundaria, normas mínimas comunes, exploración del menor

Keywords: European child-friendly justice, children victims or witnesses, secondary victimization, common minimum standards, interview with children

¹ El presente trabajo se encuadra dentro del proyecto de investigación "Aproximación legislativa versus reconocimiento mutuo en el desarrollo del espacio judicial europeo: una perspectiva multidisciplinar" (DER2012-35862) del que es investigadora principal la Profa. Dra. Mar JIMENO BULNES.

Sumario

1. Introducción
2. Consejo de Europa: avances hacia las Directrices del Comité de Ministros relativas a una justicia adaptada a los niños de 2010
 - 2.1. La influencia de Naciones Unidas
 - a) Derecho del menor a expresar su opinión ante los órganos judiciales
 - b) Derecho del menor a ser protegido frente a los perjuicios ocasionados por su intervención en el proceso penal
 - 2.2. El Convenio para la Protección de los Niños contra la Explotación y Abuso Sexual y las Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativas a una justicia adaptada a los niños
 - c) Formulación de un estatuto jurídico-procesal específico respecto de menores víctimas de la explotación y el abuso sexual
 - d) Fundamentos para la elaboración de un estatuto jurídico-procesal general respecto de menores víctimas o testigos en el proceso penal
 - 2.3. La doctrina del TEDH sobre la exploración de menores víctimas y testigos de delitos: dos caracteres que determinan su alcance
 - a) Subordinación de los derechos del menor al derecho del acusado a un proceso equitativo
 - b) Margen de apreciación de los tribunales nacionales como límite a la función de control del TEDH
3. Unión Europea: el establecimiento de normas mínimas comunes reguladoras de la exploración de menores víctimas o testigos
 - 3.1. Una primera aproximación: la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal
 - 3.2. Evaluación de la Decisión marco 2001/220/JAI en términos del logro de sus objetivos
 - a) Informes de la Comisión: fracaso al no lograr una mínima aproximación legislativa
 - b) Jurisprudencia del TJUE: discrepancias en el reconocimiento de derechos procesales al menor víctima
 - c) Perspectivas de reforma de la Decisión marco 2001/220/JAI: definición de víctima vulnerable y delimitación de su protección en el proceso penal
 - 3.3. Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos
 - a) Consagración de los derechos fundamentales que deben ser garantizados al menor víctima
 - b) Sensible retroceso en la efectividad de los derechos fundamentales proclamados: el nuevo concepto de “víctima con necesidades especiales de protección”
4. Conclusiones
5. Tabla de jurisprudencia citada
6. Bibliografía

1. Introducción

La posición del menor en el proceso está marcada por dos situaciones indisolublemente ligadas a la edad que son susceptibles de ocasionarle graves perjuicios: la falta de capacidad de obrar y la declaración en calidad de parte o testigo. Mientras que en el proceso civil tiene especial relevancia el primer aspecto, en el proceso penal adquiere gran trascendencia el segundo. Y ello porque existe el riesgo de que el menor padezca, cuando es explorado o interrogado, una victimización secundaria al tener que revivir la experiencia traumática de haber sufrido o presenciado la perpetración de unos hechos delictivos.

Las probabilidades de que ese riesgo potencial se materialice son muy altas porque los derechos fundamentales que históricamente han sido importantes para el derecho procesal penal han sido los de la persona imputada, acusada o condenada. Así, la prohibición de indefensión y la presunción de inocencia son las piezas básicas de un sistema que se ha centrado en controlar la aplicación de los medios tan efectivos con que cuenta el Estado para la persecución y sanción de los delitos. Como es sabido, la prohibición de indefensión comporta que al acusado se le dé la oportunidad de argumentar, alegar y probar lo que convenga a sus intereses. A su vez, la presunción de inocencia es una garantía procesal referida a la culpabilidad del acusado que sólo puede ser desvirtuada cuando se ha practicado prueba válida y de cargo.

A los derechos fundamentales del acusado no puede oponerse con éxito el interés superior del menor, que es un principio general del derecho con arreglo al cual deben interpretarse las normas y colmarse las lagunas jurídicas que aquéllas presenten, pero que no puede catalogarse como un derecho fundamental del menor. Por el contrario, sí son derechos fundamentales del menor, en su condición de ser humano, la dignidad y la integridad física y psíquica. Y, siendo esta afirmación irrefutable, también lo debería ser una de sus consecuencias: esos derechos fundamentales han de salvaguardarse en todas las fases del proceso penal. Las funciones propias de dicho proceso no legitiman a ninguno de los órganos, autoridades o partes que en él intervienen a vulnerar derechos fundamentales. En todo caso, podrían verse limitados si existiera una autorización legal previa fundada en el principio de proporcionalidad. Eso significa que a esos derechos fundamentales del menor se les debe dar el mismo valor que a la prohibición de indefensión y a la presunción de inocencia. Y, en consecuencia, será a partir de este reconocimiento que deben configurarse los actos que conforman el proceso penal.

Elevarse respecto de los sistemas procesales penales vigentes en Europa, tomar distancia con la garantía que proporciona hacerlo desde el anclaje en los derechos fundamentales es, a nuestro entender, un método correcto que ha sido emprendido hace ya algún tiempo por el Consejo de Europa, institución cuyo objetivo fundacional es la protección de los derechos y libertades fundamentales. Este es el principal motivo que nos ha llevado a iniciar el presente trabajo con un análisis de las iniciativas recientes, y con mayor proyección, adoptadas por el Consejo de Europa. En ellas, con independencia de su carácter vinculante (*hard-law*) o no vinculante (*soft-law*), se consolidan las pautas que en materia de una justicia

accesible y adaptada al menor se contienen en un buen número de documentos que las preceden. Asimismo, el examen de la doctrina del Tribunal Europeo de Derecho Humanos (en adelante, TEDH) pone de relieve la necesidad de adecuar las legislaciones internas a aquellas líneas rectoras. En segundo lugar, hemos procedido al examen de los instrumentos normativos emanados de la Unión Europea en los que se pretende configurar un estatuto jurídico del menor víctima o testigo en el proceso penal. Las normas cuya razón de ser radica en salvaguardar los derechos fundamentales del menor, evitando que una vez que ha sido explorado en la fase preliminar del proceso penal deba declarar nuevamente en el juicio oral, han experimentado una importante evolución desde la aprobación 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](#) (en adelante, DM 2001/220/JAI), hasta la adopción de la [Directiva 2012/29/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo](#). El estudio de la mencionada evolución, complementada con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) recaída en casos en los que se cuestiona en qué ha de consistir la protección del menor cuando es explorado como testigo en un proceso penal, ha de permitir, de un lado, que se determinen los fundamentos de las particularidades de las declaraciones del menor y, de otro, el logro de la armonización legal en cuanto a las formalidades que deben rodearlas, los momentos en que han de exteriorizarse y el valor probatorio que cabe atribuirles.

2. Consejo de Europa: avances hacia las Directrices del Comité de Ministros relativas a una justicia adaptada a los niños de 2010

2.1. La influencia de Naciones Unidas

El Consejo de Europa ha prestado desde sus inicios una atención muy especial a la infancia. No resulta extraño, pues, que se preocupe por el trato que la Administración de justicia debe dispensar a un menor cuando, por diversas razones, entra en contacto con ella. Son varios los enfoques desde los cuales observa la posición del menor en un proceso. No obstante, sobresalen tres situaciones que acaparan su interés: (i) el menor en procesos civiles de crisis matrimoniales o de pareja²; (ii) el menor como imputado en el proceso penal, y (iii) el menor como víctima y testigo en el proceso penal. Esta última situación será objeto de examen en el presente estudio.

Cuando se analizan los documentos emanados del Consejo de Europa se percibe claramente el propósito de avanzar a partir de los fundamentos establecidos por Naciones Unidas. Obviamente, los convenios, propuestas y recomendaciones a los Estados miembros

² En particular, la [Convención europea sobre el ejercicio de los derechos de los niños](#), de 25 de enero de 1996, cuyo objetivo principal consiste en reconocer derechos y garantías procesales a los menores de 18 años en aquellos asuntos en los que se enjuicia el correcto ejercicio, por los progenitores, de los deberes inherentes a la potestad.

son más ambiciosos. Pero ello es una mera consecuencia de estar limitado su ámbito territorial a Europa, de poseer los Estados que lo forman similares tradiciones sociales y culturales, y de tener como meta la creación de un espacio común democrático y jurídico³. Con todo, no puede ponerse en duda que Naciones Unidas constituye su referente, que se percibe ya en las definiciones básicas, por ejemplo, entendiéndose por menor toda persona que no ha alcanzado la edad de 18 años. Y de los varios instrumentos que se han ocupado de la posición del menor víctima o testigo en un proceso penal, así como de los derechos y facultades que se les debe reconocer y salvaguardar, entendemos que hemos de referirnos a dos: la [Convención sobre los Derechos del Niño](#), de 20 de noviembre de 1989, y las [Directrices en materia de justicia respecto de menores víctimas y testigos de crímenes](#) emanadas del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas el 22 de julio de 2005 (en adelante, Directrices de 2005)⁴.

a) Derecho del menor a expresar su opinión ante los órganos judiciales

En el apartado segundo del art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño se dispone que el derecho del menor a expresar su opinión en todos los asuntos que le afecten debe ser garantizado, también en el marco de un procedimiento judicial, mediante la concesión de la oportunidad de ser escuchado bien directamente, bien por medio de un representante o de un órgano apropiado. La importancia del reconocimiento de este derecho, llamado a erigirse en una pieza básica del estatuto jurídico de la intervención del menor en el proceso, reclamaba una mayor precisión de su alcance, ya que la laxitud con la que se expresa el artículo citado podía ser contraproducente para su efectividad. De ahí que el Comité sobre los Derechos del Niño elaborara en 2009 unos comentarios generales destinados a explicar las concretas manifestaciones del derecho del menor a ser escuchado por los órganos judiciales⁵. En ellos se detallan, en primer término, los actos que debe llevar a cabo la Administración de justicia en orden a asegurar el ejercicio de ese derecho. Los sistematiza en cinco apartados: (i) preparación, que ha de consistir en ilustrar al menor sobre la facultad de expresar su opinión, la forma, el lugar, el momento en que la audiencia se practicará y el impacto que ésta puede tener en la decisión final; (ii) audiencia, que ha de llevarse a cabo no sólo ante el juez sino además ante un especialista, debiéndose ejecutar como si se tratara de una conversación, no de un interrogatorio, y excluyendo la publicidad externa; (iii) valoración de la capacidad del menor, con la finalidad de poder indicar al juez si aquél construye sus opiniones de manera razonada e independiente; (iv) información acerca de la trascendencia en el resultado final del proceso de las declaraciones del menor (*feedback*) y (v) recursos que éste puede interponer cuando se vulnera su derecho. En segundo lugar, el Comité sobre los Derechos del Niño alude a las manifestaciones del derecho a ser escuchado en el proceso penal cuando el menor es víctima o testigo de los hechos. No entra en detalles, ciñéndose a resaltar, de un lado, que deben procurarse los medios que faciliten al menor la posibilidad de expresarse libremente y, de otro, que éste

³ Véase el Preámbulo y el art. 1 del [Tratado fundacional del Consejo de Europa](#) hecho en Londres el 5 de mayo de 1949.

⁴ ECOSOC Resolution 2005/20, de 22.7.2005.

⁵ COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, [General Comment No. 12 \(2009\), The right of the child to be heard](#) (CRC/C/GC/12, de 20.7.2009).

ha de ser informado sobre el método de exploración, la previsión de medidas de protección y la posibilidad de solicitar la reparación de los daños que se le han causado.

- b) Derecho del menor a ser protegido frente a los perjuicios ocasionados por su intervención en el proceso penal

Las Directrices de 2005 son trazadas a partir de un elenco de derechos reconocidos al menor con el objetivo de fomentar en los Estados miembros buenas prácticas mediante las cuales aquellos derechos se traduzcan en actuaciones concretas⁶. Nos interesa destacar la preocupación mostrada por evitar, o al menos paliar en lo posible, los perjuicios morales que la sustanciación del proceso penal puede generar en el menor. Basta con observar la extensión de las Directrices que pretenden salvaguardar el derecho del menor a ser protegido frente a aquellos perjuicios. Tales Directrices se ordenan según su naturaleza. En primer lugar, se exponen las de carácter extraprocesal, que están encaminadas a que el personal juzgador, no juzgador y colaborador con la Administración de justicia, se especialice y sea sensible con las necesidades y circunstancias del menor. Y, en segundo lugar, se recogen las de carácter procesal, que giran alrededor de la forma de obtener el testimonio del menor víctima y testigo de manera que se mantenga un equilibrio entre la debida protección del menor, la eficaz persecución del delito y el derecho del imputado a un proceso justo. Con este propósito se formulan tres fines, a los que acompañan las correspondientes medidas para alcanzarlos. El primero es limitar el número de entrevistas, declaraciones y audiencias a las estrictamente necesarias. Para ello se propone la grabación de las mismas. El segundo estriba en evitar el contacto directo del menor con el imputado, por lo que deben habilitarse salas de espera y de exploración especiales. El tercer y último fin consiste en favorecer que el menor testifique, debiéndose adoptar las medidas que tiendan a aumentar su confianza proscribiendo, por ejemplo, formas y métodos de exploración de cariz intimidatorio.

2.2. El Convenio para la Protección de los Niños contra la Explotación y Abuso Sexual y las Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativas a una justicia adaptada a los niños

Como hemos señalado, el Consejo de Europa incorpora a sus iniciativas la política diseñada por Naciones Unidas en los documentos que elabora con el propósito de que el proceso penal se tramite de forma adecuada a las necesidades e intereses del menor víctima o testigo. Es fácil observar la asunción de tal política en los instrumentos siguientes: el

⁶ La Administración de justicia debe respetar y fomentar el derecho del menor a ser tratado con dignidad y compasión, a no ser discriminado, a ser informado, a expresar sus puntos de vista e intereses, a ser escuchado, a ser asistido de forma efectiva, a la privacidad, a ser protegido frente a los perjuicios que pueda causarle la tramitación del proceso, a la seguridad y a la reparación. En el preámbulo de las Directrices se relacionan los instrumentos que, junto a la [Convención sobre los Derechos del Niño](#), constituyen sus precedentes más directos: la [Declaración sobre los principios básicos de justicia respecto de las víctimas del crimen y abuso de poder](#) de 1985, el [Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativa a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía](#) de 2000, y la [Declaración de Viena sobre la delincuencia y la justicia](#) de 2000, así como los [Planes de acción para su implementación](#) de 2002.

[Convenio para la Protección de los Niños contra la Explotación y Abuso Sexual](#), de 25 de octubre de 2007, y en las [Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativas a una justicia adaptada a los niños](#), de 17 de noviembre de 2010.

- c) Formulación de un estatuto jurídico-procesal específico respecto de menores víctimas de la explotación y el abuso sexual

El [Convenio para la Protección de los Niños contra la Explotación y Abuso Sexual](#) obedece a la necesidad de elaborar un instrumento internacional global centrado en los diversos aspectos relacionados con la prevención, la protección y la legislación penal en materia de lucha contra todas las formas de explotación y abuso sexual de los niños. Se contaba con trabajos anteriores en los que de forma decidida se habían trazado las líneas a seguir, demostrando que junto con medidas de derecho sustantivo era imprescindible promover la modificación de las normas procesales de los Estados.

En el Preámbulo del Convenio se citan dos Recomendaciones del Comité de Ministros: [R \(91\) 11](#), adoptada el 9 de septiembre de 1991, sobre explotación sexual, pornografía, prostitución y tráfico de niños, niñas y jóvenes, y [R \(2001\) 16](#), adoptada el 31 de octubre de 2001, sobre la protección de los niños contra la explotación sexual. En el primero de los documentos citados no se repara en la posibilidad de atribuir fuerza probatoria a las exploraciones del menor efectuadas en una etapa previa al juicio, sino que se da por sentado que aquélla sólo corresponde a las declaraciones emitidas durante el juicio. Así, entre las medidas relativas al proceso penal, se incluye la nº 14, consistente en “facilitar unas condiciones especiales en las vistas judiciales en las que participen niños o niñas que sean víctimas o testigos de explotación sexual con el fin de reducir al mínimo los efectos traumáticos de tales vistas y de aumentar la credibilidad de sus declaraciones a la vez que se respeta su dignidad”. En cambio, en el segundo documento ya se recoge una disposición en el sentido indicado, pues en la medida nº 33 se insta a los Estados miembros a que reduzcan el número de declaraciones y entrevistas a los que son sometidos los menores víctimas y testigos de explotación sexual, aumentando a la vez la credibilidad de sus declaraciones.

Pero también se tuvieron en cuenta instrumentos emanados de la Unión Europea (UE), en particular, la [Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal](#). En este sentido, se ha afirmado con razón que las normas contenidas en el Convenio de 2007 constituyen el modelo más avanzado de estatuto respecto de una concreta categoría de víctima vulnerable: menor víctima y testigo de explotación y abusos sexuales. La base de dicho modelo reside en admitir que, si bien el proceso penal constituye un mecanismo que sirve a la tutela jurisdiccional y la reparación de la víctima, es a la vez una experiencia que genera en el menor un profundo sufrimiento cuando no le causa una nueva forma de violencia provocada por la práctica de la prueba testifical y la falta de credibilidad o desconfianza hacia su testimonio⁷.

Con anterioridad al Convenio de 2007, el Consejo de Europa aprobó un instrumento del que era lógico esperar que en su texto se incluyeran disposiciones referentes a la protección de menores víctimas y testigos frente a futuras represalias y fenómenos de victimización secundaria. Se trata del [Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos](#), de 16 de mayo de 2005. Sin

⁷ Véase, por ejemplo, ALLEGREZA/GIALUZ (2010, pp. 518-525).

embargo, desde la óptica del Derecho procesal resulta bastante desalentador leer el Capítulo V, destinado a la “Investigación, Acciones judiciales y Derecho procesal”, pues sólo incorpora algunas afirmaciones que se limitan a repetir principios generales, sin indicar a los Estados miembros ninguna salvaguarda con la que se asegure su efectividad. Como ejemplo cabe citar el art. 28.3, que dispone: “los niños gozarán de medidas de protección especiales que tengan en cuenta su interés superior”, o el art. 30, según el cual las Partes han de adoptar medidas legislativas o de otro tipo con el fin de garantizar que a lo largo del procedimiento judicial se respete el derecho de las víctimas infantiles a “unas medidas de protección específicas”. Una de las posibles razones de la imprecisión en la forma de legislar cabe hallarla en el apartado 302 del [Informe Explicativo del Convenio sobre la lucha contra la trata](#), que apunta directamente a las profundas diferencias entre los sistemas procesales penales de los Estados miembros del Consejo de Europa. Ante esta realidad, se aclara que la opción más pragmática era la de limitarse a establecer los objetivos que ha de perseguir cualquier proceso penal, a saber, garantizar la protección de la vida privada, identidad y seguridad de las víctimas, pero otorgar libertad a los Estados Partes para que fijaran los medios para lograr dichos objetivos. Ahora bien, quizás con el propósito de compensar el excesivo laconismo del texto normativo, y aun reconociendo que los comentarios incluidos en el Informe Explicativo no ostentan el rango de interpretación auténtica de los preceptos del Convenio, circunscribiéndose su eficacia a facilitar la comprensión de los mismos, en los apartados 304 y siguientes de dicho Informe Explicativo se recogen buenas prácticas de algunos Estados miembros del Consejo de Europa que, amparadas por la jurisprudencia del TEDH, han de contribuir a sentar las bases de la forma en que el menor ha de ser explorado o interrogado para que sus declaraciones puedan tener valor probatorio. Una de las buenas prácticas en las que repara el Informe consiste en grabar en vídeo y audio la exploración del menor con el propósito de ser reproducida ante el tribunal decisor sustituyendo, de este modo, la comparecencia del menor en el juicio.

