

CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL
SRA. JULIANE KOKOTT
presentadas el 11 de noviembre de 2004¹

I. Introducción

1. En el presente procedimiento se solicita al Tribunal de Justicia que se pronuncie por primera vez sobre la interpretación correcta de una decisión marco adoptada sobre la base de los artículos 31 UE y 34 UE, apartado 2, letra b), en concreto, 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 lo sucesivo, «Decisión marco»).² El Tribunale di Firenze desea saber si, conforme a esta Decisión marco, en un proceso penal por lesiones infligidas a niños de cinco años, éstos deben ser examinados, en el marco de la práctica anticipada de las pruebas, en condición de testigos en un acto aparte de la vista oral, a pesar de que la normativa procesal penal italiana no prevé ese incidente probatorio en el caso de tales delitos.

¹ — Lengua original: alemán.

² — DO I. 82, p. 1.

II. Marco jurídico

A. Normativa de la Unión Europea

2. Para interpretar la Decisión marco debe tenerse en cuenta el Tratado de la Unión Europea en la versión del Tratado de Amsterdam, puesto que aquella se adoptó antes de que entrara en vigor el Tratado de Niza. La fuerza normativa de las decisiones marco se deduce del artículo 34 UE, apartado 2, letra b):

«[...] Las decisiones marco obligarán a los Estados miembros en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. No tendrán efecto directo».

3. La aplicación del procedimiento prejudicial a los actos adoptados con arreglo al título VI del Tratado de la Unión Europea se desprende del artículo 35 UE. Sobre esta

base, Italia ha emitido una declaración que permite a todos los órganos jurisdiccionales italianos plantear cuestiones prejudiciales.

6. El artículo 3 se refiere a la víctima en su calidad de testigo:

4. La Decisión marco contiene distintas disposiciones que pueden ser relevantes para la situación de los menores de edad cuando son víctimas y testigos en procesos penales.

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

5. El artículo 2 tiene por objeto, en general, el respeto y reconocimiento de las víctimas:

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

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

7. Los Estados miembros deben desarrollar procedimientos especiales de examen de testigos, que se atengan a lo dispuesto en el artículo 8, apartado 4:

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

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

B. Normativa italiana

8. Según indica el órgano jurisdiccional remitente, en la normativa procesal penal italiana el juicio oral debe constituir el núcleo del proceso. Por ese motivo, la práctica de la prueba debe tener lugar básicamente a instancia de las partes, en el marco del debate entre las mismas durante la vista, bajo el control directo del juez. No obstante, se ha introducido también la institución del incidente probatorio, que permite la práctica anticipada de aquellas pruebas que, por su naturaleza, no pueden aplazarse hasta el juicio oral. Puede ser solicitado indistintamente por la acusación o por la defensa. Sobre tal solicitud decide el juez de instrucción preliminar, el cual, en caso de admitirla, procede entonces directamente a la práctica de la prueba en un procedimiento contradictorio con las partes. La prueba así practicada tiene total fuerza probatoria, idéntica a la practicada en el juicio oral.

9. El órgano jurisdiccional remitente observa que el legislador ha procedido a enumerar de forma específica y taxativa los supuestos en que puede recurrirse a tal instrumento procesal, bien señalando cuáles son los tipos de prueba que pueden practicarse mediante el incidente, o bien estableciendo las especiales características fácticas que justifican el recurso a la práctica anticipada de la prueba.

10. El artículo 392, apartado 1, del codice di procedura penale (Código de Enjuiciamiento Criminal; en lo sucesivo, «CPP») establece, en particular, que se podrá practicar una prueba testifical mediante incidente probatorio si existe un motivo fundado para considerar que el testigo no podrá ser examinado en el juicio oral por enfermedad u otro impedimento grave, o bien si, en virtud de elementos concretos y específicos, existe un motivo fundado para estimar que el testigo se vea expuesto a violencia, amenazas, ofertas o promesas de dinero o de otras ventajas, para que no testifique o para que preste falso testimonio. Con arreglo a sucesivas modificaciones legales, si se procede por delitos contra la libertad sexual o de carácter sexual, el juez podrá ordenar el incidente probatorio que tenga por objeto tomar declaración testifical a una persona menor de dieciséis años.