El principio de protección del menor constituye el núcleo del estatuto jurídico-procesal que elabora el Convenio de 2007, lo que entraña que, aun cuando la participación del menor sea otro de los principios que deben salvaguardarse, entre otras razones porque es una manifestación del interés superior del niño, ha de estar siempre matizada por la protección. En caso contrario, la participación sólo se ponderaría desde la perspectiva de la lucha contra la impunidad, por lo que existiría el peligro de utilizar al menor como una simple vía para averiguar unos hechos y atribuir responsabilidades a unos sujetos. Con ello se quiere expresar que la protección ha de tener un reflejo evidente en la entrevista o exploración del menor. De ahí que en su art. 31 establece que los Estados, de conformidad con su derecho interno, han de prever normas que ofrezcan al menor la posibilidad de ser oído, de expresar sus preocupaciones y de aportar fuentes de prueba. Y en el art. 35 se les indique cómo han de encauzarse las entrevistas para que los derechos reconocidos al menor no se vean reducidos a mera declaración de intenciones. Una de las medidas a adoptar es la limitación del número de entrevistas a las estrictamente necesarias para el éxito del proceso penal. Obviamente se está refiriendo a la preservación de la validez de aquéllas para que sean susceptibles de destruir la presunción de inocencia. Por eso aborda a continuación dos extremos: uno de carácter técnico, circunscrito a la grabación en vídeo de la entrevista, y otro, más relevante desde el punto de vista de la dogmática procesal, que es la admisión de la grabación como medio de prueba⁸.

⁸ Tales medidas ya se incluyeron en la [Recomendación R \(97\) 13](#), adoptada el 10 de septiembre de 1997, sobre la intimidación a los testigos y los derechos de la defensa.

Ahora bien, la protección del menor gracias al empleo de las tecnologías de la información y la comunicación ha de conjugarse con las garantías esenciales del proceso penal. Lo tiene muy presente el Convenio de 2007, pues en el art. 30.4 advierte a los Estados que han de velar por que las medidas tendentes a proteger al menor no menoscaben el derecho de defensa ni las exigencias de un juicio justo e imparcial consagrados en el art. 6 del [Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales](#) (CEDH). Sin embargo, no especifica cómo debe llevarse a cabo la entrevista del menor para que sea lo más respetuosa posible con los postulados del derecho de defensa y de un juicio justo⁹. En consecuencia, debe atenderse a la jurisprudencia del TEDH que, al examinar la eficacia probatoria de las declaraciones del menor efectuadas en la fase preliminar del proceso penal, ha sentado unos cánones a los cuales debe acomodarse la exploración del menor y a los que nos referiremos en el epígrafe siguiente.

- d) Fundamentos para la elaboración de un estatuto jurídico-procesal general respecto de menores víctimas o testigos en el proceso penal

El segundo documento emanado del Consejo de Europa que hemos seleccionado son las [Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativas a una justicia adaptada a los niños](#), de 17 de noviembre de 2010. Estas Directrices han de ser consideradas, pese a su relevancia, un hito más en la evolución de las políticas dirigidas a conseguir que la justicia reconozca y haga efectivos los derechos del menor en el máximo grado posible, superando los límites inherentes a la falta o limitación de su capacidad de obrar, y teniendo como punto de referencia su situación personal, madurez y discernimiento. En palabras de las Directrices, una justicia adaptada al menor es una justicia accesible, rápida, diligente, que gira en torno a sus necesidades e intereses. Su meta radica en lograr que en los procesos civiles, penales y administrativos, así como en procedimientos no judiciales, en los que intervenga un menor le sean respetados además de la dignidad, integridad e intimidad personal y familiar, los derechos y las garantías procesales consagrados en el CEDH.

Los principios en los que se fundan las Directrices no suponen una absoluta novedad en la materia, pues han informado los instrumentos que las han precedido. Estos principios son: (i) participación, (ii) prevalencia del interés del menor sobre toda otra consideración, (iii) dignidad, (iv) protección contra la discriminación y (v) primacía del derecho. Este último exige que las garantías procesales que tradicionalmente se han anudado a la condición de persona adulta se extiendan a los menores. Así, no puede haber ninguna duda acerca de que las resoluciones que se adopten respecto de un menor hallan su legitimidad en la legalidad, proporcionalidad, presunción de inocencia y derecho a un proceso equitativo.

⁹ En el apartado 238 del Informe Explicativo del Convenio de 2007 tampoco se incluye ninguna alusión a los derechos fundamentales del sospechoso ni a las garantías esenciales de un juicio justo. Simplemente reitera que el objetivo de grabar en audio y video la entrevista del menor es no aumentar el trauma sufrido y que su previsión expresa en el Convenio obedece a los buenos resultados en los Estados que han puesto en práctica tal medida. Por el contrario, la [Recomendación R \(97\) 13](#) sí se detiene en precisar que la protección del testigo vulnerable no ha de mermar el derecho de defensa de la persona imputada, por lo que ésta ha de disponer de suficientes ocasiones de discutir y contrarrestar el testimonio prestado en su contra.

Sobre la base de los anteriores principios se sistematizan las medidas idóneas para que la justicia sea sensible a las circunstancias del menor. El criterio empleado es el cronológico, de suerte que se exponen según deban aplicarse antes, durante o después del proceso. Para este estudio son extremadamente importantes las medidas recomendadas durante la tramitación del proceso penal, en especial, las relativas a la prueba (Directrices 64 a 74)¹⁰. Resulta interesante destacar que todas ellas pueden ser aplicadas tanto en la fase preliminar como en la fase de juicio o plenario, pues al menos en las Directrices no se formula una recomendación expresa contraria a la exploración del menor en la fase de juicio.

En primer lugar, las concretas Directrices mencionadas tratan ciertos aspectos externos o procedimentales de las exploraciones y audiciones con menores. Así, se estima oportuno que se lleven a cabo en espacios físicos adaptados y sean registradas en audio y vídeo respetando la contradicción, si bien aconseja que se evite el contacto, la confrontación y la comunicación directa entre el menor y el presunto agresor. A su vez, las Directrices parten de la constatación de una extendida práctica policial y forense que es inútil obviar y que consiste en explorar al menor en más de una ocasión. Por eso se aconseja que, a los efectos de preservar el bienestar del menor y asegurar su disposición a declarar, las exploraciones sean conducidas por las mismas personas. También se advierte que el número de las exploraciones y su duración se adapten a la edad y la capacidad de atención del menor.

Y, en segundo término, se pronuncian sobre cuestiones de naturaleza procesal. Cabe decir que son muy pocas las que captan su atención, pero debe subrayarse que tienen como destinatario al tribunal decisor, señaladamente, en lo que se refiere a sus poderes de dirección material y la valoración de la prueba. Entre ellas se hallan extremos tendentes a asegurar la relevancia, fiabilidad y validez del testimonio del menor. Estos caracteres no deben quedar relegados con la excusa de que el menor ni presta juramento o promesa de decir verdad, ni pueden serle planteadas determinado tipo de preguntas. Finalmente, subrayan que el tribunal, atendiendo al interés superior del menor, y no solamente a su edad, que no puede erigirse en una presunción *iuris et de iure* para rechazar su testimonio, puede autorizarle a no declarar.

Los Comentarios Generales a las Directrices proporcionan datos de suma importancia para el análisis (126 a 133). El primero de ellos es la flexibilidad que se concede a las Directrices debido, de un lado, a su carácter no vinculante y, de otro, a la disparidad de regímenes jurídicos vigentes en los Estados miembros. Tan pronto las califica de consejos prácticos, como de reglas que conviene incorporarlas a protocolos, como admite que constituyen propuestas en punto a que los Estados reformen sus normas procesales penales. Estas diferencias no impiden observar un común denominador consistente en aceptar el dictado de normas especiales para los casos en los que la víctima o el testigo sea un menor. La finalidad principal de esta manera de proceder es suprimir alguno de los deberes que se

¹⁰ Las líneas directrices cuyos destinatarios son los funcionarios de policía que intervienen antes del inicio del proceso penal (23 a 26) no prevén ninguna intervención concreta respecto de la entrevista que pueden mantener con el menor víctima o testigo; en esencia, limitan su objeto a las actuaciones procedentes en casos de menores sospechosos de haber cometido algún delito.

imponen, generalmente, al testigo en causa penal. Su fundamento se halla en los postulados que emanan del principio del interés superior del menor y su objetivo no es otro que el de evitarle traumas suplementarios. Por eso, la exacta y razonada delimitación de lo que con la previsión de un régimen especial se pretende evitar, se erige en condición *sine qua non* para que las medidas que se acuerden no sobrepasen su meta y atenten contra las garantías esenciales del derecho a la defensa y a un proceso justo. El segundo dato reside en la trascendencia de las pautas que agregan a las Directrices. Por una parte, se afirma abiertamente que ha de permitirse la obtención de pruebas por expertos antes del proceso y, de otra, se hacen aclaraciones para los supuestos de menores víctimas de delitos contra la libertad sexual. La gravedad de estos delitos y la profunda impresión que causan en el menor desaconsejan, por ejemplo, que concurriendo ciertas circunstancias se graben sus declaraciones; a su vez, inducen a que se sustituya el interrogatorio directo por el planteamiento de las preguntas a través de un intermediario con formación especializada y abogan por que se implementen métodos de evaluación de la fiabilidad de la declaración del menor que preserven al máximo su intimidad.

Es fácil observar que no pretenden constituirse en reglas dogmáticas alejadas de la realidad y de las circunstancias del concreto menor que es explorado. Constantemente se sugiere que, antes de adoptar una determinada decisión, se pondere su edad, madurez y nivel de comprensión. De otro lado, es razonable entender que la flexibilidad anteriormente apuntada es una consecuencia directa de la doctrina del TEDH al interpretar y aplicar el art. 6 CEDH. Pero debe recordarse que el sujeto protegido a través de las normas contenidas en el art. 6 CEDH es, eminentemente, el imputado, acusado y condenado. La víctima es la gran olvidada del texto legal del CEDH. Ha sido el TEDH a través de sus pronunciamientos, interpretando de forma extensiva los arts. 6 y 8 CEDH, el que ha ido introduciendo los derechos fundamentales que han de preservarse a los otros sujetos que intervienen en el proceso penal, significativamente, a la víctima y los testigos.

2.3. La doctrina del TEDH sobre la exploración de menores víctimas y testigos de delitos: dos caracteres que determinan su alcance

La ausencia de una reflexión global sobre los derechos de la víctima ha sido una característica casi permanente en Europa. Sus efectos negativos se dejan notar en una aguda inseguridad jurídica en lo que concierne a la identificación tanto de los derechos materiales cuanto de los procesales cuya titularidad corresponde a la víctima. Como no podía ser de otra manera, esos efectos alcanzan al menor que es explorado en el proceso penal en calidad de víctima o testigo. Solamente cuando se configura dicha exploración desde la exigencia del respeto a los derechos fundamentales del menor aumentan las probabilidades de instaurar un sistema sólido y coherente de protección¹¹.

El estudio de las resoluciones dictadas por TEDH confirma lo que se acaba de afirmar ya que es, principalmente, al hilo de la interpretación y aplicación del art. 6 CEDH que se ha adentrado en la esfera de los derechos que deben salvaguardarse a la víctima y al testigo

¹¹ Contrástese con LANTHIEZ (2008, pp. 156-158).

que intervienen en el proceso penal. La prioridad marcada por el derecho a un proceso equitativo reconocido al imputado, acusado y condenado en un proceso penal ha orientado, mayoritariamente, su actividad.

- a) Subordinación de los derechos del menor al derecho del acusado a un proceso equitativo

En efecto, los pronunciamientos del TEDH de los que ha de inferirse la protección que merecen víctimas y testigos se realizan, básicamente, en las resoluciones que resuelven demandas de personas condenadas que alegan la vulneración de su derecho a un proceso justo a raíz de la valoración de la prueba testifical efectuada por los tribunales internos. Al resolver los asuntos planteados, el TEDH ha sentado una jurisprudencia uniforme afirmando que la admisibilidad de los medios de prueba está sometida a la regulación interna de cada uno de los Estados, por lo que no es su cometido pronunciarse sobre la pertinencia, utilidad y validez de las declaraciones de los testigos. La misión que le encomienda el CEDH es la de analizar si el proceso, considerado en su conjunto, se ha tramitado de acuerdo con los postulados del derecho a un juicio justo y con todas las garantías. En materia de prueba, tales postulados obligan a que la actividad probatoria se lleve a cabo con pleno respeto al derecho de defensa. Ello significa que los medios de prueba deben practicarse en la fase de juicio, ante el tribunal sentenciador, en audiencia pública, estando el acusado presente y desenvolviéndose el interrogatorio de testigos de forma adversarial. Tales requisitos preservan el derecho del acusado de contrarrestar, sin traba alguna, los medios de prueba propuestos por la acusación que han sido admitidos por el tribunal¹².

No obstante, el TEDH admite la existencia de excepciones a las garantías procesales expuestas. En este sentido, declara que los apartados 1º y 3º d) del art. 6 CEDH no exigen que, en cualquier circunstancia, el testigo sea examinado directamente por la defensa, bien mediante un interrogatorio cruzado, bien a través de otro método, sino que lo que requieren es que se conceda al acusado la oportunidad de desacreditar o contradecir la versión de los hechos que ofrece el testigo, ya sea en el momento en que preste declaración, ya en un momento posterior. Asimismo, añade que el art. 6 CEDH no otorga al acusado un derecho ilimitado a que el testigo, que ha declarado en su contra, comparezca ante el tribunal decisor. En suma, el TEDH no se opone a la reproducción en el juicio oral de las declaraciones testificales realizadas en sede policial o en la fase preliminar del proceso penal. Ahora bien, afirma que la valoración por el tribunal decisor de tales declaraciones vulnera el derecho a un juicio justo si al acusado no se le ha brindado la ocasión de formular preguntas a los testigos¹³.

¹² Véanse, entre otras, las SSTEDH 20.12.2001 (TEDH 2001\881), 2.7.2002 (TEDH 2002\43), 19.6.2007 (JUR 2007\146805), 27.1.2009 (JUR 2009\33841) y 28.9.2010 (JUR 2010\332112). Un estudio doctrinal y jurisprudencial sobre una de las sentencias citadas se lleva a cabo por HERNÁNDEZ GARCÍA/MIRANDA ESTRAMPES (2005).

¹³ Un exhaustivo análisis del art. 6.3.d) CEDH y de la jurisprudencia del TEDH se realiza por ARANGÜENA FANEGO (2009a, pp. 453 y ss.).

Los supuestos en los que las reglas generales han de ceder el paso a las excepciones se concretan, por ejemplo, en los delitos contra la libertad sexual. El TEDH reconoce que el proceso penal es para la víctima un nuevo motivo de sufrimiento, que incrementa sus consecuencias negativas cuando aquélla es un menor. Por esta razón, el derecho del acusado a una plena y directa confrontación con el testigo halla su contrapeso en los derechos que se reconocen y garantizan a este último, en particular, el derecho a la integridad psíquica y moral. La ponderación de este derecho, considerado como una faceta del derecho al respeto a la vida privada y familiar consagrado en el art. 8 CEDH, legitima la adopción de medidas que han de conciliarse con el ejercicio de los derechos de la defensa¹⁴. Entre estas medidas, el TEDH destaca que han de ser especialistas (psicólogos y psiquiatras) los que exploren al menor, estando presente uno de los progenitores o un adulto de confianza y debiendo ser grabada la entrevista en audio y vídeo.

El art. 8.1 CEDH se ha erigido en una norma clave del reconocimiento y aseguramiento de los derechos de la víctima en el proceso penal. Paulatinamente está siendo interpretado de forma consecuente con la naturaleza del CEDH, esto es, un texto que instaura una garantía colectiva de los derechos humanos y las libertades fundamentales en Europa. De ahí que dicho precepto sea objeto de una interpretación evolutiva, lo que ha comportado que la vida privada y familiar se haya convertido en un bien jurídico muy amplio, pues por esa vía se protegen derechos o “fragmentos” de derechos que no gozan de un reconocimiento normativo expreso. Uno de ellos es el derecho a la integridad psíquica y moral, que no haya un perfecto acomodo en la prohibición de trato degradante consagrada en el art. 3 CEDH. Al respecto es muy ilustrativa la STEDH 26.3.1996 (TEDH 1996\20), en cuyo apartado 70 se dice que, pese a no estar los intereses de los testigos y las víctimas expresamente contemplados en el art. 6 CEDH, ello no impide que se estimen comprendidos en el ámbito del art. 8 CEDH, no debiendo ser innecesariamente puestos en peligro por la sustanciación de un proceso penal; a lo que se agrega que los postulados del derecho a un proceso equitativo imponen que, en los supuestos apropiados, los intereses de la defensa estén en equilibrio con los de los testigos o las víctimas que deban declarar en el proceso.

En sus pronunciamientos, el TEDH repite constantemente un extremo que debe considerarse el eje del equilibrio entre los derechos del acusado y de la víctima en el proceso penal. Dice el TEDH que la condena del acusado no debe fundarse exclusivamente o de manera decisiva en las declaraciones de un testigo o en las conclusiones de un dictamen que aquél no ha podido rebatir. En caso contrario se lesionaría el derecho a un juicio justo. Por eso, si se atribuye al menor la calidad de “testigo”¹⁵, el imputado o acusado, debe ser informado del día y lugar en el que se desarrollará la entrevista con el menor, ha de poder seguirla evitando la confrontación visual directa, por ejemplo, desde otra dependencia conectada con la sala de exploración mediante circuito cerrado de

¹⁴ CANOSA USERA (2009, pp. 97-99) y SANTOLAYA MACHETTI (2009, pp. 487- 493).

¹⁵ El menor interviene en calidad de “testigo” cuando, pese a no declarar ante el tribunal decisor, la grabación de la entrevista es reproducida en la vista ante aquel tribunal, siendo sus declaraciones prueba directa de los hechos enjuiciados y basándose en ellas la sentencia condenatoria; consúltese en este sentido las SSTEDH 2.7.2002 (TEDH 2002\43) y 27.1.2009 (JUR 2009\33841). No obstante, el TEDH admite que concede a la palabra “testigo” un significado que puede no coincidir con el otorgado por los derechos procesales penales internos, pero que queda justificado por el propósito de aplicar el art. 6.3 d) CEDH al mayor número de casos posibles, esto es, para asegurar el cumplimiento respecto del acusado de las exigencias del derecho al debido proceso. Acerca del concepto amplio y flexible de “testigo” que emplea el TEDH, superador de los rígidos márgenes propios de los ordenamientos jurídicos internos de los Estados, véase ARANGÜENA FANEGO (2009a, pp. 454-456) y GARCÍANDÍA GONZÁLEZ (2009, pp. 337-339).

televisión o señal de audio, permitiendo observar las reacciones del menor a través de un cristal con apariencia de espejo, y ha de poder plantearle preguntas por medio del juez o intermediario durante la primera entrevista o con posterioridad.

Así pues, los actos procesales que haya de adoptar el tribunal y la acusación pública están condicionados por el derecho de defensa del acusado y la presunción de inocencia. La influencia de estos derechos es tan intensa que se extiende a la interpretación de declaraciones y manifestaciones de voluntad del imputado, posteriormente acusado y condenado, de las que podría inferirse una renuncia al derecho a interrogar a los testigos. Según el TEDH, ni el tenor literal ni el espíritu del art. 6 CEDH contemplan la posibilidad de que una persona renuncie a las garantías inherentes a un proceso justo. Por esta razón, la efectividad de una hipotética renuncia a acogerse a la oportunidad de contradecir a un testigo de cargo está sujeta a que se exteriorice de forma inequívoca, sean preservadas un mínimo de salvaguardas y no sea contraria al interés público. En definitiva, para que la renuncia al derecho a examinar a los testigos que han declarado en su contra sea efectiva, el acusado ha de haber podido prever de forma razonable las consecuencias jurídicas que se derivan de su decisión¹⁶.

Sin embargo, en un sistema procesal penal en el que la valoración de los resultados de los medios de prueba practicados es libre, resulta muy difícil que el acusado pueda pronosticar la trascendencia que su decisión tendrá en la convicción del tribunal acerca de la culpabilidad respecto de la conducta delictiva imputada. Por tanto, pese a existir suficientes indicios de que el acusado ha renunciado a su derecho a interrogar al principal testigo de cargo, las posibilidades de que el TEDH no aprecie vulneración de una de las garantías esenciales de un juicio justo son mínimas cuando la condena se ha basado, esencialmente, en las declaraciones del aquel testigo.

Así se ha puesto de manifiesto en la ya citada STEDH 28.9.2010 (JUR 2010\332112), en la que, al constatar que el demandante no tuvo la oportunidad de interrogar al testigo de cargo, se declara la vulneración del derecho a un juicio justo, sin que de las declaraciones y manifestaciones de voluntad libremente exteriorizadas por el demandante quepa deducirse una renuncia a aquel derecho. El relato de los antecedentes es muy amplio pero cabe destacar los siguientes extremos. Ante la sospecha de que su hijo menor ha sufrido abusos sexuales, la madre denuncia los hechos a la policía y presta declaración. Un mes más tarde, en un hospital, se lleva a cabo la primera exploración del menor, que es dirigida por un psicólogo. La exploración es seguida a través de un espejo unidireccional por un oficial de policía, el jefe del servicio de psicología del hospital y un médico especialista en psiquiatría infantil. La exploración es grabada en vídeo. El sospechoso no está presente, ya que al parecer no fue informado. Con posterioridad se suceden otras dos entrevistas dirigidas por el jefe del servicio de psicología y se realiza una exploración física al menor. Los psicólogos emiten dictámenes en los que concluyen que el relato de los hechos efectuado por el menor es fiable y que los hechos han podido tener lugar. En los dictámenes no se mencionan los resultados de la exploración física. El psiquiatra elabora un informe en el que afirma que los hechos han provocado un desequilibrio psicológico al menor, le han generado confusión, inseguridad y ansiedad, por lo que recomienda que no vuelva a ser explorado. La investigación sigue adelante y la fiscalía acusa al sospechoso de haber cometido un delito de

¹⁶ La naturaleza renunciante del derecho del imputado y acusado a examinar un testigo de cargo es admitida por GARCÍANDÍA GONZÁLEZ (2009, p. 349).

abuso sexual y presenta, entre otros medios de prueba, la grabación de la exploración del menor. Frente a la proposición de prueba efectuada por la fiscalía, el acusado alega que no se le ha dado la oportunidad de interrogar al menor, vulnerando la normativa vigente. Pese a ello, no se opone a que la grabación sea admitida como medio de prueba. Tal decisión se basa en tres razones: la primera, en el dictamen del psiquiatra que desaconseja que el menor vuelva a ser examinado; la segunda, en que es la única prueba personal directa de los hechos y, la tercera, en que la grabación contiene ciertas absurdidades e incoherencias y, además, revela que el menor no declara de forma espontánea sino que repite frases ensayadas. El tribunal de primera instancia advierte que la ley aplicable prohíbe que sea usada como medio de prueba la grabación de la declaración de un testigo menor de 15 años si el acusado no ha tenido la oportunidad de plantearle preguntas. Sin embargo, constata que no puede subsanarse el error y que la reproducción de la grabación ha tenido lugar con el consentimiento del acusado. El tribunal de primera instancia absuelve al acusado porque ninguna de las pruebas practicadas acredita la comisión de los hechos delictivos. La sentencia absolutoria es recurrida y ante el tribunal de segunda instancia se vuelve a reproducir la grabación, pues así lo solicita el recurrido como prueba de descargo ante la admisión del interrogatorio de la madre del menor y del psiquiatra. El tribunal de segunda instancia condena al recurrido por abusos sexuales sobre la base de las declaraciones del menor, su madre y el psiquiatra. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo finlandés confirma la condena y declara que no se ha vulnerado el derecho a un proceso justo porque el condenado no solicitó en su momento una exploración adicional del menor, no alegó indefensión, consideró que el video era una prueba de descargo y pudo expresar su opinión ante los tribunales de instancia acerca de la validez probatoria del video.

En consecuencia, cabe concluir que la garantía consistente en que el acusado disponga de una oportunidad real de interrogar a los testigos de cargo pertenece a la esfera del interés público que trasciende el interés privado del acusado, esto es, no se halla subordinado a sus legítimas estrategias de defensa. Esta garantía sería, entonces, uno de los muchos elementos que contribuyen a la formación de un “orden público europeo” que emana del patrimonio común de ideales y tradiciones políticas de los Estados parte del CEDH¹⁷.

- b) Margen de apreciación de los tribunales nacionales como límite a la función de control del TEDH

Debe señalarse, no obstante, que la anterior doctrina del TEDH es sometida a crítica por sus propios jueces a través de diversas opiniones disidentes. Estimamos que ha de tenerse en cuenta el voto particular que se formula a la STEDH 24.4.2007 (JUR 2007\108858)¹⁸. Así,

¹⁷ Teniendo en cuenta que el CEDH fue elaborado para proteger los intereses esenciales de las sociedades democráticas, es a partir del mismo, de su interpretación, desarrollo y aplicación, que cabe hablar de la concepción de un “orden público europeo”. Pese a no ser un texto con supremacía formal y material, ha sido calificado de “instrumento del orden constitucional europeo” que es aplicado de conformidad con los principios y criterios propios de una interpretación constitucional, apartándose de las reglas tradicionales sobre los tratados internacionales. Véase, sobre el particular, GARCÍA ROCA (2009, pp. 37-39), QUERALT JIMÉNEZ (2009, pp. 237-241), VERDUSSEN (2005, p. 147) y LANTHIEZ (2008, pp. 153-156).

¹⁸ Los hechos delictivos que dan lugar al proceso penal ante los tribunales internos, y finalmente a la STEDH 24.4.2007 (JUR 2007\108858), presentan indicios de ser constitutivos de abusos sexuales ejercidos sobre menores. Se realizan dos exploraciones y la autoridad encargada de la investigación inadmite la petición del sospechoso, después de haber visionado la grabación de las exploraciones, y de formular nuevas preguntas a los menores de 7 y 9 años amparándose en la negativa de la madre. El encausado no vuelve a solicitar el interrogatorio de los menores en las vistas celebradas ante los tribunales de primera y segunda instancia. Ambos órganos judiciales sostienen que, si bien cabe invocar el art. 6 CEDH y alegar su vulneración, ésta no tiene la entidad suficiente para privar de validez probatoria a las exploraciones

frente a la opinión mayoritaria que declara que la reproducción de la exploración del menor ante los tribunales internos, considerada además por dichos tribunales prueba de cargo a los efectos de desvirtuar la presunción de inocencia pese a no haber podido el condenado plantear preguntas al menor, supone una grave limitación del derecho de defensa, lo que conlleva que no se haya tramitado un juicio justo, el juez disidente afirma que la vulneración es mínima y que no alcanza el grado de una violación sustantiva que exige el CEDH. Añade que el TEDH, al declarar la violación del derecho reconocido en el apartado primero, en relación con la letra d) del apartado tercero, del art. 6 CEDH, ha rebasado su función de control y se ha inmiscuido en la valoración de la prueba que corresponde en exclusiva a los tribunales internos¹⁹. A su parecer, el TEDH debe ser muy prudente cuando emite conclusiones fundadas en motivos formales, pues por su idiosincrasia no tiene un contacto directo ni con el caso ni con las personas en él involucradas. Son, por tanto, los tribunales internos los que han de ponderar los intereses en conflicto y decidir cuál de ellos es prioritario en cada supuesto. En este contexto, el juez disidente concreta su posición, de un lado, en el principio del interés superior del menor en el que se apoya la decisión de no volverlo a interrogar en la vista del juicio y, de otro, en los informes de los especialistas para quienes las declaraciones del menor son fiables. Incluye en sus argumentos la trascendente cuestión de cuál ha de ser el alcance del derecho del encausado a interrogar al testigo en la fase de investigación en comparación con el que puede ejercitar en el juicio oral, y si los quebrantamientos de las normas esenciales del procedimiento producidos en aquella fase generan, en cualquier supuesto, indefensión²⁰.

A modo de apunte final hemos de señalar que, con la intención de reforzar la efectividad del derecho del acusado a un proceso equitativo, el TEDH ha declarado injusta la condena del acusado sobre la base de los dictámenes elaborados por expertos (psiquiatras o psicólogos) cuando ni se han grabado las entrevistas con el menor, ni el acusado ha podido plantearle preguntas, ya sea durante la investigación policial, ya durante la tramitación de las distintas fases del proceso penal. Pero el TEDH no sólo tiene en cuenta en su valoración los derechos del acusado, sino que además observa que las autoridades públicas estatales, refiriéndose en particular al Ministerio Fiscal y al tribunal penal, han de tomar decisiones que faciliten el examen de la fiabilidad del testimonio, respetando al máximo la integridad psíquica y moral del testigo. Y para que las declaraciones del menor puedan considerarse

debido a su extensión, la forma en que han sido efectuadas y la posibilidad del acusado, posteriormente condenado, de poner de manifiesto durante el juicio las incoherencias, contradicciones o falta de espontaneidad que presentan las declaraciones de los menores.

¹⁹ En otras palabras, en dicho asunto el TEDH podría no haber respetado el denominado “margen de apreciación nacional”, cuyo fundamento reside en el carácter subsidiario de la jurisdicción europea, que ha de manifestarse en el alcance de su potestad revisora de las resoluciones judiciales emitidas por los tribunales de los Estados miembros del Consejo de Europa. Uno de los ámbitos en los que, en teoría, el TEDH ha de mostrar una especial contención a la hora de sustituir las apreciaciones de los tribunales nacionales es en la prueba, entendida en sentido amplio, de los hechos. Sin embargo, la sentencia comentada denota que, incluso en materia de validez y ponderación de los medios de prueba practicados, el TEDH está reduciendo el margen de actuación discrecional concedido, en abstracto, a los Estados con la posibilidad de convertirse en una cuarta instancia judicial. Confróntese GARCÍA ROCA (2009, pp. 27-32) y BACHMAIER WINTER (2011, pp. 9-12).

²⁰ Esta misma línea sigue el voto particular a la STEDH 28.9.2010 (JUR 2010\332112), en el que se critica que dicho Tribunal asuma el rol de los tribunales nacionales cuando afirma que la declaración del menor constituye bien la única, bien la decisiva prueba contra el demandante.

fiables es ineludible que el imputado tenga la oportunidad de formular preguntas adecuándose, eso sí, a las vías menos lesivas para la integridad psíquica y moral de aquél. En suma, la intervención del imputado y acusado en la exploración del menor adquiere tal relevancia en la doctrina del TEDH que, del hecho de que la acusación no haya tenido la oportunidad de explorar al menor, infiere casi de plano que se ha colocado al imputado en una posición de desventaja respecto de la parte activa, vulnerando el derecho a un juicio justo.

En este sentido se pronuncia la STEDH 19.6.2007 (JUR 2007\146805). No obstante, a esta sentencia se formulan dos votos particulares según los cuales no ha habido una vulneración del art. 6.1 en relación con lo dispuesto en la letra d) del apartado 3 del citado artículo. En esencia, basan su postura en que la víctima menor no es testigo de cargo. De manera similar a lo declarado en el voto disidente a la STEDH 24.4.2007 (JUR 2007\108858), estiman que la función del TEDH debe limitarse a examinar si el proceso considerado en su conjunto puede ser calificado de equitativo o justo, pues la admisibilidad de los medios de prueba propuestos y la valoración de su resultado son actos cuya competencia corresponde a los tribunales internos. Sobre la base de esa premisa sostienen que el TEDH no puede tomar en consideración las alegaciones del demandante alusivas a la insuficiencia probatoria y al principio *in dubio pro reo*. Pero, entrando ya en lo que en teoría constituiría la función propia del TEDH, esto es, el control formal del desarrollo de todos los actos procesales, los votos disidentes precisan que queda excluida de su ámbito de atribuciones el control de la equidad de la decisión relativa a si una menor de 4 años de edad debe ser interrogada y, en consecuencia, debe serle otorgada la condición de testigo. En el supuesto concreto, la menor sólo fue examinada por psicólogos y médicos en cuyos informes concluyeron que aquélla había sido víctima de abusos sexuales. Las exploraciones no fueron grabadas ni, en consecuencia, reproducidas ante el tribunal decisor, por lo que la menor no puede ser considerada testigo de la acusación. La condena se fundó en los dictámenes de los especialistas, no en las declaraciones de la menor. Tanto la acusación como la defensa tuvieron las mismas oportunidades de criticar las conclusiones de los informes, formular preguntas a los autores de los mismos y solicitar la emisión de un segundo dictamen. Las declaraciones de los peritos y el interrogatorio de los testigos de referencia tuvieron lugar en audiencia pública siguiendo las reglas de un debate plenamente contradictorio.

3. Unión Europea: el establecimiento de normas mínimas comunes reguladoras de la exploración de menores víctimas o testigos

3.1. Una primera aproximación: la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal

La DM 2001/220/JAI no fue elaborada desde el convencimiento pleno de que debía inspirarse en los derechos fundamentales del menor proclamados en los instrumentos internacionales referidos en el epígrafe anterior ni en la [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#), de 7 de diciembre de 2000 (en adelante, CDFUE) en cuyo art. 24.2, titulado “Derechos del niño”, se ordena a las instituciones públicas europeas que, cuando en el ejercicio de sus competencias dicten o realicen actos que repercutan en los niños, han de velar por el cumplimiento del principio del interés superior del menor. Su objetivo prioritario es otro y se centra en dictar unas normas mínimas comunes a todos los Estados miembros relativas a la asistencia y protección de la víctima en el proceso penal

con el fin de derribar los obstáculos a la libre circulación de personas en el territorio de la Unión Europea. Pese a ello, cabe identificar los preceptos de la DM 2001/220/JAI que se erigen en las claves interpretativas de la regulación de la exploración y la declaración del menor víctima en la fase preliminar del proceso penal, así como de su eficacia probatoria, prevista por los sistemas procesales penales nacionales²¹.

El art. 3.2 DM 2001/220/JAI impone límites a los interrogatorios a la víctima durante el desarrollo del proceso penal, disponiendo que los Estados miembros han de adoptar las medidas necesarias para que sus autoridades sólo la interroguen “en la medida necesaria para el proceso penal”. Esta norma, que no distingue entre clases de víctimas, adquiere una gran relevancia con respecto a las víctimas vulnerables, al poder constituir una de las bases sobre las que fundamentar el trato específico que, según el art. 2.2 DM 2001/220/JAI, debe dárseles. No obstante, este último precepto no se detiene ni tan sólo de manera ejemplificativa a exponer qué debe entenderse por víctima vulnerable ni en qué ha de consistir el régimen particular. Tampoco son abordados estos extremos por el art. 8 DM 2001/220/JAI, lo que resulta más sorprendente, al ser un precepto no ya general, como los arts. 2 y 3, sino especial, destinado a regular la protección de la seguridad e intimidad de la víctima. En su apartado 4º, el art. 8 se limita a poner de manifiesto que declarar en audiencia pública es una actividad de la que se derivan, ineludiblemente, consecuencias susceptibles de poner en peligro bienes jurídicos de la víctima que han de ser protegidos. De ahí que los Estados miembros deban dictar normas que permitan que la víctima declare a través de cualquier medio adecuado compatible con los principios fundamentales de su derecho y, a la vez, garanticen el cumplimiento de todos aquellos requisitos que logren equiparar la declaración en audiencia pública y la declaración según formas distintas. En cualquier caso, es razonable entender que subyace al tenor literal del art. 8.4 DM la exigencia de que el tribunal nacional pondere tanto los derechos del imputado y acusado, cuanto los de la víctima, y emita una resolución basada en un juicio de proporcionalidad²².

La protección que el art. 8.4 MD 2001/220/JAI quiere dispensar a las víctimas vulnerables parece que queda restringida al acto de celebración de la audiencia pública, sin que se plantee la posibilidad, o si lo hace es de forma muy residual, de que la protección consista en evitar que aquéllas declaren con anterioridad a ese acto, otorgando a sus declaraciones la validez suficiente para que puedan ser consideradas prueba de cargo. Por esta razón, no hay duda de que el anterior precepto justifica la adopción de medidas tendentes a la exclusión de la publicidad de las audiencias, a evitar en el juicio la confrontación visual directa de la víctima con el presunto agresor y a hacer posible que la víctima declare en el

²¹ Compárese DE HOYOS SANCHO (2012, pp. 409-411) y GAMBERINI (2008, pp. 159-178).

²² La iniciativa de la República portuguesa con vistas a la adopción de una Decisión marco relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, publicada en el DOUE, C 243, 24.8.2000, era más explícita tanto en lo que se refiere a lo que debía entenderse por víctimas vulnerables, cuanto a las medidas apropiadas para protegerlas de las consecuencias negativas derivadas de ser interrogadas en audiencia pública. En su art. 2.2 se referían los factores (edad y sexo, entre otras circunstancias) que podían provocar una mayor vulnerabilidad de las víctimas. Y en su art. 8.4 se recogían ejemplos concretos de actos sustitutivos de la declaración de las víctimas en audiencia pública: declaración en privado, mediante videoconferencia y grabación en video u otro medio adecuado. La sustitución de la declaración en audiencia pública no debía acarrear el menoscabo de los derechos reconocidos al imputado y acusado en el art. 6 CEDH.

juicio pero sin estar físicamente presente en la sala de vistas, utilizando para ello diversos medios técnicos y audiovisuales. Sin embargo, debe forzarse la interpretación del mencionado artículo si se pretende que ampare la regla consistente en que las víctimas especialmente vulnerables no deban declarar en la fase de juicio por el peligro de que padezcan una victimización secundaria, alcanzando valor probatorio los resultados de la exploración practicada en la fase preliminar. Tal obstáculo no ha impedido que nuestra doctrina y jurisprudencia ofrezcan sólidos argumentos a favor de ampliar, en el sentido expuesto, las consecuencias jurídicas previstas por los preceptos de la DM 2001/220/JAI²³.