11. Con arreglo al artículo 398, apartado 5 *bis*, del CPP, si se procede por delitos contra la libertad sexual o de carácter sexual y debe practicarse mediante incidente probatorio la prueba testifical de un menor de dieciséis años, el juez podrá disponer formas particulares de práctica y levantamiento del acta de la prueba, si la situación del menor lo hace necesario o parece oportuno. Dichas formas consisten en la posibilidad de que la vista se desarrolle en un lugar distinto de la sede del tribunal y, en particular, en lugares específicos o en el domicilio del menor. Además, las declaraciones testificales deberán ser documentadas

en su integridad con medios de reproducción fonográfica o audiovisual.

recurriendo, en su caso, a especialistas en psicología infantil, por la delicadeza que exigían los hechos y su gravedad, así como por la dificultad de acercamiento a las personas que habían de ser examinadas como consecuencia de su escasa edad.

III. Antecedentes de hecho y petición de decisión prejudicial

12. Ante el órgano jurisdiccional remitente se tramita un procedimiento penal contra la maestra Sra. Pupino, a la que se acusa de haber castigado y lesionado de modo abusivo, durante los meses de enero y febrero de 2001, a los menores confiados a su custodia.

13. En agosto de 2001 el Ministerio Fiscal propuso el incidente probatorio para tomar declaración testifical a ocho niños nacidos en 1996, víctimas y testigos de los hechos objeto del procedimiento. Alegó que tal prueba no podía retrasarse hasta el juicio oral dada la escasa edad de los testigos y la consiguiente e inevitable modificación de su situación psicológica, así como de un eventual proceso de «represión psicológica». Además, solicitó que se procediera a la práctica de la prueba según las modalidades protegidas, es decir, que la vista se desarrollara en un lugar específico en condiciones que garantizaran la dignidad de los menores, la necesidad de confidencialidad y su tranquilidad anímica,

14. La defensa se opuso a esa solicitud alegando que el incidente probatorio no está previsto para el delito imputado en el procedimiento principal.

15. El juez considera que, en virtud de las disposiciones de Derecho procesal penal italiano, debe desestimarse la solicitud del Ministerio Fiscal puesto que el incidente probatorio, en cuanto instrumento de práctica anticipada de la prueba con respecto al juicio oral, es un mecanismo procesal absolutamente excepcional que no puede aplicarse más que en los casos expresamente previstos por la ley.

16. No obstante, opina que la limitación en la aplicación del procedimiento del incidente probatorio que lleva a cabo la normativa italiana vulnera los artículos 2, 3 y 8 de la Decisión marco. Entiende que una persona menor de edad es siempre una «víctima especialmente vulnerable» a efectos del artículo 2, apartado 2, de la Decisión marco. Por ello considera que, para su protección, deben poder aplicársele modalidades especiales para la práctica de la prueba testifical,

con independencia del tipo delictivo de que se trate. Del artículo 3 de la Decisión marco el órgano jurisdiccional remitente deduce que debe evitarse por principio repetir sucesivamente el examen testifical de la víctima por la carga psicológica que conlleva. Debido al carácter especialmente vulnerable de las víctimas menores de edad, hay que apartarse del principio conforme al cual sólo tienen fuerza probatoria las testificaciones realizadas en el juicio oral. Del artículo 8, apartado 4, de la Decisión marco el órgano jurisdiccional remitente infiere el principio según el cual el juez debe tener siempre la posibilidad de excluir la audiencia pública si estima que ésta puede tener consecuencias negativas en la víctima en calidad de testigo.

17. Dado que el órgano jurisdiccional remitente desea examinar las posibilidades de interpretar la normativa italiana a la luz de la Decisión marco, solicita al Tribunal de Justicia que confirme si es acertada su interpretación de los artículos 2, 3 y 8, apartado 4, de la Decisión marco.

IV. **Apreciación jurídica**

A. Legitimación para plantear una cuestión prejudicial

18. Como reconocen todos cuantos han formulado observaciones en el presente procedimiento, el órgano jurisdiccional remitente está facultado, en principio, para plantear al Tribunal de Justicia cuestiones

prejudiciales, puesto que Italia ha optado, conforme al artículo 35 UE, apartado 3, letra b), por conferir tal competencia a todos los órganos jurisdiccionales nacionales.

B. Admisibilidad de la petición de decisión prejudicial

19. Los Gobiernos francés e italiano, así como, de manera implícita, el Gobierno sueco, consideran que la petición de decisión prejudicial es inadmisibile, puesto que la respuesta del Tribunal de Justicia no es relevante en el procedimiento principal. No obstante, según la Comisión, la Decisión marco obliga a interpretar el Derecho nacional de manera conforme a sus disposiciones, de modo que, en el procedimiento principal, habría que tener en cuenta la interpretación que el Tribunal de Justicia haga de la Decisión marco.