En cambio, ni el legislador español ni el europeo, aun cuando como veremos la reciente Directiva 2012/29/UE, que sustituye la DM 2001/220/JAI, imprime una nueva orientación, han seguido el camino marcado por la doctrina y la jurisprudencia por lo que la que podría denominarse prueba testifical anticipada del menor de edad no cuenta, todavía, con respaldo legal²⁴.

Pero no todos los legisladores se han mostrado tan poco receptivos a las aportaciones de la doctrina y a las decisiones de los tribunales. Una notable excepción está representada por el legislador catalán. La [Ley 14/2010, de 27 de mayo, referente a los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia](#) destina el art. 87 a la protección de los menores ante la victimización secundaria, disponiendo en sus apartados 3º y 4º lo siguiente: “La Administración de la Generalitat de Catalunya ha de poner los medios necesarios para que las declaraciones de los niños o adolescentes, víctimas de malos tratos físicos, psíquicos o sexuales prestadas en un procedimiento penal se lleven a cabo evitando la confrontación visual con la persona imputada y con la intervención del personal técnico que será quien transmita las preguntas formuladas, asegurando la práctica de prueba anticipada establecida por la Ley de Enjuiciamiento criminal y la recogida de esta prueba a través de medios que permitan la reproducción audiovisual posterior. En el período de investigación o instrucción de un caso, se ha de procurar que no se realicen dobles exploraciones y que no se repitan las recogidas de muestras debiéndose coordinar las actuaciones clínicas y las forenses”.

²³ Véanse, entre otros, TOMÉ GARCÍA (2006, pp. 284-286), VIDAL FERNÁNDEZ (2008, pp. 217-223), OROMÍ VALL-LLOBERA (2007, pp. 148-149), ORMAZÁBAL SÁNCHEZ (2010, pp. 139-144) y PÉREZ MORALES (2010, pp. 187-192). Con respecto a la jurisprudencia, véanse las SSTs, 2ª, 10.3.2009 (RJ 2009\3284), 27.5.2010 (RJ 2010\6159), 17.6.2010 (RJ 2010\6674). Asimismo, las SSAAPP Navarra 1.4.2008 (ARP 2008\421), Barcelona 14.1.2009 (ARP 2009\598), Barcelona 6.7.2009 (ARP 2009\1056) y Murcia 20.7.2009 (ARP 2009\1060).

²⁴ La situación de inseguridad jurídica que provoca la DM 2001/220/JAI por la excesiva imprecisión de sus preceptos no ha tenido una repercusión significativa en nuestro sistema procesal penal porque ya era conocida y padecida. Y es que a pesar de que la doctrina ha reclamado, con fundamentos, la configuración legal de la prueba testifical anticipada del menor de edad, ésta no ha sido todavía objeto de regulación por el legislador español. Es ilustrativo al respecto CHOZAS ALONSO (2010, pp. 380-384), TAMARIT SUMALLA/VILLACAMPA ESTIARTE (2002, pp. 143-146), MIRANDA ESTRAMPES (2009, pp. 461-462) y NAVARRO VILLANUEVA (2009, pp. 103-104). Como también pone de manifiesto CUBILLO LÓPEZ (2010, pp. 180-185), ni el tenor de los arts. 448 y 777.2 LECrim, ni una interpretación extensiva de los mismos, permite la anticipación probatoria del testimonio del menor, garantizándole de este modo un nivel adecuado de protección frente a la victimización secundaria. Sólo en supuestos muy concretos, y concurriendo determinados requisitos, la jurisprudencia ha admitido que la exploración del menor en fase de instrucción tenga validez probatoria.

3.2. Evaluación de la Decisión marco 2001/220/JAI en términos del logro de sus objetivos

- a) Informes de la Comisión: fracaso al no lograr una mínima aproximación legislativa

Salvo error u omisión nuestros, la Comisión ha hecho públicos dos informes para evaluar el grado en que los Estados miembros han adoptado las normas adecuadas con el fin de ajustarse a las prescripciones de la DM 2001/220/JAI. Se trata de los documentos [COM \(2004\) 54 final](#), de 3 de febrero, y [COM \(2009\) 166 final](#), de 20 de abril, que responden al mandato del art. 18 DM 2001/220/JAI. Ambos informes coinciden en destacar que los resultados de la evaluación llevada a cabo son negativos. Desde una perspectiva general, la Comisión afirma que ningún Estado miembro ha incorporado el conjunto de las obligaciones que derivan de la DM 2001/220/JAI, ni ha dictado una única norma que sancione un estatuto general y sistemático de la víctima en el proceso penal. A lo anterior agrega que las transposiciones a los ordenamientos jurídicos nacionales se han producido, en buena parte, a través de mecanismos que no tienen carácter vinculante (por ejemplo, guías, cartas y recomendaciones), por lo que las evaluaciones reflejan, esencialmente, la práctica existente en los Estados miembros antes de la adopción de la DM 2001/220/JAI.

Pasando ya a la valoración de los preceptos concretos que son relevantes para el presente estudio, por lo que se refiere al “trato específico” que debe dispensarse a las víctimas especialmente vulnerables (art. 2.2), en los informes se recoge que, aun cuando los medios concretos elegidos por los Estados miembros difieren, hay una coincidencia importante en prever la grabación sonora o audiovisual de la declaración de la víctima, singularmente, si se estima que no estará en condiciones de soportar una audiencia pública y su contribución es imprescindible para la determinación de la verdad. Las diferencias surgen respecto al tipo de víctima al que han de aplicarse tales medidas. La causa de las mismas se atribuye al hecho de que la propia DM 2001/220/JAI no ofrece definición alguna de víctima “vulnerable” o “especialmente vulnerable”²⁵. En cuanto a lo dispuesto en el art. 3.2, se proporcionan escasos datos que explican cómo los Estados miembros han afrontado la exigencia de que sólo debe interrogarse a la víctima “en la medida necesaria para el proceso penal”²⁶. Y, por último, la protección a las víctimas, sobre todo a las más vulnerables de los perjuicios derivados de “prestar declaración en audiencia pública” (art. 8.4), se pretende alcanzar adaptando la forma de declarar a sus circunstancias personales y sociales. Tal acomodo se restringe a contemplar la posibilidad de que la víctima preste declaración mediante conexión audiovisual y la celebración del juicio a puerta cerrada. Sin embargo, no se realiza ninguna alusión a la posibilidad de otorgar valor probatorio a la exploración de la víctima efectuada en la fase preliminar o instructora.

²⁵ Algunos Estados miembros delimitan la “vulnerabilidad” en función de la fragilidad física o mental de la víctima (menores y discapacitados); para otros, ese concepto halla su sentido cuando se cometen ciertos delitos (violencia familiar, terrorismo, delitos contra la libertad e indemnidad sexual y trata de seres humanos), y otro grupo de Estados miembros parten de la base de que la “vulnerabilidad” puede predicarse de todo tipo de personas y situaciones.

²⁶ Así, por ejemplo, en el Informe [COM \(2009\) 166 final](#) figura que en Italia se limita el interrogatorio a los hechos relevantes para poder formular acusación; Hungría establece que el testigo podrá efectuar una declaración por escrito que servirá de prueba y, en la República Checa, la víctima no puede ser obligada a asistir a las fases siguientes del proceso si no es necesario.

En ambos documentos se advierte que una de las posibles razones del fracaso es la falta de concreción de muchas de las normas de la DM 2001/220/JAI, lo que ha supuesto que los Estados miembros hayan operado con un gran margen de maniobra o de apreciación respecto de los medios concretos que han de implementar con el fin de lograr los objetivos impuestos. La consecuencia no es otra que una excesiva disparidad de legislaciones domésticas que constituyen un escollo importante para garantizar a las víctimas un nivel de protección elevado y comparable en toda la UE, con independencia del Estado miembro en el que hayan sufrido el delito o en el que residan.

- b) Jurisprudencia del TJUE: discrepancias en el reconocimiento de derechos procesales al menor víctima

Otro elemento para el análisis de la efectividad de la DM 2001/220/JAI es la jurisprudencia del TJUE. La promulgación de la CDFUE y la entrada en vigor del [Tratado de Lisboa](#) sitúan al TJUE en el primer plano de la salvaguarda de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico europeo. Es ya un hecho del pasado, pero que no debe olvidarse, la posición del TJUE contraria a que una eventual lesión de derechos fundamentales fuera causa de nulidad de una norma o acto de derecho comunitario²⁷. En la actualidad, el cometido del TJUE no puede limitarse, a nuestro entender, a controlar la adecuación de la normativa interna al contenido y la finalidad de una decisión marco o una directiva, es decir, a examinar el grado de cumplimiento del principio de cooperación leal por parte de los Estados miembros, sino que ha de extenderse al examen de la compatibilidad de aquella normativa y de los instrumentos jurídicos emanados de las instituciones europeas con los derechos fundamentales. Como veremos, ello obliga al TJUE a ejercer sus competencias desde una perspectiva nueva que le llevará a mudar el centro de su atención.

Así se desprende, por ejemplo, de la STJUE 1.3.2011 (TJCE 2011\31) en la que, resolviendo una cuestión prejudicial planteada por la *Cour Constitutionnelle* belga, declara la invalidez del apartado 2º del art. 5 de la [Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, relativa al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro](#), por ser incompatible con los arts. 21 y 23 CDFUE.

Respondiendo a diversas cuestiones prejudiciales, el TJUE ha dictado varias resoluciones en las que establece importantes pautas que indican a los tribunales de los Estados miembros, así como a sus Parlamentos y Gobiernos, cómo deben interpretar y aplicar los preceptos de la DM 2001/220/JAI. El análisis de las mismas sirve para completar la visión que ofrecen los informes referidos en el epígrafe anterior, sobre todo en lo que se refiere a la materia del presente trabajo pues, aunque no se afronte el tema en toda su complejidad, se han dictado dos sentencias que se pronuncian acerca de la necesidad e idoneidad de la exploración de menores víctimas en una fase previa a la de juicio oral, así como la forma en

²⁷ Véase BUSTOS GIBBERT (2009, pp. 153-156).

la que se ha de llevar a cabo²⁸.

En primer lugar, nos hemos de referir a una sentencia muy conocida y estudiada: la STJUE 16.6.2005 (TJCE 2005\184). Aun admitiendo que, en gran parte, la relevancia de la misma debe circunscribirse al caso concreto y al sistema procesal penal italiano, hay que tener en cuenta que los fundamentos del fallo pueden hacerse extensivos a la mayoría de los ordenamientos procesales penales europeos. Y ello porque tanto la regla general que formula respecto del valor probatorio de las declaraciones efectuadas por menores en la fase de instrucción del proceso penal, cuanto la excepción a la misma, son temas regulados con frecuencia por esos ordenamientos. La primera dispone que la declaración “prestada durante la instrucción debe generalmente reiterarse en la audiencia pública para adquirir el valor de prueba en toda su extensión” (apartado 55). En lo tocante a la excepción, se concreta en que el tribunal nacional ha de tener “la posibilidad de utilizar, para las víctimas especialmente vulnerables, un procedimiento especial, como el incidente de práctica anticipada de la prueba previsto en el Derecho de un Estado miembro y las formas particulares de declaración asimismo previstas, cuando dicho procedimiento responda mejor a la situación de tales víctimas y se imponga para evitar la pérdida de elementos de prueba, reducir al mínimo los interrogatorios y evitar las consecuencias perjudiciales, para las referidas víctimas, de prestar declaración en audiencia pública” (apartado 56).

Pues bien, teniendo en cuenta que, según se afirma en el apartado 53 de la sentencia, los niños de corta edad han de considerarse víctimas “especialmente vulnerables”, el fallo de la misma concluye que los arts. 2, 3 y 8.4 DM 2001/220/JAI deben interpretarse en el sentido de que el órgano judicial debe poder autorizar que aquéllos presten declaración a través de formas especiales que les aseguren un nivel adecuado de protección, con independencia del tipo de delito que se haya cometido. Una de las consecuencias jurídicas derivadas de tal decisión ha sido que los trámites exclusivamente previstos, en el tiempo en que fue interpuesta y decidida la cuestión prejudicial, para explorar a menores víctimas de delitos contra la libertad sexual, deban ser aplicados también en los procesos penales seguidos para la investigación y el enjuiciamiento de hechos delictivos que lesionen otros bienes jurídicos de los menores²⁹.

Los trámites a los que se refiere la STJUE 16.6.2005 (TJCE 2005\184) constituyen un incidente probatorio que se celebra antes de la fase de juicio oral. Se halla regulado en los arts. 392 a 404 del Código de procedimiento penal italiano. Al tratarse de una excepción a la norma general, consistente en que toda declaración prestada en la fase de instrucción debe reiterarse en la de juicio oral para adquirir valor probatorio, el citado incidente sólo procede en los supuestos

²⁸ Las sentencias que el TJUE ha dictado interpretando diversas normas de la DM 2001/220/JAI han sido analizadas y comentadas, entre otros, por VIDAL FERNÁNDEZ (2008, pp. 214-217), ARANGÜENA FANEGO (2011, pp. 139-142) y DE HOYOS SANCHO (2012, pp. 414-415).

²⁹ El legislador italiano llevó a cabo una reforma legislativa para cumplir los criterios fijados por STJUE 16.6.2005 (TJCE 2005\184). Con este fin, el *Decreto-Legge* 11/2009, de 23 de febrero, convalidado por la *Legge* 28/2009, de 23 de abril, no sólo modifica el *Codice Penale*, sino que también reforma varios preceptos del *Codice di Procedura Penale*, entre ellos los arts. 392.1 bis y 398.5 bis, ampliando el ámbito de aplicación material del incidente probatorio, de suerte que éste puede tramitarse cuando el menor, sea o no víctima, testifique en procesos penales incoados por hechos constitutivos no sólo de delitos contra la libertad sexual, sino también de maltrato, amenazas, trata y actos persecutorios.

expresamente establecidos en la ley. Uno de estos supuestos es la necesidad de protección específica que presentan los testigos menores de edad, sean o no víctimas³⁰. El carácter eminentemente tuitivo que en dichos casos adquiere el incidente conlleva que las particularidades del mismo no se circunscriban al momento procesal en que se desarrolla, sino que se extiendan al lugar en el que puede tomarse declaración al menor (fuera de la sede del tribunal) y a las formalidades que se adoptan (documentación de las declaraciones utilizando medios de reproducción fonográfica o audiovisual). En cuanto a los sujetos que pueden instar la sustanciación del incidente, debe tenerse en cuenta que la iniciativa corresponde al Ministerio Público y al imputado. La víctima, en cambio, no tiene reconocida la facultad de dirigirse directamente al órgano judicial competente (*Giudice delle indagini preliminari* o *Giudice dell'udienza preliminare*). Ha de presentar la solicitud de práctica del incidente probatorio al Ministerio Público para que éste, si lo estima pertinente, inste su tramitación al órgano judicial. La petición de la víctima no vincula al Ministerio Público, lo que no es óbice para que éste deba motivar el sentido de su decisión. No obstante, la motivación no tiene ninguna trascendencia para los derechos procesales de la víctima en concreto, ya que la decisión del Ministerio Público es irrecurrible. Finalmente, hay que recordar que el sistema procesal penal italiano, al ser esencialmente acusatorio, no otorga al órgano judicial el poder de incoar de oficio el incidente probatorio³¹.

La STJUE 16.6.2005 (TJCE 2005\184) no ha sido la única resolución que ha examinado la compatibilidad de la regulación del incidente de anticipación de la práctica de la prueba por el Código de procedimiento penal italiano con los arts. 2, 3 y 8.4 DM 2001/220/JAI. A la anterior se ha sumado la STJUE 21.12.2011 (TJCE 2011\427), que resuelve dos cuestiones prejudiciales planteadas también por un juez de instrucción (*Giudice delle indagini preliminari*). Esta vez, el órgano judicial nacional pregunta al TJUE si la regulación del incidente probatorio, en particular por los arts. 392.1 bis, 394 y 398.5 bis del Código de procedimiento penal, se opone a los arts. 2, 3 y 8.4 DM 2001/220/JAI por los motivos siguientes: primero, por no imponer al Ministerio Público la obligación de estimar la petición de la víctima menor de edad de incoar el citado incidente y, segundo, por no facultar a la víctima para interponer recurso ante el juez competente contra la decisión del Ministerio Público que desestima su solicitud de ser interrogada a través de ese incidente. No hay duda de que son dos aspectos de la regulación que pueden hacer ilusorias las expectativas de la víctima de ser explorada o interrogada en la fase preliminar del proceso penal y de que no deban repetirse tales exploraciones o interrogatorios al habersele atribuido valor probatorio³².

³⁰ Partiendo de una realidad social innegable que muestra que las personas ancianas constituyen un colectivo muy propenso a padecer determinadas circunstancias y conductas que lesionan su dignidad e integridad psíquica y física, el art. 392.1 bis del Código de procedimiento penal italiano las incluye en la categoría de víctimas vulnerables y les concede una protección, frente a la victimización secundaria y la revictimización, muy similar a la que otorga a los menores. Nuestra doctrina procesal también entiende que el régimen jurídico procesal de índole protector aplicable a los menores es extrapolable a los ancianos; en concreto, lo fundamenta con rigor DE HOYOS SANCHO (2010, pp. 251 y ss.).

³¹ El incidente probatorio regulado en el Código de procedimiento penal italiano es analizado con rigor por FLORES PRADA (2011). Sobre los caracteres propios del sistema acusatorio italiano, véase ILLUMINATI (2008, pp. 152 y ss.) y CHIAVARIO (2008, pp. 361 y ss.).

³² Según la propia doctrina italiana, la regulación del incidente probatorio muestra que el legislador italiano sigue orientaciones que se contradicen entre sí pues, de un lado, dicta normas que se asientan en la idea de conceder a la víctima autonomía en el ejercicio de facultades procesales y, de otro, normas que otorgan al Ministerio Público un poder de decisión absoluto sobre los intereses de la víctima. En este sentido, LUPÀRIA/BELLUTA (2010, pp. 372-378). Los autores critican, en especial, que se considere a la víctima una mera fuente de prueba, olvidando que, en rigor, es una de las protagonistas del proceso penal.

Al igual que en el caso de la STJUE 16.6.2005 (TJCE 2005\184), la petición de decisión prejudicial conduce, en primer término, a que el TJUE interprete los arts. 2, 3 y 8.4 DM 2001/220/JAI. Y como en aquella resolución, una de las conclusiones más relevantes que extrae es que, si bien los citados preceptos enuncian objetivos precisos, no prevén en cambio concretas medidas de ejecución cuya idoneidad permita pronosticar que aquéllos van a ser alcanzados. Así, recuerda que los citados preceptos tienen como objetivo que la víctima sea tratada con el debido respeto a su dignidad personal, se le proporcione la posibilidad de ser oída durante el procedimiento y de facilitar elementos de prueba, sólo sea interrogada en la medida necesaria para el proceso penal y, finalmente, que a la víctima considerada especialmente vulnerable se le asegure un trato específico que la proteja, en especial, de las consecuencias negativas de declarar en audiencia pública. Y, en cuanto a la cuestión de las medidas apropiadas, el TJUE deja muy claro que los Estados miembros tienen un amplio margen de discrecionalidad para ordenar aquéllas que eviten la pérdida de fuentes de prueba, reduzcan al mínimo la repetición de los interrogatorios y soslayen las consecuencias perjudiciales que para las víctimas se derivan de su intervención en el proceso (apartados 27 y 28).

Sentado lo anterior, el TJUE admite que el incidente de prueba anticipada constituye una medida de carácter procesal que tiene en cuenta la vulnerabilidad de la víctima y se ajusta a sus circunstancias. Pero tal constatación no es un óbice para que sostenga que la DM 2001/220/JAI no reconoce a las víctimas especialmente vulnerables el derecho “de disfrutar, en cualquier caso, de un régimen como el del incidente probatorio durante la fase de instrucción” (apartado 34). Es, meramente, una vía procesal más entre las especiales que pretenden soslayar la victimización secundaria (por ejemplo, celebración de las vistas a puerta cerrada o incluso el interrogatorio del menor adecuándose a los requisitos de lugar y forma previstos para el incidente de anticipación probatoria pero produciéndose en la fase de juicio), cuyo diseño y aplicación corresponde a los Estados miembros en virtud del margen de apreciación discrecional que le otorgaba el art. 34 TUE en la redacción anterior al Tratado de Lisboa³³.

El mencionado margen de apreciación nacional halla su fundamento en el respeto a la soberanía y a los principios fundamentales rectores de los ordenamientos jurídicos de cada uno de los Estados miembros de la UE. En el caso del derecho procesal penal italiano, al recaer en el Ministerio Público la responsabilidad del ejercicio de la acción penal, ha de estimarse correcto que sea dicho órgano público quien ostente el poder de decidir sobre si procede trasladar la petición de la víctima referente a la celebración del incidente de prueba anticipada al órgano judicial competente (apartado 37). Por la misma razón, el TJUE afirma que es compatible con la DM 2001/220/JAI el que la decisión del Ministerio Público sobre la procedencia de tramitar el incidente probatorio no pueda ser revisada por un órgano judicial, ya que se trata de la realización de un acto comprendido en su exclusivo ámbito de competencias.

³³ A dicho margen se refiere el Abogado General Sr. P. CRUZ VILLALÓN en los apartados 42 y 45 de sus conclusiones en la STJUE 21.12.2011 (TJCE 2011\427).

Ya hemos señalado que la doctrina del margen de apreciación nacional ha sido comúnmente utilizada por el TEDH para enjuiciar posibles lesiones de derechos fundamentales consagrados en el CEDH y sus Protocolos adicionales. Uno de los fundamentos de tal doctrina en el sistema de protección de los derechos fundamentales del CEDH es la subsidiariedad que se plasma en el procedimiento de intervención del TEDH que, no obstante, no puede extrapolarse sin matizaciones a la jurisprudencia del TJUE. Y ello, esencialmente, por dos razones: la primera, porque su actividad no está condicionada a la previa interposición de los recursos y vías de impugnación previstos por los ordenamientos internos; y, la segunda, porque el elenco de derechos fundamentales que el TJUE ha de aplicar no tienen carácter complementario de los catálogos nacionales, sino que es el que con rango principal informa la actividad de las instituciones europeas y la actividad estatal que aplica o deroga el derecho de la UE. Sin embargo, el TJUE aplica la doctrina del margen de apreciación nacional cuando supervisa las mencionadas actividades, por ejemplo, cuando decide las cuestiones prejudiciales que le son planteadas por los órganos judiciales de los Estados miembros. Al hacerlo, se sitúa en una posición similar a la adoptada por el TEDH consistente en trasladar a las autoridades nacionales la responsabilidad de verificar la adecuación de una medida nacional al derecho de la UE. Justificaciones no le faltan. Así, se alude a la indiscutible diversidad cultural y de tradiciones jurídicas reinante en Europa y a un factor de índole procesal propio de la tramitación de las cuestiones prejudiciales que estriba en que el TJUE deba pronunciarse sobre la existencia de una violación de los derechos fundamentales con anterioridad a que se agoten las vías de impugnación internas y, en consecuencia, previamente a que el tribunal nacional haya emitido su juicio. Esta manera de enfocar su cometido, que en el contexto de los derechos fundamentales ante la Administración de justicia se puede traducir en una devolución al tribunal que ha planteado la cuestión prejudicial con el apercibimiento de que se asegure que el proceso penal en su conjunto no sea injusto, puede desembocar en que el TJUE asuma como normal el uso forense de eludir el enjuiciamiento de supuestas restricciones a los derechos fundamentales³⁴.

Asimismo, en apoyo de su posición, el TJUE efectúa una breve mención a la CDFUE pero no se adentra en el sistema de protección de los derechos fundamentales instaurado por el Tratado de Lisboa y la CDFUE (apartado 43). No es empero una cuestión que deba ser abordada de pasada sin detenerse en ella. Estimamos, por el contrario, que deben traerse a colación muchos extremos, comenzando por el art. 6 TUE, en el que se dispone que la CDFUE tendrá el mismo valor jurídico que los tratados. Por tanto, los preceptos contenidos en ella son derecho originario y tienen fuerza legal vinculante. De ahí que los Estados miembros deban respetar los derechos proclamados en la CDFUE cuando apliquen normas de la UE (art. 51.1 CDFUE)³⁵. En el marco de este estudio importan sobremanera los derechos que el art. 24 CDFUE reconoce a los niños en sus apartados primero y segundo: “1. Los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta para los asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez. 2. En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial”. Según las Explicaciones sobre la CDFUE, estos derechos están basados en los arts. 3, 9, 12 y 13 de la Convención sobre los Derechos

³⁴ Véase DÍAZ CREGO (2009, pp. 67-76).

³⁵ Sobre la función que ha de desempeñar la CDFUE en la salvaguarda de los derechos fundamentales, véase, entre otros, CALDERÓN CUADRADO (2008, pp. 86-98).

del Niño³⁶.

Conjugando lo previsto en el art. 24 CDFUE, los arts. 2.2, 3 y 8.4 DM 2001/220/JAI, y los pronunciamientos de las SSTJUE 16.6.2005 (TJCE 2005\184) y 21.12.2011 (TJCE 2011\427), es razonable sostener que los menores víctimas y testigos de delitos son titulares de los derechos siguientes: (i) a ser oídos, (ii) a suministrar elementos de prueba, esto es, a testificar; (iii) a ser interrogados el menor número de veces posible, y (iv) a la preservación de su integridad psíquica y moral. Todo ello conduce a que el procedimiento adecuado para practicar la exploración de dichos menores sea el incidente de prueba anticipado, sobre todo en aquellos sistemas procesales en los que está regulado. Se trata, en definitiva, de un incidente que consigue establecer un equilibrio entre el interés privado, que se expresa en los anteriores derechos del menor, y el interés público que busca el éxito del proceso penal, evitando la pérdida de elementos de prueba.

En las conclusiones de la STJUE 21.12.2011 (TJCE 2011\427), el Abogado General no concede, a nuestro juicio, la importancia debida a los derechos fundamentales del menor. Éstos no se salvaguardan imponiendo a los Estados miembros la obligación genérica “de establecer medidas específicas que den respuesta a las necesidades particulares de las víctimas menores de edad en los procesos judiciales” (apartado 49). Si la protección de la víctima es prioritaria y, en consecuencia, el acierto en la ordenación procesal de la exploración del menor se erige en la única garantía de la efectividad de sus derechos, debe reducirse el margen de discrecionalidad que cabe atribuir a los Estados miembros a la hora de regularla. Y en el caso concreto que da lugar a la citada STJUE 21.12.2011 (TJCE 2011\427), el incidente de anticipación probatorio debería ser el cauce normal de explorar a un menor en la fase preliminar del proceso penal. A nuestro juicio, en contra del parecer del Abogado General, reconocerle el derecho a la tramitación de ese cauce procesal no supondría otorgar a la víctima una posición equivalente a la del Ministerio Público ni tampoco la condición de parte del proceso penal. La víctima menor de edad es un ser humano dotado de dignidad y, en consecuencia, sujeto titular de derechos. Desde esta perspectiva ha de enfocarse el estudio de un estatuto jurídico de la víctima en el proceso penal. Si se realiza desde la óptica de que cualquier reconocimiento de derechos a la víctima implica la ruptura del equilibrio del proceso penal, construido sobre la base del enfrentamiento entre el Estado y el imputado, es lógico que se lleguen a realizar afirmaciones capaces de producir efectos negativos sobre la víctima al reducirla a “objeto de protección”, pero no considerarla “titular de los poderes destinados a su protección” (apartado 53). Es una línea de argumentación poco consistente que produce resultados incorrectos. Así se comprueba en los apartados 62 y 63 de las conclusiones citadas, pues subordinan el carácter imperativo del incidente probatorio al momento procesal en el que la víctima solicite su tramitación. De modo que admite que, en el supuesto de que se tuviera la certeza de que el juicio oral podría celebrarse, al haber requerido el *Giudice delle indagini preliminari* al Ministerio Público que formule imputación, la apertura del incidente probatorio debería ser obligatoria por efecto de la DM 2001/220/JAI.

A nuestro entender, es conveniente puntualizar que reconocer derechos a la víctima menor de edad en el proceso penal no tiene como principal objetivo darle facilidades para que testifique teniendo como efecto situar al imputado o acusado en una situación de desventaja al convertirla en un órgano público de acusación suplementario debilitando,

³⁶.- Las [Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales](#) han sido publicadas en el DOUE, núm. C 303, de 14.12.2007.

irremediamente, la garantía del proceso justo y la presunción de inocencia³⁷. Ese reconocimiento es una exigencia derivada de los derechos fundamentales del menor a la dignidad y a la integridad física y psíquica.

- c) Perspectivas de reforma de la Decisión marco 2001/220/JAI: definición de víctima vulnerable y delimitación de su protección en el proceso penal

Como es sabido, el [Programa de Estocolmo](#) es el documento en el que el Consejo Europeo define, de conformidad con el art. 68 TFUE, las prioridades y orientaciones estratégicas de la programación legislativa y operativa en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia para el período 2010-2014. Una de sus prioridades consiste en promover los derechos y las libertades fundamentales de los ciudadanos, centrando parte de su atención en las víctimas de delitos. Éstas no constituyen un colectivo homogéneo, por lo que admite la existencia de distintos grupos de víctimas, mencionando de forma expresa las víctimas vulnerables. En esta categoría incluye a las víctimas sujetas a una violencia repetida en las relaciones personales, las que padecen violencia de género, así como las residentes en un Estado miembro distinto de aquél en que se haya cometido la infracción penal.

Pero no basta con identificar una situación de vulnerabilidad sino que, una vez realizada tal actuación, hay que prever medidas especiales de apoyo y protección. Todas ellas han de formar parte de un sistema con el fin de evitar en lo posible la proliferación y dispersión de normas y acciones. Es muy sencillo caer en el error de dejarse llevar por la casuística como resultado de pretender, sin duda con buena intención, regular la infinidad de particularidades que pueden presentar las víctimas y las situaciones de hecho en las que se ven involucradas. Por esta razón, la idea del Consejo Europeo es que se lleve a cabo un tratamiento integrado y coordinado. De modo que insta a la Comisión y a los Estados miembros a que estudien la posibilidad de elaborar “un único instrumento jurídico global sobre la protección de las víctimas” al que se incorporen las normas de la [Directiva 2004/80/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre indemnización a las víctimas de delitos](#), y las de la DM 2001/220/JAI, adecuándose a las pautas señaladas en los Informes COM (2004) 54 final y COM (2009) 166 final ya analizados³⁸.

Sin embargo, no va a ser tarea fácil conseguir esa meta. Uno de los obstáculos surge del propio Programa de Estocolmo, donde se relacionan las acciones futuras que han de acometerse, siendo un tema de capital importancia saber coordinarlas. Junto al “fomento de la ciudadanía y los derechos fundamentales”, prioridad en la que inserta la profundización en los derechos fundamentales y las garantías procesales de las víctimas de delitos, se invoca otra titulada una “Europa que protege”, que aspira a fortalecer la cooperación policial y judicial en materia penal con el fin de hacer frente, por ejemplo, a las formas graves de delincuencia. Entre éstas alude, expresamente, a la trata de seres humanos y a la explotación sexual de menores. Pues bien, respecto de estas conductas

³⁷ Muy crítico con el reconocimiento de derechos procesales a las víctimas vulnerables en el proceso penal es SCHÜNEMANN (2009, pp. 387-396).

³⁸ [Programa de Estocolmo - “Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano”](#) (DOUE núm. C 115, de 4.5.2012).

delictivas, el Consejo Europeo pide a la Comisión que adopte una nueva legislación que no sólo sea efectiva en la lucha contra las mismas, sino que además proteja y asista a las víctimas³⁹. El aspecto positivo de esa forma de concebir el abordaje de la criminalidad radica en la convicción de que es imprescindible proceder a una aproximación europea no sólo del Derecho penal, sino también del Derecho procesal. En contrapartida, la desventaja es que se aleja en el horizonte la formulación de un estatuto jurídico de la víctima, pues lo que existe en la actualidad es una multiplicidad de normas aplicables, siendo complejo distinguir la que ostenta carácter especial respecto de la general.

- El precedente constituido por las Directivas 2011/36/UE y 2011/92/UE

Debemos referirnos al fenómeno producido a raíz de la aprobación de dos Directivas: la [Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas](#) y por la que se sustituye la [Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo](#) (en adelante, [Directiva 2011/36/UE](#); y la [Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo](#).

Los campos de aplicación de ambas Directivas son más extensos que los que pretendían alcanzar las Decisiones marco derogadas. No se limitan a la definición de los elementos constitutivos de Derecho penal que han de ser comunes en las legislaciones de todos los Estados miembros o a la indicación de que las sanciones han de ser efectivas, proporcionadas y disuasorias, sino que se extienden a la armonización de los derechos procesales de las víctimas. Como ha puesto de relieve la doctrina penalista, ello obedece a un cambio de perspectiva que experimentan las instituciones de la UE al reparar en que ciertos delitos son profundamente victimizadores, por lo que se deciden a atribuir a las víctimas la titularidad de un elenco de derechos que les ha de permitir superar la situación en que se hallan⁴⁰.

En el referido elenco cabe distinguir unos derechos cuyo ejercicio procede antes del inicio de las investigaciones y procesos penales (derecho a la asistencia y apoyo) y otros cuya razón de ser no es otra que la incoación de esas actuaciones. Nos centraremos en estos últimos, no sin antes destacar que en ningún caso impiden el ejercicio de los derechos reconocidos en la DM 2001/220/JAI, sino que se añaden a los mismos⁴¹.

Durante el curso de las investigaciones y del proceso penal, las víctimas de la trata han de ser protegidas frente a nuevas situaciones traumáticas que nacen de su condición de

³⁹ Mandato al que se ajusta la Comisión según consta en el [Plan de acción por el que se aplica el Programa de Estocolmo](#) [COM (2010) 171 final].

⁴⁰ Sobre la Directiva 2011/36/UE, véanse los completos e interesantes trabajos de VILLACAMPA ESTIARTE (2011a, 2011b).

⁴¹ Así, en el art. 12.1 Directiva 2011/36/UE se prevé: “Las medidas de protección mencionadas en el presente artículo se aplicarán además de los derechos establecidos en la Decisión marco 2001/220/JAI”.

testigos de los hechos aparentemente delictivos que son objeto de investigación y enjuiciamiento. La Directiva 2011/36/UE identifica dichas situaciones en el art. 12.4: (i) repetir innecesariamente interrogatorios durante la investigación o el juicio; (ii) mantener el contacto visual directo entre víctimas e imputados; (iii) testificar en audiencia pública, y (iv) plantear a la víctima preguntas sobre su vida cuando no sea absolutamente necesario. No hay duda de que las reacciones ante esas situaciones generadoras de una acusada victimización secundaria consisten en otorgar a las víctimas de la trata una protección especial respecto de otro tipo de víctimas. Es más, esa especificidad es uno de los objetivos que pretende alcanzar la Directiva 2011/36/UE, aunque deja plena libertad a los Estados miembros en lo que respecta a la adopción de la concreta medida. En efecto, salvo en lo referente a soslayar el contacto visual directo entre la víctima y el presunto agresor, para lo que recomienda el uso de las tecnologías de la comunicación, no indica ni tan sólo a título de ejemplo los medios que pueden ser apropiados para el logro de aquel objetivo, simplemente se remite a “los criterios establecidos por el Derecho nacional y las normas relativas al poder discrecional, a la práctica o a las orientaciones de los tribunales”. No añadimos nada nuevo si precisamos que el tribunal habrá de decidir de conformidad con el principio de proporcionalidad tras ponderar los distintos intereses en juego: la plenitud del derecho de defensa, las circunstancias individuales de la víctima así como la efectividad del ejercicio del *ius puniendi*⁴².

Al anterior régimen jurídico común se suma otro específico en el que se acentúa la vertiente protectora y que tiene como destinatarios a los menores víctimas del delito de trata. Las especialidades giran alrededor de la forma, el momento y el valor del interrogatorio al menor.

En cuanto a la forma, el párrafo 3º del art. 15 dispone que los interrogatorios del menor han de realizarse sin demoras injustificadas tras la comunicación de los hechos a las autoridades competentes; deben tener lugar, en caso necesario, en locales especialmente asignados o adaptados al efecto; han de estar practicarse, cuando sea preciso, por o a través de profesionales con formación adecuada a tal efecto; deben ser dirigidos por las mismas personas; han de ser los mínimos posibles y ha de permitirse que el menor esté acompañado por su representante o un adulto elegido por él.

Por lo que se refiere al momento de la práctica del interrogatorio, de los párrafos 4º y 5º del art. 15 se desprende que puede tener lugar en la fase de investigación y en la fase de juicio. De modo que se configurará, de acuerdo con lo previsto en el derecho interno, bien como diligencia de investigación, bien como prueba testifical. En el primer supuesto, la Directiva 2011/36/UE establece expresamente que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que los interrogatorios de los testigos menores puedan ser grabados en vídeo y que esas grabaciones puedan ser admitidas como pruebas en el proceso penal. Resulta claro que la atribución de valor probatorio a las declaraciones

⁴² En el considerando 20 de la Exposición de Motivos de la Directiva 2011/36/UE se ponen algunos ejemplos de circunstancias personales de la víctima que han de servir al tribunal para motivar su decisión: edad, estado de gestación, salud, eventual discapacidad y consecuencias físicas y psicológicas derivadas del delito.

prestadas en la investigación es una disposición congruente con la regla destinada a limitar el número de interrogatorios al menor. En el segundo caso, es decir, si las normas domésticas o la decisión de los tribunales nacionales ordenan que el menor declare en la fase de juicio oral, los Estados miembros han de contemplar la posibilidad de que la audiencia se celebre a puerta cerrada y que la víctima pueda ser oída sin estar presente en la sala garantizando su efectividad.