1. Requisitos de la admisibilidad

20. Según jurisprudencia reiterada, corresponde únicamente a los órganos jurisdiccionales nacionales que conocen del litigio y han de asumir la responsabilidad de la resolución judicial que deba dictarse, apreciar, en vista de las características específicas de cada asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar su resolución como la pertinencia de las cuestiones que plantean al Tribunal de Justicia. Por consiguiente, cuando las cuestiones planteadas se refieran a la interpretación del Derecho comunitario, el Tribunal de

Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse.³ Sin embargo, el Tribunal de Justicia también ha declarado que, en supuestos excepcionales, le corresponde examinar las circunstancias en las que el juez nacional se dirige a él, con objeto de verificar su propia competencia. Con arreglo a ello no son admisibles, entre otras, las peticiones de decisión prejudicial en las que sea evidente que no tienen relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal.⁴ Aunque esta jurisprudencia se ha desarrollado a propósito del artículo 234 CE, no hay motivo para no aplicarla a las peticiones de decisión prejudicial con arreglo al artículo 35 UE.

21. Las objeciones a la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial se basan esencialmente en la opinión de que la respuesta del Tribunal de Justicia no puede tener ninguna relevancia en el procedimiento principal. Pero, en cualquier caso, en el presente procedimiento la petición de decisión prejudicial puede ser relevante para el procedimiento principal si los artículos 2, 3 y 8 de la Decisión marco desempeñan algún papel al interpretar las disposiciones italianas pertinentes.⁵ Por tanto, la petición

de decisión prejudicial es admisible si el Derecho nacional ha de interpretarse de manera conforme a la Decisión marco o si sólo puede interpretarse de esa manera (*vide infra*, epígrafe 2), y no se excluye de antemano la posibilidad de interpretar las disposiciones pertinentes de la normativa procesal penal italiana de manera conforme a las Directivas (*vide infra*, epígrafe 3).

2. Interpretación conforme con las Decisiones marco

22. En opinión de los Gobiernos de Grecia y Portugal, así como de la Comisión, las Decisiones marco también obligan a interpretar el Derecho nacional de manera conforme a sus disposiciones. En contra de esta opinión se manifiesta el Gobierno sueco, alegando que el título VI del Tratado de la Unión Europea únicamente impone un deber de cooperación entre los Estados. Por consiguiente, los actos normativos adoptados con arreglo al artículo 34 UE tienen pura naturaleza de Derecho internacional público, de manera que no pueden generar ninguna obligación basada en el Derecho de la Unión Europea y que consista en que los órganos jurisdiccionales nacionales interpreten el Derecho nacional de manera conforme a sus disposiciones. En la vista oral los Gobiernos de Italia y Gran Bretaña también manifestaron sus reservas a este respecto.

23. Los criterios básicos de la interpretación conforme que resultan de la jurisprudencia

3 — Sentencias de 19 de diciembre de 1968, Salgoil (13/68, Rec. pp. 679 y ss., especialmente p. 690); de 15 de diciembre de 1995, Bosman y otros (C-415/93, Rec. p. I-4921), apartado 59; de 13 de julio de 2000, *Idéal tourisme* (C-36/99, Rec. p. I-6049), apartado 20; de 26 de septiembre de 2000, Kachelmann (C-322/98, Rec. p. I-7505), apartado 17; de 13 de marzo de 2001, PreussenElektra (C-379/98, Rec. p. I-2099), apartado 38, y de 25 de marzo de 2004, Ribaldi y otros (asuntos acumulados C-480/00, C-481/00, C-482/00, C-484/00, C-489/00, C-490/00, C-491/00, C-497/00, C-498/00 y C-499/00, Rec. p. I-2943), apartado 72.

4 — Sentencia de 16 de junio de 1981, Salonia (126/80, Rec. p. 1563), apartado 6, así como las sentencias, citadas en la nota 3, Bosman y otros, apartado 61; *Idéal tourisme*, apartado 20; Kachelmann, apartado 17; PreussenElektra, apartado 39, y Ribaldi y otros, apartado 72.