La segunda Directiva a la que hemos hecho alusión que también contiene normas de carácter protector para las víctimas de determinados delitos, es la Directiva 2011/92/UE. Este instrumento tampoco se conforma con adoptar una posición meramente represora de los delitos de abuso y explotación sexual de los menores y pornografía infantil e incorpora a su texto articulado normas tendentes a proteger a la víctima de los perjuicios que le puede ocasionar su intervención en el proceso penal. Si se la compara con la Directiva 2011/36/UE, se comprueba que es más precisa en el sentido de reconocer que los menores víctimas de aquellos delitos son “especialmente vulnerables” (art. 19.4). Sin embargo, de ese reconocimiento expreso no se deriva ninguna particularidad en cuanto a la forma, el momento y el valor del interrogatorio del menor digna de ser destacada respecto a las ya recogidas en el art. 15 de la Directiva 2011/36/UE⁴³.

Hay un aspecto en el que coinciden ambas Directivas y que ha de ser subrayado teniendo en cuenta el objeto del presente estudio. Las dos han sido elaboradas desde la orientación que marca en 2010 el Consejo de Europa, ya expuesta, y que como veremos más adelante no es plenamente adoptada por la UE. Una justicia sensible con los menores, que asuma el hecho de que son sujetos titulares de derechos fundamentales, también cuando intervienen en un proceso penal y con independencia de la calidad con que lo hagan, ha de velar por proteger no sólo a la víctima sino también al menor testigo que no es víctima o que lo es de manera indirecta. Los arts. 15.4 de la Directiva 2011/36/UE y 20.4 de la Directiva 2011/92/UE constituyen un claro ejemplo de normas en las que subyace la vocación por atender a los caracteres físicos y psíquicos propios del menor de edad y elevar a rango de derecho positivo las consecuencias jurídicas que de los mismos deben desprenderse. Otro extremo que debe destacarse es la previsión en ambas Directivas de una evaluación individual cuyos resultados habrán de determinar las concretas medidas de índole asistencial y de apoyo que han de contribuir a la recuperación física y psicosocial del menor víctima (arts. 14 y 19 Directivas 2011/36/UE y 2011/92/UE, respectivamente). A nuestro parecer, la realización de la evaluación individual debe limitarse a ese fin. Por consiguiente, sus resultados no han de ser determinantes a la hora de decidir el alcance de las especialidades relativas a la forma, momento y valor del interrogatorio de los menores. Estos se consideran víctimas “especialmente vulnerables” y, por tanto, les son aplicables dichas especialidades.

- Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las

⁴³ La influencia que las Directivas 2011/36/UE y 2011/92/UE tendrán en la configuración definitiva de un estatuto jurídico de las víctimas en la UE es subrayada por DE HOYOS SANCHO (2012, pp. 418-422).

víctimas de delitos

En la actualidad, la vinculación entre los derechos de los menores y la Administración de justicia tiene unos puntos de referencia muy claros que han ido dejando, como hemos podido comprobar, su impronta en los actos legislativos de la UE que tienen por objeto la protección de menores víctimas y testigos de delitos. Conviene ahora recordar dos documentos. El primero es la [Comunicación de la Comisión “Hacia una estrategia de la Unión Europea sobre los Derechos de la Infancia”](#) [COM (2006) 367 final]. En ella se afirma que una de las vías para proteger a los menores contra todas las formas de violencia consiste en plasmar los derechos que les reconocen la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas, el CEDH y la CDFUE, así como los principios y valores que en dichos textos se formulan, en cualquier norma que pueda afectarles.

El segundo documento es la [Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, Consejo, Comité Económico y Social Europeo y Comité de las Regiones, “Una Agenda de la UE en pro de los Derechos del Niño”](#) [COM (2011) 60 final]. A modo de introducción, la Comisión realiza una declaración solemne reiterando el compromiso de la UE con los derechos de los menores, a la vez que admite que queda mucho camino por recorrer, por lo que sostiene que deben darse nuevos impulsos a las políticas relacionadas, directa o indirectamente, con los menores. Este compromiso ya adquirido en el [Tratado de Lisboa](#), que modifica el art. 2.3 TUE, y en la CDFUE (art. 24), debe trasladarse a cada una de las acciones legislativas y no legislativas, que deben concebirse, aplicarse y controlarse teniendo en cuenta el interés superior del menor. De modo que la perspectiva de los derechos fundamentales de los menores ha de dejarse sentir en las normas que afrontan la situación de aquéllos ante el funcionamiento del sistema judicial. En este marco, la Agenda parte de la convicción de que una de las intervenciones de los menores en el proceso penal que con mayor frecuencia ocasiona restricciones y violaciones de sus derechos es cuando declaran como testigos o víctimas, señalando como ejemplos de mala praxis la repetición de los interrogatorios y el contacto directo con la persona acusada. Identificada, por un lado, la causa que contribuye a que la justicia sea inaccesible e insensible a los menores, pero afirmando, del otro, que éstos han de tener la oportunidad de desempeñar un papel activo en los procesos penales, reclama la adopción de una serie de medidas que tienen como meta facilitar el acceso de los menores a la justicia penal. Una de ellas es la promoción del uso de los principios rectores del Consejo de Europa, de 17 de noviembre de 2010, sobre una justicia adaptada a los niños que ya hemos examinado en el epígrafe 2.2 de este trabajo y han de inspirar los futuros instrumentos procesales penales europeos y, una segunda, es la adopción en 2011 de un propuesta de Directiva sobre los derechos de las víctimas que incremente el nivel de protección de los menores de la que nos ocupamos en las líneas que siguen.

Transcurridos diez años desde la entrada en vigor de la DM 2001/220/JAI, y tomando como puntos de referencia los instrumentos normativos, documentos y la jurisprudencia del TEDH y TJUE ya examinados, la Comisión entiende que aquélla está agotada y que los resultados que arrojan su interpretación y aplicación ponen de relieve que ni se ha

alcanzado la aproximación de las legislaciones domésticas deseada ni se ha otorgado a las víctimas un nivel de protección suficiente⁴⁴. No es este un juicio aislado sino que es plenamente compartido por el Consejo, como se desprende de la resolución que adopta el 10 de junio de 2011 sobre un [Plan de trabajo para reforzar los derechos y la protección de las víctimas, en particular, en los procesos penales](#)⁴⁵. Con la elaboración de dicho Plan, el Consejo pretende coadyuvar al cumplimiento de los mandatos que la CDFUE dirige a las instituciones y órganos de la UE para que tomen la iniciativa y promulguen normas mínimas comunes mediante las que se refuercen la protección y los derechos de las víctimas en los procesos penales que se sustancien en el territorio de la UE. Otro elemento importante que explica la iniciativa del Consejo es la necesidad de poner fin a inseguridades jurídicas y formular unas normas sobre la base jurídica indiscutible que proporciona el art. 82.2 TFUE⁴⁶.

El citado Plan de trabajo se estructura en dos partes. En la primera se relacionan los objetivos generales que han de alcanzar las normas mínimas comunes, entre los que destacamos el “prestar atención especial a los niños como integrantes del grupo de víctimas más vulnerables”; y, en la segunda parte, se disponen un conjunto de medidas, siendo la primera de ellas, Medida A, la elaboración de una Directiva que sustituya a la DM 2001/220/JAI en la que se establezcan normas generales aplicables a todas las víctimas de delitos, incluyendo a las vulnerables, encaminadas a otorgarles asistencia, apoyo y protección. En cuanto al tratamiento de las necesidades particulares, derivadas de la intensidad y gravedad de las secuelas de índole social, física y psicológica que padecen las víctimas de los delitos de tráfico de seres humanos, explotación sexual de niños, terrorismo y delincuencia organizada, el Plan de trabajo, en la Medida E (“Necesidades específicas de las víctimas”), considera idónea la estrategia ya adoptada por la UE que se traduce en la elaboración de instrumentos legislativos específicos, como son las Directivas 2011/36/UE y 2011/92/UE, estimando que es una técnica legislativa apropiada para futuras regulaciones. De ello se infiere que la futura Directiva de carácter general no derogará las mencionadas Directivas específicas, debiendo no obstante acudir a aquélla cuando sea preciso colmar las lagunas legales que estas últimas presenten. Para nuestro estudio, es importante destacar que en la Medida E se afirma que la vulnerabilidad de las víctimas no sólo está relacionada con el tipo de delito cometido, sino que esa condición depende de las características personales de cada víctima que han de ser detectadas en evaluaciones individuales. El sentido omnicompreensivo que da a sus palabras no le impide decir de forma expresa que “los niños deben siempre considerarse especialmente vulnerables”. Por consiguiente, el Consejo se muestra favorable a que en la Directiva de carácter general, que ha de sustituir a la DM 2001/220/JAI, se dicten normas destinadas a reconocer derechos a los menores de edad y a salvaguardar sus intereses con independencia del delito que hayan sufrido. Ahora bien, como podremos constatar, surgirá una incertidumbre relativa a si los derechos que se reconocen a la víctima menor han de hacerse extensivos al menor testigo que no es víctima.

De conformidad con lo previsto en el Plan de trabajo, la Comisión presenta, en mayo de 2011, una [Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se](#)

⁴⁴ [Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Refuerzo de los derechos de las víctimas en la UE](#) [COM (2011) 274 final].

⁴⁵ DOUE núm. C 187, de 28.6.2011.

⁴⁶ El respaldo legal que el art. 82 TFUE ha supuesto para la cooperación judicial en materia penal pese a la vigencia del principio de subsidiariedad, es valorado ampliamente por JIMENO BULNES (2011, pp. 116 y ss.), MARTÍN MARTÍNEZ (2011, pp. 415 y ss.) y RIOJA GARCÍA (2009, pp. 5-17).

establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos [COM (2011) 275 final]. Va a sustituir a la DM 2001/220/JAI, pero no porque los objetivos y el ámbito de aplicación de esta última hayan perdido actualidad, sino porque los informes y las evaluaciones a que ha sido sometida revelan su insuficiencia e ineficacia para mejorar la situación de las víctimas en la UE. Ha sido insuficiente porque no se reconocían en su texto articulado todas las necesidades que tienen las víctimas de delitos. Y se ha mostrado ineficaz porque no ha alcanzado el objetivo de lograr que los Estados miembros incorporaran a sus ordenamientos todas las normas de la DM 2001/220/JAI, por lo que queda lejos la meta de procurar a las víctimas un nivel mínimo de trato equivalente en todo el territorio de la UE. Los efectos más patentes se han hecho notar en la existencia todavía de reticencias entre los Estados miembros respecto al reconocimiento mutuo de medidas de protección y de trabas en lo atinente al acceso de las víctimas a la justicia.

Así de rotunda se muestra la Comisión en su diagnóstico del fracaso de la DM 2001/220/JAI⁴⁷. Sin embargo, cuando apunta a las causas se debilita un tanto su argumentación, pues las reduce esencialmente a aspectos formales, destacando “la redacción ambigua, la falta de obligaciones concretas y la imposibilidad de incoar procedimientos de infracción contra los Estados miembros”. A nuestro entender, olvida la influencia que ha podido tener la concepción del delito como hecho público y la titularidad estatal del *ius puniendi*, dogmas que hallan cumplida correspondencia en la función punitiva-represiva del proceso penal que se estructura según un enfrentamiento, regido por el principio de igualdad, entre el imputado y el Estado. Estructurado de este modo el proceso penal, la intervención de la víctima en la gran mayoría de los sistemas procesales europeos está sujeta a muchas prevenciones, con la salvedad quizás de la común aceptación del ejercicio por aquélla de la pretensión civil encaminada a obtener la reparación material y moral del daño causado por el delito.

Si se compara con la DM 2001/220/JAI, la propuesta de Directiva supone una evidente mejora, al menos por lo que respecta a la sistematización de los derechos que se reconocen a las víctimas de delitos. Éstas no son sólo las personas físicas que hayan sufrido un daño físico, mental, emocional, o un perjuicio económico, causado directamente por una infracción penal, sino que la Directiva también otorga la condición de víctima a los familiares de una persona cuya muerte sea consecuencia de un delito⁴⁸. En la línea tendente a ampliar los sujetos titulares de derechos, la propuesta de Directiva reconoce a los familiares de víctimas supervivientes los derechos de asistencia, apoyo y protección. Otra novedad a destacar es que se define, con la ayuda de dos criterios, la noción de víctima vulnerable.

⁴⁷ Documento de trabajo de los servicios de la Comisión. Resumen de la evaluación de impacto que acompaña al documento Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Reforzar los derechos de las víctimas en la UE [SEC (2011) 581 final].

⁴⁸ En lo que respecta al ámbito de aplicación subjetivo, la propuesta de Directiva retoma la *Iniciativa de la República Portuguesa con vistas a la adopción de una Decisión marco relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal* (DOUE núm. C 243, de 24.8.2000).

El primer criterio atributivo de vulnerabilidad es el relativo a las características personales de las víctimas y el segundo alude a la naturaleza o tipo de delito. Según el primer criterio, ostentan la categoría de víctima vulnerable los menores y las personas con discapacidad y, al amparo del segundo, las víctimas de violencia sexual y trata de seres humanos. Ello no significa que ninguna otra víctima, por ejemplo, las personas ancianas, no puedan alcanzar la categoría de víctima vulnerable por aplicación de los mencionados criterios. Pero no lo harán de forma incondicionada o automática como las expresamente señaladas por la propuesta de Directiva, sino que su reconocimiento dependerá del resultado de una evaluación puntual e individual.

Los derechos mínimos que los Estados miembros han de garantizar a las víctimas se ordenan en tres grandes apartados: (i) información y apoyo, (ii) participación y (iii) protección. Este último apartado es el que ahora nos interesa analizar. Ya hemos visto como el art. 8 DM 2001/220/JAI emplea fórmulas muy genéricas al regular el derecho a la protección. Pues bien, la propuesta de Directiva cambia de técnica y detalla el contenido y alcance del derecho a la protección. Uno de los campos en los que debe garantizarse la efectividad del mismo es el determinado por el contacto de la víctima con las autoridades competentes encargadas de la investigación, la persecución y el enjuiciamiento de los delitos. Con el objetivo de evitar que la víctima experimente una victimización secundaria, producida a raíz de los interrogatorios practicados en la investigación y las distintas fases del proceso penal, la propuesta de Directiva dispone diversos niveles de protección en la que ésta se va acentuando de forma progresiva.

El primer nivel de protección corresponde a cualquier víctima frente a los perjuicios que le se le pueden irrogar cuando es interrogada bien en una fase preprocesal bien durante el proceso penal. Consiste en que el interrogatorio se lleve a cabo sin demora injustificada, solamente se repita cuando sea imprescindible para los fines del proceso penal y la víctima pueda estar acompañada de su representante legal o de una persona de su elección. El segundo nivel está destinado a las víctimas vulnerables, distinguiendo entre medidas que han de adoptarse durante las investigaciones penales (los interrogatorios se llevarán a cabo en dependencias adaptadas, siempre por las mismas personas, que han de ser profesionales con formación adecuada y del mismo sexo que la víctima cuando se trate de violencia sexual), y durante la tramitación del proceso penal (evitar el contacto visual directo entre la víctima y el imputado, garantizar que la víctima pueda ser oída sin estar presente en la sala de audiencia, inadmitir preguntas innecesarias sobre la vida privada de la víctima sin relación con los hechos y permitir la celebración de la audiencia sin presencia de público). Finalmente, el tercer nivel de protección más intensa está exclusivamente pensado para las víctimas menores, por lo que cabe denominarlas víctimas especialmente vulnerables, y cuya medida principal consiste en que todos los interrogatorios puedan ser grabados en vídeo y utilizados, de conformidad con el derecho nacional, como elementos de prueba⁴⁹.

⁴⁹ En nuestro sistema procesal penal no se planteará ninguna cuestión relevante si se interpretan los términos "investigaciones penales" en el sentido de constituir las diligencias de investigación practicadas en la fase de instrucción. Por el contrario, sí pueden surgir incertidumbres si se lleva a cabo una exégesis amplia de los términos referidos, estimando incluidas en ellos, además de aquellas diligencias, las investigaciones preprocesales de la policía judicial o del Ministerio Fiscal. El motivo para ello radica en la

En definitiva, la propuesta de Directiva parte del axioma de considerar a los menores víctimas vulnerables, por lo que las exploraciones e interrogatorios deben sujetarse a medidas especiales. De ahí que, si bien prevé la práctica de evaluaciones puntuales e individuales a las víctimas para fijar las concretas medidas de protección que se deben adoptar durante el proceso penal, los menores deben entenderse excluidos, pues la finalidad de tales evaluaciones no es otra que identificar aquellas víctimas vulnerables que no están incluidas en los grupos de personas etiquetados legalmente como vulnerables.

3.3. Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos

- a) Consagración de los derechos fundamentales que deben ser garantizados al menor víctima

La Directiva 2012/29/UE, que va a sustituir a la DM 2001/220/JAI, muestra ya en su título una apuesta decidida por situar en un primer plano los derechos de las víctimas, relegando a una segunda posición la eventual influencia que la incoación de un proceso penal ha de tener en su reconocimiento⁵⁰. Es quizá una manera de poner de manifiesto, implícitamente, que el legislador europeo ha desistido de su propósito de elaborar un estatuto jurídico de la víctima en el proceso penal dada la existencia en el territorio de la UE de sistemas procesales cuyas diferencias han mostrado ser un obstáculo sustancial para lograr que los Estados miembros incorporaran, de forma uniforme, las normas mínimas previstas en la DM 2001/220/JAI.

El redescubrimiento de la víctima del delito durante la segunda mitad del siglo XX ha conllevado la paulatina aceptación de que el proceso penal ha de ser también un instrumento mediante el cual se repara el daño que el delito ha causado. Naturalmente, sería un tanto exagerado hablar de “redescubrimiento” si tal reparación consistiera en atribuir a la víctima legitimación para el ejercicio de la acción civil sobre la que debe pronunciarse la sentencia penal condenatoria. La nueva perspectiva ha puesto el acento en el reconocimiento a la víctima de derechos procesales en relación con el objeto penal del proceso. Llegados a este punto, era lógico que surgieran en el seno de la UE dudas y prevenciones acerca del contenido y alcance de un estatuto de la víctima en el proceso penal. Hay que reparar en que, incluso en aquellos sistemas procesales penales en los que se faculta a la víctima para el ejercicio de acciones penales, como por ejemplo el inglés o el alemán, la doctrina de estos países se ha mostrado tradicionalmente muy reacia a equiparar las facultades procesales de la víctima a las de la acusación pública⁵¹. Ante este panorama, en el que

[Circular 3/2009, de 10 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre Protección de los menores víctimas y testigos](#), en la que con el objetivo de evitar la repetición de las declaraciones de los menores, especialmente cuando sean víctimas de delitos contra la libertad e indemnidad sexual, se propugna que la policía judicial no explore a los menores y los traslade al juzgado de guardia, que será el encargado de preconstituir la prueba (apartado 1.1, pp. 15 y 16).

⁵⁰ DOUE núm. L 315, de 14.11.2012.

⁵¹ En cuanto a la doctrina alemana, ya hemos recogido la opinión de SCHÜNEMANN (2009). Pero no sólo la doctrina, también el legislador alemán se muestra muy precavido cuando se trata de reconocer derechos a la víctima de delitos cuya efectividad debe asegurarse con el ejercicio de facultades procesales. De tal manera que se ha afirmado que es una “exageración” calificar la Ley que refuerza los Derechos de los

se considera la participación de la víctima ora un refuerzo de la actividad del Ministerio Fiscal ora una concurrencia con dicho órgano, se ha optado por fundar la consagración de las facultades de la víctima en los derechos fundamentales.

La Directiva 2012/29/UE reúne dos características trascendentales. La primera descansa en la voluntad de erigirse en la norma general reguladora de los derechos de la víctima de delitos. El tratamiento horizontal dado a la materia, que radica en abarcar las necesidades de todas las víctimas con independencia del tipo y las circunstancias del delito, así como del lugar en que se haya perpetrado, es el método empleado para conseguirlo. Y la segunda consiste en incorporar el acervo que pone a su disposición el Consejo de Europa, el CEDH y el TEDH con sus aciertos y sus deficiencias.

Esta recepción se verifica en los considerandos 9, 14, 19 y 42, donde se afirma que las víctimas menores de edad son titulares de los derechos que les reconoce la Directiva, cuyas normas deberán ser interpretadas y aplicadas desde la perspectiva del interés superior del menor. Un tema distinto es que se consiga romper de raíz la tradicional interrelación entre los derechos de la víctima y su intervención en el proceso penal. En efecto, aunque lo que en rigor correspondería a una construcción dogmática fundada en derechos fundamentales sería no anudar la titularidad de los mismos a la calidad con la que actúan las víctimas en el proceso penal, los considerandos 20 y 34 de la Directiva 2012/29/UE conceden a los Estados miembros la facultad de fijar el “alcance de los derechos” dependiendo de la participación de la víctima en el proceso penal, que textualmente reconduce a su intervención como parte, testigo o de “otra forma activa”, por ejemplo ejercitando la acción civil o solicitando la adopción de una medida cautelar. *A contrario sensu*, nos preguntamos qué debe entenderse por víctima que mantiene una posición “pasiva” y si tal actitud conlleva que no se la considere titular de los derechos recogidos en la Directiva

Ofendidos y Testigos en el proceso penal, de 29 de julio de 2009 (*Gesetz zur Stärkung der Rechte von Verletzten und Zeugen im Strafverfahren*), de auténtica “reforma” de la Ley relativa a los Derechos de las Víctimas de 1986 (*Opferrechtsgesetz*). El calificativo se debe a que la Ley de 2009 se limita a perfeccionar el derecho a la información del ofendido, ampliar los supuestos en los que puede ejercer la acción penal de forma adhesiva (*Nebenkläger*) y facilitar la asistencia jurídica a los ofendidos y testigos. Por consiguiente, la doctrina y el legislador alemanes continúan mostrando un acusado recelo en cuanto al grado de participación que se ha de otorgar a la víctima en el proceso penal, ya que un hipotético derecho a penar abriría la puerta a un privado, y potencialmente irracional, sistema de imposición de sanciones. En estos términos se pronuncia WEIGEND (2010, pp. 39 y ss.). Por lo que se refiere a la doctrina inglesa, cabe citar a ASHWORTH/REDMAYNE (2005, pp. 48-52), quienes sostienen de manera rotunda que, si bien las víctimas deben ser tratadas con dignidad, no se les debe otorgar facultades procesales con las que puedan influir en las resoluciones claves que se adopten en el proceso penal. Sorprende, en cierta manera, que sean verdaderas tales afirmaciones en un ordenamiento jurídico en el que, por ejemplo, la víctima del delito está legitimada para impugnar ante el órgano judicial competente la decisión del *Director of Public Prosecutions* de no perseguir un delito y en el que está previsto que la víctima de determinados delitos pueda ejercer la acción penal. Sin embargo, este ejercicio es en términos cuantitativos inestimable, ya que solamente en porcentajes muy bajos la víctima se constituye en parte acusadora. Las razones de este resultado son esencialmente económicas, pues la víctima no tiene generalmente los medios que le permiten practicar las diligencias de investigación necesarias para poder formular acusación, pero también son de orden jurídico, ya que tampoco ostenta el poder de restringir derechos fundamentales. Estas trascendentales cuestiones son estudiadas en profundidad por MARTINI (2008, pp. 51-59). La posición de la víctima en los diferentes sistemas procesales penales europeos y su reflejo en las normas procesales penales elaboradas por la UE ha sido examinada con detalle por la doctrina española, en particular, por ARMENTA DEU (2012, pp. 100-109) y GASCÓN INCHAUSTI (2009, pp. 480-485).

2012/29/UE⁵².

Por otro lado, acercándose a los postulados de la victimología, la Directiva ha adoptado un concepto amplio de víctima, comprendiendo no sólo la persona ofendida o agraviada por la acción criminal y titular del bien jurídico protegido de acuerdo con lo establecido por el concreto tipo penal, sino también los perjudicados, que son las personas que padecen moral y/o económicamente las consecuencias del delito. Así, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 2, son víctimas “la persona física que haya sufrido un daño o perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por una infracción penal” y también “los familiares de una persona cuya muerte haya sido directamente causada por un delito y que haya sufrido un daño o perjuicio como consecuencia de la muerte de dicha persona”⁵³.

Una de las enmiendas introducidas por el Parlamento Europeo a la propuesta de Directiva tiene especial trascendencia en orden a la efectividad de los derechos que reconoce a los menores⁵⁴. La enmienda queda reflejada en el apartado segundo del art. 1 del texto definitivamente aprobado, donde se establece que los Estados miembros han de velar por la primacía del interés superior del menor. Tal primacía no tiene un valor abstracto sino que su incidencia en los derechos a la información, apoyo, participación y protección está en función de los resultados que se desprendan de la evaluación individual a la que se ha de someter al menor. En todo caso, se dispone con carácter general que debe prevalecer “un planteamiento sensible a la condición de menor” que tenga en cuenta su edad, grado de madurez y opinión, al igual que sus necesidades e inquietudes.

Al menor le son aplicables las medidas que, con el objetivo de proteger su dignidad y su integridad física y moral frente a la victimización secundaria o reiterada, la intimidación, las represalias y el riesgo de daños emocionales o psicológicos (art. 18), se estiman que corresponden a cualquier víctima, sin distinción alguna basada en características personales ni en tipo de delito sufrido. Estas medidas se relacionan en el art. 20, que lleva por rúbrica “derecho a la protección de las víctimas durante las investigaciones penales”. No hay innovaciones importantes si se compara con la propuesta de Directiva, pues, como en ésta, se insta a los Estados miembros a que dispongan lo necesario para que (i) la declaración de la víctima se lleve a cabo sin dilaciones injustificadas una vez se haya

⁵² La trascendencia que para la salvaguarda de la dignidad de las víctimas representa el reconocerles que son sujetos titulares de derechos aunque no intervengan en el proceso penal, ni en calidad de testigo ni en calidad de parte, ha sido puesta de manifiesto por ARANGÜENA FANEGO (2009b, pp. 323-325).

⁵³ En consecuencia, cabe señalar que, si bien la Directiva 2012/29/UE deja a un lado un tema sustancial, como es el referente a si todas las personas que han sufrido con el delito han de tener acceso al proceso penal, no relega a los perjudicados a una posición secundaria en la que sólo se tenga en cuenta los problemas que puede generar la responsabilidad civil. Lo verdaderamente importante es que los considera sujetos titulares de los derechos que incluye en su texto. Podría decirse, pues, que percibe e intenta poner remedio a las trabas que tienen los perjudicados mediatos para sentirse protegidos; sobre esta cuestión, véase QUINTERO OLIVARES (2005, pp. 15-26) y TAMARIT SUMALLA (1998, pp. 149-152).

⁵⁴ [Proyecto de resolución legislativa sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos](#), Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior y Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género, Documento de sesión A7-0244/2012, de 18.7.2012.

presentado ante la autoridad competente la denuncia de una infracción penal; (ii) el número de interrogatorios sea el mínimo posible y sólo se practiquen cuando sea estrictamente preciso para los fines de las investigaciones; (iii) la víctima pueda estar acompañada de su representante legal y de una persona de su elección, a menos que se haya adoptado una resolución motivada en contrario, y (iv) el reconocimiento médico se reduzca al mínimo y se efectúe únicamente si es necesario para los fines del proceso penal.

- b) Sensible retroceso en la efectividad de los derechos fundamentales proclamados: el nuevo concepto de “víctima con necesidades especiales de protección”

El régimen protector se completa con lo que disponen los arts. 23 (“derecho a la protección de las víctimas con necesidades especiales de protección durante el proceso penal”) y 24 (“derecho a la protección de las víctimas menores de edad durante el proceso penal”). Es en la aplicación de estos dos preceptos, que prevén un segundo y un tercer nivel de protección, que se advierte un cambio ciertamente relevante, pues opera sobre unas de las bases del sistema que instaura la Directiva 2012/29/UE. Este cambio se origina en una aparentemente simple sustitución terminológica realizada por el Parlamento Europeo en el texto de la propuesta de Directiva que estriba en abandonar, cuando se alude a determinadas víctimas, los calificativos “vulnerables” o “especialmente vulnerables” e introducir la cláusula definitoria “víctimas con necesidades especiales de protección”. La vía para detectar tales necesidades es la implantación de una evaluación individual a modo de condición *sine qua non* para que la víctima menor de edad pueda acceder a esos niveles de protección más intensos⁵⁵. Dicha evaluación deberá tener en cuenta las características personales de la víctima, la naturaleza, gravedad y circunstancias del delito, y el grado de daño aparente sufrido por la víctima (art. 22 y considerando 56).

Las consecuencias de la evaluación son muy importantes para la protección que deba dispensarse a las víctimas menores. Aunque el art. 22.4 comienza afirmando que se da por supuesto que aquéllas tienen necesidades especiales de protección por razón de su vulnerabilidad respecto a la victimización secundaria o reiterada, a la intimidación o a las represalias, ello no implica que la minoría de edad proporcione un acceso directo a las medidas de protección del que hemos denominado segundo y tercer nivel. Será la evaluación el instrumento que determine, en primer lugar, si el concreto menor es una víctima “con necesidades especiales de protección” y, en segundo lugar, fije las específicas medidas así como su grado de aplicación.

La protección reforzada prevista por la Directiva 2012/29/UE no presenta sustanciales diferencias con la contenida en la propuesta de Directiva de la Comisión. En el art. 23 dicha

⁵⁵ En la Exposición de Motivos del Proyecto de resolución legislativa del Parlamento Europeo citado se justifica el empleo de la expresión “víctimas con necesidades específicas” por las connotaciones discriminatorias que encierra el adjetivo *vulnerable*, destacando que “a muchas víctimas, incluidas las víctimas de la violencia de género, no les gusta verse asociadas con la vulnerabilidad. No obstante, una víctima de la violencia de género puede tener necesidades específicas sin que se la considere vulnerable”. Por consiguiente, como regla, no se acepta que las características personales de las víctimas, antes de que se haya cometido el delito, se consideren el único criterio para definir las. Ello no es óbice para que a renglón seguido se estime lógico “definir como víctima vulnerable a un niño”.

protección se estructura en función de la fase en la que se practique la exploración o el interrogatorio a la víctima menor. Así, en las investigaciones penales, aquella diligencia se practicará en dependencias concebidas o adaptadas al menor, por profesionales con formación especializada o a través de ellos, que serán siempre las mismas personas a menos que sea contrario a la buena administración de la justicia. En el caso de víctimas de violencia sexual, de género o en el marco de las relaciones personales, la exploración ha de ser efectuada por una persona del mismo sexo que la víctima cuando esta así lo desee, no vaya en detrimento del proceso y no sea realizada directamente por un juez o fiscal. A las anteriores medidas, el art. 24.1.a) agrega la regla consistente en que la exploración del menor ha de ser grabada a través de medios audiovisuales con el fin de que sus declaraciones puedan utilizarse como elementos de prueba en procesos penales. Durante el proceso, las medidas que cabe decretar respecto de la víctima menor con necesidades especiales de protección radican en evitar el contacto visual directo con el infractor empleando para ello el uso de tecnologías de la comunicación, garantizar que pueda ser oída sin estar presente en la sala de audiencia, impedir que se le formulen preguntas sobre su vida privada que no tengan relación con el objeto del proceso y prever la posibilidad de celebrar la audiencia sin presencia de público.

Para terminar, queremos poner de manifiesto que la protección de los menores frente a la victimización secundaria que les ocasionan las exploraciones y los interrogatorios a los que se ven sometidos antes y durante el desarrollo del proceso penal es más débil en la Directiva 2012/29/UE que la que se les proporciona en otros instrumentos de la UE. Hemos de volver a referirnos a las Directivas del Parlamento y del Consejo 2011/36/UE, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos, y 2011/92/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil. En ambos instrumentos, se establece la necesidad de realizar una evaluación individual del menor como paso previo a la adopción de medidas específicas de asistencia y apoyo que favorezcan y agilicen su recuperación física y psicosocial. Sin embargo, la adopción de las medidas encaminadas a paliar la victimización adicional derivada de las exploraciones e interrogatorios no está sujeta al resultado que arroje una evaluación individualizada (art. 15 Directiva 2011/36/UE y art. 20 Directiva 2011/92/UE, respectivamente). Otra diferencia sustancial con las Directivas relativas a la trata y a los abusos y explotación sexual de menores, y la Directiva 2012/29/UE, reside en que éstas extienden su protección a los testigos menores aun cuando no sean víctimas de los delitos que constituyen su objeto (arts. 15 y 20 respectivamente), mientras que la Directiva 2012/29/UE simplemente los ignora. Es razonable argumentar que a la protección que conceden las dos primeras Directivas subyace el claro propósito de reducir al mínimo posible la impunidad de esos delitos. Pero no puede negarse que el establecer que los Estados miembros han de garantizar que los interrogatorios del menor testigo de cualquier delito puedan ser grabados por medios audiovisuales, y que estas grabaciones puedan ser admitidas como prueba en el proceso penal, es una proposición fundada en la salvaguarda del interés superior del menor. En definitiva, no es equitativo promover una regulación que fomente la discriminación entre víctimas menores.

Con la ley en la mano, los menores testigos de la violencia de género o doméstica no están

cubiertos por la protección frente a la victimización secundaria que otorgan las normas contenidas en los arts. 20, 23 y 24 de la Directiva 2012/29/UE si la víctima directa no ha muerto. En estos supuestos, los menores sólo pueden subsumirse en la categoría de “familiares” a los que exclusivamente se les reconoce el derecho de acceso a los servicios de asistencia y apoyo según sus necesidades específicas y el grado de daño sufrido a consecuencia de la infracción penal cometida contra la víctima (art. 8).

4. Conclusiones

Los postulados de la psicología del testimonio han sido tradicionalmente tenidos en cuenta por el derecho procesal penal en orden a garantizar el derecho de defensa de la persona imputada y acusada. Varios son los axiomas y las constataciones empíricas en los que se asienta dicha ciencia. Respecto de los menores víctimas y testigos, los más comunes consisten en sostener que hasta cierta edad no distinguen claramente entre realidad y ficción; que la alteración de los recuerdos se agudiza en la niñez y la pubertad, pues la estructura del conocimiento es, en estas fases de desarrollo, flexible y abierta; que el impúber no comprende la verdad es sugestionable, maleable, emotivo e imaginativo⁵⁶.

No ha sido hasta finales del siglo XX que la recepción de estos conocimientos se ha efectuado mediante un análisis crítico que descansa en los derechos fundamentales que corresponden al menor como ser humano dotado de dignidad. Todos los ámbitos en los que se relaciona e interactúa han de ser permeables a su personalidad, intereses y necesidades. Uno de ellos es, según Naciones Unidas, el Consejo de Europa y la UE, la Administración de justicia. Es cierto que al menor se le ha reconocido el derecho a ser oído, pero la efectividad del mismo está íntimamente unida a las formalidades que han de reunir las exploraciones, e incluso los interrogatorios, a los que se ve sometido. Tales formalidades apuntan, como hemos podido comprobar, a tres extremos: la actividad (sujetos que llevan a cabo la exploración, objeto, contenido y modalidades), el momento y el lugar. A las anteriores se suma un aspecto básico para el derecho procesal penal, pues entronca directamente con los principios y conceptos sobre los que se ha erigido. Este aspecto es la consecuencia jurídica que ha de otorgarse a la declaración del menor exteriorizada según esas formalidades que, por otro lado, hallan su legitimidad en los textos internacionales y regionales a los que nos hemos referido en este trabajo. Si tal declaración no ha de ser sólo una fuente de prueba obtenida de forma lícita, sino además un medio de prueba de cargo, es tarea del legislador dictar normas que, asumiendo las especialidades que ha de reunir la exploración del menor, incorporen las reglas derivadas de los derechos a la defensa y a la presunción de inocencia.

Nuestro estudio ha puesto de relieve que en el seno de Naciones Unidas y del Consejo de Europa se han formulado valores y sentado pautas técnicas con el fin de que en el proceso penal se otorgue al menor víctima o testigo la debida protección. Llegados a este punto,

⁵⁶ La complejidad que, desde el punto de vista de la psicología del testimonio, encierra la exploración de los menores en los procesos civiles y penales, es abordada y fundamentada por ROMERO COLOMA (2004, pp. 21 y ss.) y NIEVA FENOLL (2012, pp. 133-137).

esto es, una vez afirmada la previa salvaguarda de la dignidad, integridad física y moral del menor, han de adoptarse las medidas idóneas para asegurar el derecho del imputado a un juicio justo y evitar la impunidad. El instrumento normativo que de manera más resuelta acoge la orientación señalada es el Convenio para la Protección de los Niños contra la Explotación y el Abuso Sexual de 2007. En él se insta a los Estados Miembros a que dicten normas que ofrezcan al menor la oportunidad de ser oído y de aportar fuentes de prueba, y señala cuál es la más adecuada: limitación del número de entrevistas al estrictamente imprescindible. Para conseguirlo se decanta por la grabación en vídeo y audio de la entrevista y la admisión de la grabación como medio de prueba.

La doctrina jurisprudencial del TEDH admite que en el proceso penal el menor víctima o testigo no ha de ser, en cualquier caso, directamente examinado por la defensa, sino que estima justo que la exploración, cuyo carácter contradictorio debe ser preservado, se lleve a cabo por especialistas y sea grabada en vídeo y audio en orden a poder dotarla de validez probatoria. Pese a ello, cabe cuestionar la capacidad de dicha doctrina para sustentar y promover una aproximación legislativa en los sistemas procesales penales europeos. En el CEDH no se prevé ninguna norma que atribuya facultades procesales penales a la víctima o a los testigos. Ha sido por la vía indirecta de la interpretación del art. 8.1 CEDH que se les han ido reconociendo ciertas prerrogativas procesales a partir de la formulación de derechos que no gozan de una sanción normativa expresa. No es, en definitiva, un camino a través del cual pueda llegarse a la elaboración de un régimen jurídico sólido y estable.