5 — En este sentido, véase la sentencia de 11 de julio de 1991, Verholen y otros (asuntos acumulados C-87/90, C-88/90 y C-89/90, Rec. p. I-3757), apartado 13.

reiterada pueden resumirse del modo siguiente: los artículos 249 CE, párrafo tercero, y 10 CE y todas las Directivas obligan a los Estados miembros, es decir, a todos los depositarios del poder público, incluidos los órganos jurisdiccionales, a alcanzar los objetivos perseguidos por las Directivas, adoptando todas las medidas, generales o particulares, apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación. De ello se deduce que, al aplicar el Derecho nacional, ya sean disposiciones anteriores o posteriores a la Directiva, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarlo está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para alcanzar el resultado perseguido y, de esa forma, atenerse a ella.⁶

24. En el caso de las decisiones marco se cumplen con creces todos esos requisitos. Aunque el artículo 10 CE no tiene un equivalente literal en el Tratado de la Unión Europea, sobre los Estados miembros de la Unión pesa igualmente una obligación de lealtad a la Unión. Por lo que aquí interesa, el artículo 34 UE, apartado 2, letra b), se corresponde con el artículo 249 CE, párrafo tercero, y, consiguientemente, las decisiones marco generan idénticas obligaciones a cargo de los Estados miembros, incluida la de interpretación conforme.

⁶ — Sentencias de 13 de noviembre de 1990, *Marleasing* (C-106/89, Rec. p. I-4135), apartado 8; de 16 de diciembre de 1993, *Wagner Miret* (C-334/92, Rec. p. I-6911), apartado 20; de 14 de julio de 1994, *Faccini Dori* (C-91/92, Rec. p. I-3325), apartado 26, y de 22 de mayo de 2003, *Connect Austria* (C-462/99; Rec. p. I-5197), apartado 38.

Más concretamente:

a) Sobre la obligación de lealtad

25. Los Gobiernos de Italia y Gran Bretaña hacen hincapié en que, en el Derecho de la Unión no existe una disposición equivalente al artículo 10 CE. Sin embargo, también en el Derecho de la Unión pesa sobre los Estados miembros y las instituciones un deber de lealtad mutua.

26. Así puede deducirse de un examen conjunto de las disposiciones del Tratado de la Unión. En el artículo 1 UE se señala que el objetivo del Tratado de la Unión es constituir una nueva etapa en el proceso creador de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, sobre la que organizar de modo coherente y solidario las relaciones entre los Estados miembros y entre sus pueblos. Este objetivo no puede alcanzarse si los Estados miembros y las instituciones de la Unión no colaboran de manera leal y respetuosa con el Derecho. La cooperación leal entre los Estados miembros y las instituciones también es el objeto central del título VI del Tratado de la Unión Europea, como se refleja en su epígrafe (Disposiciones relativas a la *cooperación* policial y judicial en materia penal) y en casi todos sus artículos.

27. Desde ese punto de vista, lo dispuesto en el artículo 10 CE, esto es, el deber de cumplir las obligaciones y de abstenerse de toda medida perniciosa, es más que evidente. Lo

mismo cabe decir respecto al Derecho de la Unión, sin que sea necesario mencionarlo expresamente.

b) Sobre el artículo 34 UE, apartado 2, letra b)

28. Además, las decisiones marco a que se refiere el Derecho de la Unión son, en su estructura, en gran parte idénticas a las directivas del Derecho comunitario. Conforme al artículo 34 UE, apartado 2, letra b), las decisiones marco obligan a los Estados miembros en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. Aunque excluye expresamente que tengan efecto directo, al menos la obligatoriedad del resultado se corresponde literalmente con la impuesta en el artículo 249 CE, párrafo tercero, que, entre otros motivos, ha dado ocasión al Tribunal de Justicia para desarrollar la doctrina de la interpretación conforme con las directivas.

29. Sin embargo, el sentido último de la objeción del Gobierno sueco es afirmar que, a pesar de que el tenor literal del artículo 34 UE, apartado 2, letra b) es parecido al del artículo 249 CE, párrafo tercero, los efectos jurídicos de ambas disposiciones no son comparables. En este sentido es cierto que el Tribunal de Justicia ha declarado, especialmente en relación con el Espacio Económico Europeo, que la

coincidencia literal de las disposiciones de un acuerdo con disposiciones comunitarias equivalentes no significa que ambas deban ser interpretadas de manera necesariamente idéntica. En efecto —también según el artículo 31 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969—, un tratado internacional no ha de interpretarse exclusivamente en función de los términos en que está redactado, sino también a la luz de sus objetivos.⁷

30. Al igual que el Tratado CE⁸ o que el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, el Tratado de la Unión Europea también tiene su origen en el Derecho internacional público. Se distingue del Tratado CE en su menor grado de integración, y del Acuerdo EEE, sobre todo, en su finalidad.