La UE, tras constatar el fracaso de la DM 2001/220/JAI al no haber conseguido que los Estados Miembros la transpusieran a sus ordenamientos internos, dándole la estructura propia de un estatuto jurídico y poniendo fin, de esa manera, a dispersiones legislativas provocadoras de inseguridad, replantea su enfoque apoyándose en el reconocimiento de los derechos fundamentales del menor ante la Administración de justicia. De ahí que en el documento *Una agenda de la UE en pro de los Derechos del Niño* de 2011 declare su compromiso con los derechos de los menores que ha de dejarse sentir en la construcción de una justicia adaptada a tales derechos. La realidad de la práctica forense ha corroborado que debía cambiarse el rumbo. Así, hemos puesto el ejemplo de dos sentencias del TJUE que, después de interpretar la normativa nacional reguladora de la exploración del menor en la fase de investigación del proceso penal a la luz de las disposiciones de la DM 2001/220/JAI, llegan a soluciones opuestas.

El cambio anunciado se empieza a concretar en dos instrumentos sectoriales: la Directiva 2011/36/UE, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos, y la Directiva 2011/92/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil. Ambas han asumido y plasmado en sus textos articulados un acusado carácter protector de los menores, dando por supuesto que ha de reflejarse en la previsión de especialidades acerca de la forma, el momento y el valor del interrogatorio del menor. Sus normas establecen que éste ha de ser explorado sin demoras injustificadas, procediendo a grabar la exploración de modo que pueda ser reproducida en el juicio oral y valorada por el juez como prueba de cargo a la hora de dictar sentencia.

Con la intención de trasladar a un instrumento de índole general los avances conseguidos, particularmente en las anteriores Directivas, se elabora una propuesta que ha de sustituir a la DM 2001/220/JAI y ha de aglutinar las tendencias marcadas y los esfuerzos realizados hasta ese momento: la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. Varios aspectos merecen destacarse de la misma: el primero es la sistematización de los derechos que se reconocen a las víctimas de delitos; el segundo radica en la definición de víctima vulnerable atendiendo tanto a sus características personales cuanto al tipo de delito que ha padecido, y el tercero consiste en la configuración de diversos niveles de protección, correspondiendo el más intenso a los menores. Las medidas principales gracias a las cuales se logrará mantener ese nivel de protección son la grabación de los interrogatorios en vídeo y su utilización, de conformidad con el derecho nacional, como elementos de prueba.

El punto final de la evolución que hemos analizado es la Directiva 2012/29/UE. Sus preceptos constituyen normas mínimas, por lo que los Estados miembros pueden ampliar los derechos que aquéllos prevén con el fin de promover un nivel más elevado de protección (considerando 11). No es probable que los Estados miembros lleven a cabo una regresión en la amplitud de los derechos y garantías que ya han reconocido a los menores que entran en contacto con los tribunales. Ni lo autoriza la concreta Directiva 2012/29/UE, cuyo objetivo es ampliar las disposiciones de la DM 2001/220/JAI (considerando 65), ni lo permiten las obligaciones que imponen a los Estados miembros el TUE, el TFUE y la CDFUE. Sin embargo, en la propia Directiva 2012/29/UE se admite que los estándares mínimos que ha previsto son muy poco exigentes. El considerando 69 es un buen ejemplo al advertir que quedan inalteradas “las disposiciones de mayor alcance incluidas en otros actos normativos de la Unión que abordan las necesidades específicas de categorías particulares de víctimas, como, por ejemplo, las víctimas de trata de seres humanos y menores víctimas de abusos sexuales, explotación sexual y pornografía infantil”.

Junto a lo anterior, los efectos negativos que para la protección de los menores víctimas o testigos pueden derivarse de los procesos penales que se tramiten en la UE obedecerán, de un lado, al bajo nivel de obligación en el cumplimiento de las normas establecidas en la Directiva 2012/29/UE y, de otro, a la falta de unas bases sólidas y sin contradicciones sobre las que construir un sistema de derechos de las víctimas. Esos efectos se dejarán sentir con especial intensidad en aquellos sistemas procesales penales, como el español, que se hallan todavía en fase de elaboración del régimen jurídico aplicable a la declaración de menores víctimas y testigos. En verdad, no ayuda a la terminación de la tarea el hecho de que, estando la mayoría de Estados miembros de la UE pendientes de introducir las Directrices emanadas del Consejo de Europa, se dicte por la UE una norma que, si bien hace visibles a los menores, no responde a las expectativas generadas por la publicación de la Agenda de la UE en pro de los Derechos del Niño. Aunque pueda estar justificado para un grupo de víctimas, la sustitución del concepto “víctimas especialmente vulnerables” por el de “víctimas con necesidades especiales de protección” con respecto a los menores comporta

un retroceso muy importante en el ámbito de la efectividad de los derechos fundamentales consagrados en otros instrumentos.

Habría sido conveniente que en la protección de los menores frente a la victimización secundaria se hubieran dispuesto franjas de edad. Esta alternativa justificaría la regulación de las evaluaciones individuales de las que dependería la adopción de las concretas medidas de protección. No estamos de acuerdo con el establecimiento de la evaluación individual a los menores como regla. La exploración de un menor que no ha llegado a la pubertad ha de practicarse, sin necesidad de evaluación alguna, siguiendo las pautas mínimas de los arts. 23 y 24 de la Directiva 2012/29/UE. Con la generalización de las evaluaciones, el problema del grado de protección que se merece un menor se traslada a los servicios de apoyo y asistencia a la víctima, incluso a las unidades especializadas de la policía judicial, en una época en que la crisis económica y financiera se deja sentir de manera especialmente intensa en su funcionamiento.

A nuestro entender, el estudio correcto de la exploración del menor víctima o testigo es el que se produce desde la óptica de los derechos fundamentales del menor, cuyo reconocimiento y efectividad no pueden subordinarse al éxito de la función sancionadora del proceso penal. Al comprender que los derechos del menor no son un mero apéndice se percibirá que no están en conflicto con los derechos del imputado, acusado o condenado. Tampoco constituyen un obstáculo al ejercicio de la función jurisdiccional. Es decir, no se trata de sacrificar los derechos de la parte pasiva del proceso penal ni de poner trabas a la satisfacción del interés público en la realización del derecho penal. Se trata, realmente, de exigir a los Estados miembros que implanten todos los medios necesarios para alcanzar un justo equilibrio entre todos los derechos e intereses que confluyen en el proceso penal.

5. *Tabla de jurisprudencia citada*

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Fecha	Ar.	Asunto
26.3.1996	TEDH 1996\20	<i>Doorson c. Países Bajos</i>
20.12.2001	TEDH 2001\881	<i>P. S. c. Alemania</i>
2.7.2002	TEDH 2002\43	<i>S.N. c. Suecia</i>
10.9.2007	JUR 2007\146805	<i>W.S. c. Polonia</i>
27.1.2009	JUR 2009\33841	<i>A.L. c. Finlandia</i>
28.9.2010	JUR 2010\332112	<i>A.S. c. Finlandia</i>

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Sala y fecha	Ar.	Asunto
--------------	-----	--------

Gran Sala, 16.5.2005	TJCE 2005\184	<i>Proceso penal c. Maria Pupino</i>
Gran Sala, 1.3.2011	TJCE 2011\31	<i>Association Belge des Consommateurs Test-Achats y otros</i>
Sala 2ª, 21.12.2011	TJCE 2011\427	<i>Proceso penal c. X</i>

Tribunal Supremo

Sala y fecha	Ar.	Magistrado Ponente
2ª, 10.3.2009	RJ 2009\3284	<i>Adolfo Prego de Oliver y Tolivar</i>
2ª, 27.5.2010	RJ 2010\6159	<i>Joaquín Giménez García</i>
2ª, 17.6.2010	RJ 2010\6674	<i>Juan Saavedra Ruiz</i>

Audiencias Provinciales

Tribunal, Sala y fecha	Ar.	Magistrado Ponente
Navarra, Sec. 2ª, 1.4.2008	ARP 2008\421	<i>José Francisco Cobo Sáenz</i>
Barcelona, Sec. 20ª, 14.1.2009	ARP 2009\598	<i>Francisco Orti Ponte</i>
Barcelona, Sec. 9ª, 6.7.2009	ARP 2009\1056	<i>Jesús Navarro Morales</i>
Murcia, Sec. 3ª, 20.7.2009	ARP 2009\1060	<i>María Jover Carrión</i>

6. Bibliografía

Silvia ALLEGREZA/Mitja GIALUZ (2010), "Víctima y «supervivencia» en la Justicia penal europea", en Teresa ARMENTA/Susana OROMÍ (Coord.), *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa-América*, Cóllex, Madrid, pp. 495-526.

Coral ARANGÜENA FANEGO (2009), "Exigencias en relación con la prueba testifical contenidas en el artículo 6.3.D) del CEDH", en Javier GARCÍA ROCA/Pablo SANTOLAYA (Coord.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 431-452.

---(2009a), "La efectividad del acceso a la Justicia: autodefensa, defensa técnica y asistencia jurídica gratuita", en Mª Pía CALDERÓN CUADRADO/José LuíS IGLESIAS BUHIGUES (Coordinadores), *El Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia. Avances y Derechos Fundamentales en Materia Procesal*, Aranzadi, Navarra, pp. 287-332.

---(2011), "Sistemas alternativos de resolución de conflictos en el ámbito penal", en Rafael CABRERA MERCADO (Coord.), *Análisis de medidas para mejorar la protección policial y judicial de las víctimas de violencia de género*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, Madrid, pp. 135-168.

Teresa ARMENTA DEU (2012), *Sistemas procesales penales. La Justicia penal en Europa y América. ¿Un camino de ida y vuelta?*, Marcial Pons, Barcelona.

Andrew ASHWORTH/Mike REDMAYNE (2005), *The criminal process*, 3ª ed., Oxford University Press, Oxford.

Lorena BACHMAIER WINTER (2011), "La orden europea de investigación y el principio de proporcionalidad", *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 25/2011 (www.iustel.com).

Rafael BUSTOS GIBERT (2009), "Tribunal de Justicia y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una relación de enriquecimiento mutuo en la construcción de un sistema europeo para la protección de los derechos", en Javier GARCÍA ROCA/Pablo FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (Coord.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 147-168.

Raúl CANOSA USERA (2009), "La interpretación evolutiva del Convenio Europeo de Derecho Humanos", en Javier GARCÍA ROCA/Pablo FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (Coord.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 79-112.

Mª Pía CALDERÓN CUADRADO (2008), "Los derechos de la defensa. Una visión crítica de su reconocimiento en el ámbito de la Unión Europea", en Andrés DE LA OLIVA SANTOS (Dir.), *La Justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Cóllex, Madrid, pp. 81-116.

Mario CHIAVARIO (2008), "La normativa sobre las pruebas en el proceso penal italiano: temas y problemas", en Juan Luís GÓMEZ COLOMER (Dir.), *Prueba y proceso penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 361-401.

José Manuel CHOZAS ALONSO (2010), *El interrogatorio de testigos en los procesos civil y penal. Su práctica ante los tribunales*, La Ley, Madrid.

Ignacio José CUBILLO LÓPEZ (2010), "La protección procesal del testigo menor de edad, en especial evitando su declaración en el Juicio oral", en Teresa ARMENTA/Susana OROMÍ (Coord.), *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa-América*, Cóllex, Madrid, pp. 175-185.

Montserrat DE HOYOS SANCHO (2010), "Los ancianos como víctimas especialmente vulnerables. Algunas particularidades procesales", en Manuel JAVATO/Montserrat DE HOYOS (Dir.), *Violencia, abuso y maltrato de personas mayores. Perspectiva jurídico-penal y procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 251-293.

---(2012), "La armonización del estatuto de las víctimas en la Unión Europea", en Santiago

MIR/Mirentxu CORCOY (Dir.), *Garantías Constitucionales y Derecho Penal Europeo*, Marcial Pons, Madrid, pp. 409-423.

María DÍAZ CREGO (2009), "El margen de apreciación nacional en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas referida a los derechos fundamentales", en Javier GARCÍA ROCA/Pablo FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (Coord.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 55-77.

Giulietta GAMBERINI (2008), "Les politiques supranationales européennes ou l'âme ambiguë de l'harmonisation", en Geneviève GIUDICELLI-DELAGE/Christine LAZERGES (Dir.), *La victime sur la scène penal en Europe*, Presses Universitaires de France, Paris, pp. 159-178.

Javier GARCÍA ROCA (2009), "Soberanía estatal versus integración europea mediante unos derechos fundamentales comunes: ¿cuál es el margen de apreciación nacional", en Javier GARCÍA ROCA/Pablo FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (Coord.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 15-53.

Pedro GARCIANDÍA GONZÁLEZ (2009), "Derecho al interrogatorio de testigos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: un examen a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo", en M^a Pía CALDERÓN CUADRADO/José LuíS IGLESIAS BUHIGUES (Coordinadores), *El Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia. Avances y Derechos Fundamentales en Materia Procesal*, Aranzadi, Navarra, pp. 333-360.

Fernando GASCÓN INCHAUSTI (2009), "Los procesos penales en Europa: líneas de evolución y tendencias de reforma", *Revista Derecho Procesal*, núm. 1, pp. 469-498.

Ignacio FLORES PRADA (2011), *La prueba anticipada en el proceso italiano*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Javier HERNÁNDEZ GARCÍA/Manuel MIRANDA ESTRAMPES (2005), "¿Deben declarar los menores victimizados en el acto del juicio oral? (A propósito de la STEDH caso S.N. contra Suecia, de 2 de julio de 2002)", *La Ley*, núm. 6335 (<http://diariolaley.laley.es/content/Inicio.aspx>).

Giulio ILLUMINATI (2008), "El sistema acusatorio en Italia", en Lorena BACHMAIER WINTER (Coord.), *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, pp. 135-160.

Mar JIMENO BULNES (2011), *Un proceso europeo para el siglo XXI*, Civitas, Madrid.

Marie-Laure LANTHIEZ (2008), "La clarification des fondements européens des droits des victimes", en Geneviève GIUDICELLI-DELAGE/Christine LAZERGES (Dir.), *La victime sur la scène penal en Europe*, Presses Universitaires de France, Paris, pp. 145-158.

Luca LUPÀRIA/Hervé BELLUTA (2010), "El testimonio de la víctima vulnerable en el proceso penal italiano", en Teresa ARMENTA/Susana OROMÍ (Coord.), *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa-América*, Cóllex, Madrid, pp. 367-384.

Magdalena MARTÍN MARTÍNEZ (2011), "Protección a las víctimas, violencia de género y cooperación judicial penal en la Unión Europea post-Lisboa", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 39, pp. 407-442.

Aurélien MARTINI (2008), "La victime en Angleterre: une formidable absence, partout présente", en Geneviève GIUDICELLI-DELAGE/Christine LAZERGES (Dir.), *La victime sur la scène penal en Europe*, Presses Universitaires de France, Paris, pp. 46-67.

Manuel MIRANDA ESTRAMPES (2009), "Particularidades de la prueba en los delitos de violencia de género", en Montserrat DE HOYOS SANCHO (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, pp. 449-474.

Carmen NAVARRO VILLANUEVA (2009), "Protección a testigos y peritos", *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, núms. 3 y 4, pp. 91-118.

Jordi NIEVA FENOLL (2012), "La declaración de niños en calidad de partes o testigos", *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, núm. 1, pp. 121-141.

Guillermo ORMAZÁBAL SÁNCHEZ (2010), "El derecho de confrontación del acusado con los testigos-víctima en el proceso penal español. Especial referencia al menor testigo", en Teresa ARMENTA/Susana OROMÍ (Coord.), *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa-América*, Cóllex, Madrid, pp. 135-147.

Susana OROMÍ VALL-LLOBERA (2007), "El estatuto de la víctima en el proceso penal: visión general de su transposición a las legislaciones procesales de los Estados miembros de la UE", en Andrés DE LA OLIVA/Teresa ARMENTA/M^a Pía CALDERÓN (Coord.), *Garantías fundamentales del proceso penal en el espacio judicial europeo*, Cóllex, Madrid, pp. 129-157.

Mónica-Galdana PÉREZ MORALES (2010), "La prueba preconstituida en el ámbito de la Decisión Marco 2001/220: necesidad de modificar la LECrim", en Teresa ARMENTA/Susana OROMÍ (Coord.), *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa-América*, Cóllex, Madrid, pp. 187-196.

Argelia QUERALT JIMÉNEZ (2009), "El alcance del efecto de cosa interpretada de las sentencias del TEDH", en Javier GARCÍA ROCA/Pablo FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (Coord.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 229-255.

Gonzalo QUINTERO OLIVARES (2005), "La víctima y el derecho penal", en Josep M^a TAMARIT (Coord.), *Estudios de Victimología. Actas del I Congreso español de victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 15-26.

María RIOJA GARCÍA (2009), "El Tratado de Lisboa: reformas en el espacio de libertad, seguridad y justicia. Especial referencia al ámbito de la cooperación judicial penal", *Revista Unión Europea Aranzadi*, núm. 4, pp. 5-17.

Aurelia María ROMERO COLOMA (2004), *Problemática jurídica de los testimonios y declaraciones de menores de edad*, Civitas, Madrid.

Pablo SANTOLAYA MACHETTI (2009), "Derecho a la vida privada y familiar: un contenido notablemente ampliado del derecho a la intimidad", en Javier GARCÍA ROCA/Pablo SANTOLAYA (Coord.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2^a ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 545-566.

Bern SCHÜNEMANN (2009), "Protection of children and other vulnerable victims against secondary victimisation: making it easier to testify in Court", *ERA Forum*, vol. 10, pp. 387-396.

José Antonio TOMÉ GARCÍA (2006), "El estatuto de la víctima en el proceso penal según la decisión marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001 y su incorporación en el ordenamiento español", en Teresa ARMENTA/Fernando GASCÓN/Marina CEDEÑO (Coord.), *El Derecho Procesal en la Unión Europea. Tendencias actuales y perspectivas de futuro*, Cóllex, Madrid, pp. 129-157.

Josep M^a TAMARIT SUMALLA (1998), *La víctima en el Derecho Penal. De la víctima-dogmática a una dogmática de la víctima*, Aranzadi, Navarra.

Josep M^a TAMARIT SUMALLA/Carolina VILLACAMPA ESTIARTE (2002), "La protección del menor víctima de abusos sexuales en el proceso penal", en Josep M^a TAMARIT, *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual. Análisis de las reformas penales en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores*, 2^a ed., Aranzadi, Navarra, pp. 131-149.

Marc VERDUSSEN (2005), "La Convention Européenne des Droits de l'Homme et les Droits de la Victime dans le procès penal", en Yves STRICKLER (Dir.), *La place de la victime dans le procès pénal*, Bruylant, Bruxelles, pp. 147-167.

Begoña VIDAL FERNÁNDEZ (2008), "El estatuto de la víctima en el proceso penal de la Unión Europea", en Montserrat DE HOYOS (Coord.), *El proceso penal en la Unión Europea: garantías esenciales*, Lex Nova, Valladolid, pp. 207-229.

Carolina VILLACAMPA ESTIARTE (2011), *El delito de la trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra.

---(2011a), "La nueva Directiva europea relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. ¿Cambio de rumbo de la política de la Unión en materia de trata de seres humanos?", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núms. 13 y 14 (www.criminet.ugr.es).

Thomas WEIGEND (2010), "«Die Strafe für das Opfer»?- Zur Renaissance des Genugtuungsgedankens im Straf-und Strafverfahrensrecht", *Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung (RW)*, núm. 1, pp. 39-57.