31. El menor grado de integración del Tratado de la Unión se muestra ya en la definición de la decisión marco, que excluye todo efecto directo. Las competencias que el artículo 35 UE atribuye al Tribunal de Justicia también son menores que las establecidas en el Tratado CE. El artículo 5 excluye expresamente su competencia para controlar determinadas materias cuando se

7 — Dictamen 1/91, de 14 de diciembre de 1991, EEE I (Rec. p. I-6079), apartado 14; véanse asimismo las sentencias de 1 de julio de 1993, *Metalsa* (C-312/91, Rec. p. I-3751), apartado 12; de 2 de marzo de 1999, *Eddine El-Yassini* (C-416/96, Rec. p. I-1209), apartado 47, y de 20 de noviembre de 2001, *Jany y otros* (C-268/99, Rec. p. I-8615), apartado 35.

8 — Sentencias de 5 de febrero de 1963, *Van Gend & Loos* (26/62, Rec. pp. 3 y ss., especialmente p. 24), y de 15 de julio de 1964, *Costa/Enel* (6/64, Rec. pp. 1253 y ss., especialmente p. 1269).

cuestione la validez o la proporcionalidad de operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro, o el ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros respecto al mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior. El procedimiento de decisión prejudicial únicamente es posible si el Estado miembro de que se trate opta por aceptarlo («opt-in») expresamente y la Comisión no puede iniciar ningún procedimiento por incumplimiento. Además, las decisiones del Consejo no requieren necesariamente una propuesta de la Comisión, y pueden adoptarse a instancias de los Estados miembros. Conforme al artículo 34 UE, apartado 2, el Consejo no decide por mayoría, sino, en principio, por unanimidad. Por último, conforme al artículo 39 UE, la participación del Parlamento se limita a una consulta.

32. Sin embargo, a diferencia del Acuerdo EEE, destinado únicamente a aplicar un régimen de libre comercio y de competencia en las relaciones comerciales y económicas entre los Estados contratantes⁹ y que no prevé la transferencia de derechos soberanos a los órganos internacionales creados por él,¹⁰ el Tratado de la Unión constituye, conforme al artículo 1, párrafo segundo, una nueva etapa en el proceso creador de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa. Con tal fin, completa la actividad de las Comunidades Europeas con otras políticas y formas de cooperación. El término *políticas* indica que, en contra de lo que opina el Gobierno sueco, el Tratado de la Unión no sólo regula la cooperación interestatal, sino también el ejercicio común de

soberanía por parte de la Unión. Por lo demás, el artículo 3 UE, párrafo primero, obliga a la Unión a mantener el acervo comunitario y a desarrollarlo.¹¹

33. La mayor integración descrita con la fórmula «cooperación cada vez más estrecha» también se muestra en el desarrollo del Tratado de la Unión, que, después de haber sido adoptado mediante el Tratado de Maastricht, se ha ido aproximando cada vez más, en los Tratados de Amsterdam y Niza, a las estructuras del Derecho comunitario, con el que se fusionará completamente en el Tratado por el que se instituye una Constitución Europea.

34. Por consiguiente, la decisión marco está, según se define, muy próxima a la directiva y el artículo 34 UE, apartado 2, letra b), debe interpretarse de la misma forma que el artículo 249 CE, párrafo tercero, en la medida en que coincida el contenido de ambas disposiciones.

35. No obstante, en la vista oral el Gobierno del Reino Unido objetó que, a diferencia de

9 — Dictamen EEE I, citado en la nota 7, apartado 15.

10 — Dictamen EEE I, citado en la nota 7, apartado 20.

11 — La transferencia del acervo comunitario al Derecho de la Unión queda ilustrada en la sentencia de 11 de febrero de 2003, Gözütok y Brügger (asuntos acumulados C-187/01 y C-385/01, Rec. p. I-1345), apartado 45, en la que se aplica el principio de interpretación del efecto útil en el marco del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes (DO 2000, L 239, p. 19).

lo que sucede en el Tratado CE,¹² tratándose de los actos jurídicos contemplados en el artículo 34 UE no existe un sistema completo de recursos y procedimientos judiciales que garantice el control de legalidad de los actos de las instituciones. En su opinión, la legalidad de dichos actos únicamente puede controlarse por la vía de las peticiones prejudiciales, si el Estado miembro de que se trate ha reconocido, con arreglo al artículo 35 UE, apartado 2, la competencia del Tribunal de Justicia para pronunciarse con carácter prejudicial. Los particulares, continúa, tampoco tienen ninguna posibilidad de ejercitar una acción directa. El Gobierno italiano mantuvo una postura similar. A ella hay que oponer que la interpretación conforme no da lugar a la introducción de nuevas normas, sino que presupone la existencia de normas que, dentro de lo permitido por el Derecho nacional, pueden ser interpretadas de manera conforme a la decisión marco. Consiguientemente, la tutela jurídica habría que buscarla frente a las disposiciones nacionales que hubiera que interpretar eventualmente de manera conforme.

c) Conclusión provisional

36. En resumen, del artículo 34 UE, apartado 2, letra b), y del principio de lealtad a la Unión se deduce que las decisiones marco obligan a los órganos jurisdiccionales nacio-

nales a interpretar el Derecho nacional, ya sean disposiciones anteriores o posteriores a la decisión marco, haciendo todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la decisión marco, para alcanzar el resultado perseguido por ésta.

37. Aunque se compartiera la tesis del Gobierno sueco que considera las decisiones marco actos de Derecho internacional público, la interpretación del Derecho nacional conforme con ellas es, incluso, en ese caso, lógica. En efecto, las decisiones marco también vinculan como actos de Derecho internacional público a los Estados miembros. Por tanto, como señaló el Gobierno británico en la vista, aun partiendo de la naturaleza jurídico-internacional pública de las decisiones marco habría que afirmar que todos los órganos de los Estados miembros, incluidos los jurisdiccionales, deben actuar en cumplimiento de esa obligación. Sin embargo, el Gobierno británico indica asimismo que esta forma de interpretación conforme no puede beneficiarse del principio de primacía del Derecho comunitario y, por consiguiente, posiblemente deba quedar postergada frente a otras formas de interpretación, en función del Derecho nacional. No obstante, esto no quiere decir que la respuesta del Tribunal de Justicia no sea útil al interpretar las normas nacionales de adaptación.

3. Posibilidad de realizar una interpretación conforme en el procedimiento principal

38. Sin embargo, la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial presupone, también en el caso de una obligación de

12 — Véase la sentencia de 25 de julio de 2002, Unión de Pequeños Agricultores/Consejo (C-50/00 P, Rec. p. I-6677), apartado 40.

realizar una interpretación conforme, que dicha obligación no carezca manifiestamente de pertinencia en el procedimiento principal de que se trate por ser de todo punto imposible una interpretación conforme con la decisión marco.

39. A este respecto, los Gobiernos italiano y francés objetan que, en el presente asunto, las disposiciones contrarias de Derecho italiano impiden alcanzar el resultado deseado por el órgano jurisdiccional remitente. Hay que reconocer que esta objeción es acertada: sólo se puede llevar a cabo una interpretación conforme si el Derecho nacional abre tal posibilidad. Así lo manifiesta el Tribunal de Justicia con la expresión «hacer todo lo posible». ¹³ Aunque los objetivos de la disposición del Tratado UE exijan primacía frente a todos los demás métodos de interpretación, no pueden dar lugar a un resultado distinto del que pudiera alcanzarse en Derecho nacional por vía interpretativa. ¹⁴ Corresponde únicamente a los órganos jurisdiccionales nacionales determinar en qué medida lo permite, en último término, el Derecho nacional. ¹⁵

40. Sin embargo, en el presente asunto no es evidente que la interpretación conforme con

la Decisión marco sea imposible y, por tanto, que la respuesta del Tribunal de Justicia sea de todo punto inútil para el órgano jurisdiccional remitente. El propio Gobierno italiano indica una posible base jurídica que permitiría dispensar una protección especial en la vista pública a los testigos menores de edad, ¹⁶ en la que el órgano jurisdiccional remitente no había reparado. Respecto al incidente probatorio, tampoco parece imposible interpretar la expresión «u otro impedimento grave», contenida en el artículo 392, apartado 1, del CCP, en el sentido de que incluye la pérdida de memoria y la carga psicológica que sufren los menores cuando declaran en la vista oral, y basar el incidente probatorio en una disposición distinta del artículo 392, apartado 1 *bis*, del CCP. Por lo demás, a pesar de que el órgano jurisdiccional remitente parte de que se ha infringido la Decisión marco, también parte de la posibilidad de llevar a cabo una interpretación conforme. Aunque la resolución de remisión presente contradicciones a este respecto, no corresponde al Tribunal de Justicia poner en entredicho esta apreciación.

41. En contra de la opinión de los Gobiernos francés, griego y neerlandés, la obligación de llevar a cabo una interpretación conforme en el marco de la normativa procesal penal tampoco está sometida a limitaciones especiales en el Tratado UE, que excluyan la

13 — Véanse las referencias de la nota 6.

14 — Sentencias de 10 de abril de 1984, Von Colson y Kamann (14/83, Rec. p. 1891), apartado 25, y Wagner Miret, citada en la nota 6, apartado 22. De otra opinión es el Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer en las conclusiones que presentó el 27 de abril de 2004 en el asunto Pfeifer y otros (asuntos acumulados C-397/01 a C-403/01, Rec. p. I-8835, pp. I-8839 y I-8859), puntos 24 y ss. Véase asimismo la sentencia de 5 de octubre de 2004, recaída en dicho asunto, apartado 116.

15 — Sentencia de 7 de enero de 2004, X (C-60/02, Rec. p. I-651), apartados 58 y ss.

16 — Véanse las pp. 5 y 6 de las declaraciones del Gobierno italiano.

pertinencia de la petición de decisión prejudicial. Ciertamente, el principio de legalidad de las penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege [scripta]*)¹⁷ ha de ser tenido en cuenta.¹⁸ Dicho principio forma parte de los principios generales del Derecho, comunes a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros. También está anclado en el artículo 7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en lo sucesivo, «CEDH»), en el artículo 15, apartado 1, primera frase, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,¹⁹ así como en el artículo 49, apartado 1, primera frase, de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Se trata de una manifestación especial del principio de seguridad jurídica en Derecho penal material.

42. Pero el presente asunto no se refiere al Derecho penal material, sino al Derecho procesal penal. No se trata, por tanto, de fundamentar o agravar la responsabilidad penal, sino del procedimiento de determina-

ción de tal responsabilidad. Por ello lo que debe aplicarse no es el principio *nulla poena sine lege*, sino el principio de procedimiento justo, que se detalla a continuación.

43. Tampoco impide llevar a cabo una interpretación conforme la circunstancia de que los hechos que deban investigarse ocurrieran antes de la adopción de la Decisión marco. Es jurisprudencia reiterada que, en caso de disposiciones procesales hay que partir, en general, de que son aplicables a todos los procedimientos pendientes en el momento de su entrada en vigor.²⁰

44. Por consiguiente, en el presente asunto no está manifiestamente excluida la obligación de interpretar el Derecho italiano de manera conforme con la Decisión marco. Por tanto, procederá declarar la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial.

17 — Conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer, de 18 de junio de 1996, en el asunto en el que recayó la sentencia de 12 de diciembre de 1996, X (asuntos acumulados C-74/95 y C-129/95, Rec. pp. I-6609 y ss., especialmente p. I-6612), punto 43. Conclusiones del Abogado General St. Jacobs, de 24 de octubre de 1996, Tombesi y otros (asuntos acumulados C-304/94, C-330/94, C-342/94 y C-224/95, Rec. p. I-3564), punto 37.

18 — A este respecto, véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de diciembre de 1996, X, apartados 24 y 25., que se remite a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de mayo de 1993, Kokkinakis (Serie A, n.º 260-A), apartado 52, y de 22 de noviembre de 1995, S. W./Reino Unido (Serie A, n.º 335-B), apartado 35, y C. R./Reino Unido (Serie A, n.º 335-C), apartado 33. Véanse asimismo las sentencias del Tribunal de Justicia de 10 de julio de 1984, Kirk (63/83, Rec. p. 2689), apartado 22; de 8 de octubre de 1987, Kolpinghuis Nijmegen (80/86, Rec. p. 3969), apartado 13; de 26 de septiembre de 1996, Arcaro (C-168/95, Rec. p. I-4705), apartado 42, y X (citada en la nota 15), apartados 61 y ss. A este respecto véanse también las conclusiones que presenté el 10 de junio de 2004, en el asunto en el que recayó la sentencia de 11 de noviembre de 2004, Niselli (C-457/02, Rec. p. I-10853, p. I-10855), puntos 53 y ss., y el 14 de octubre de 2004, Berlusconi (asuntos acumulados C-387/02, C-391/02 y C-403/02, Rec. p. I-3565, p. I-3568), puntos 140 y ss.

19 — Hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 (UN Treaty Series, Volumen 999, p. 171).

C. Interpretación de la Decisión marco

45. El órgano jurisdiccional remitente desea saber fundamentalmente si los artículos 2, 3 y 8 de la Decisión marco imponen la obligación de que el testimonio de ocho

20 — Sentencias de 12 de noviembre de 1981, Salumi y otros (asuntos acumulados 212/80, 213/80, 214/80, 215/80, 216/80 y 217/80, Rec. p. 2735), apartado 9; de 6 de julio de 1993, CT Control (Róterdam) y JCT Benelux/Comisión (asuntos acumulados C-121/91 y C-122/91, Rec. p. I-3873), apartado 22; de 7 de septiembre de 1999, De Haan (C-61/98, Rec. p. I-5003), apartados 13 y 14, y de 1 de julio de 2004, Tsapalos y Diamantakis (asuntos acumulados C-361/02 y C-362/02, Rec. p. I-6405), apartado 19.

niños de cinco años de edad se recoja por la vía del incidente probatorio, de un modo adecuado a la edad de estos menores, en su condición de testigos de presuntos delitos de maltrato físico de los que fueron víctimas. En su opinión se corre el riesgo, por una parte, de que, debido al desarrollo psicológico de los niños, disminuya su capacidad de recordar los hechos y, por otra parte, su examen en el acto (posterior) del juicio oral tenga consecuencias psicológicas perjudiciales para dichos menores.

47. Por tanto, a continuación se examinará si los menores de que se trata en el procedimiento principal deben ser considerados víctimas especialmente vulnerables. En su caso habrá que examinar, seguidamente, si el incidente probatorio es el que responde de la mejor manera posible a su situación, garantizando, en particular, su participación eficaz en el procedimiento como testigos.

1. La base jurídica de la Decisión marco

46. La base jurídica de tal obligación podría encontrarse en los artículos 2, apartado 2, 3 y 8, apartado 4, de la Decisión marco. Con arreglo al artículo 2, apartado 2, debe dispensarse a las víctimas especialmente vulnerables un trato específico que responda de la mejor manera posible a su situación. El artículo 8, apartado 4, concreta esta obligación. Exige que se proteja a las víctimas, sobre todo a las más vulnerables, de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, que puedan por resolución judicial, testificar en condiciones que permitan alcanzar ese objetivo, por cualquier medio adecuado compatible con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico de que se trate. Conforme al artículo 3, los Estados miembros deben garantizar a la víctima la posibilidad de ser oída durante las actuaciones y de facilitar elementos de prueba. Deben tomar las medidas necesarias para que sus autoridades sólo interroguen a la víctima en la medida necesaria para el proceso penal.

48. Aunque el órgano jurisdiccional remitente no ha formulado ninguna cuestión a este respecto se impone, antes de interpretar las citadas disposiciones, reflexionar sobre si pueden fundarse en la norma de atribución de competencias elegida como base jurídica. Precisamente en el caso de los actos a que se refiere el artículo 34 UE hay que prestar especial atención a las dudas sobre su legalidad ya que, como señala el Gobierno británico, la tutela jurídica frente a estos actos es limitada.²¹ Es cierto que un acto jurídico disfruta de una presunción de legalidad y, por lo tanto, produce efectos jurídicos mientras no haya sido revocado, anulado en el marco de un recurso de anulación o declarado inválido a raíz de una cuestión prejudicial o de una excepción de ilegalidad. Sin embargo, este principio no se aplica a los actos que adolezcan de una irregularidad cuya gravedad sea tan evidente que no pueda ser tolerada. Estos actos deben

21 — Véase el punto 35 *supra*.

ser considerados *inexistentes*.²² Por ello, en un procedimiento prejudicial el Tribunal de Justicia debe examinar de oficio la legalidad de las disposiciones que deban interpretarse, al menos cuando existan graves dudas al respecto. En efecto, una interpretación de tales disposiciones sólo tiene sentido si producen efecto.

49. A primera vista podría dudarse de que los artículos 31 UE y 34 UE, apartado 2, letra b), proporcionen base jurídica suficiente a las disposiciones que deben interpretarse. El artículo 34 UE, apartado 2, letra b), define únicamente la Decisión marco como un acto que puede adoptarse. Por tanto, el artículo 31 UE es el único que puede proporcionar una base jurídica para la atribución de competencias respecto del contenido de las disposiciones que deben interpretarse. Conforme a él, la acción en común sobre cooperación judicial en materia penal incluye distintos ámbitos —enumerados en las letras a) a e)— que, sin embargo, son difícilmente asimilables a la protección de las víctimas. La protección de las víctimas no puede incluirse en la facilitación y aceleración de la cooperación en relación con las causas y la ejecución de resoluciones [letra a)], ni en la facilitación de la extradición [letra b)], la prevención de conflictos de jurisdicción [letra d)] o la armonización de los elementos constitutivos de los delitos [letra e)]. La consecución de la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros, en la medida necesaria para mejorar dicha cooperación, [letra c)] es la única materia que podría incluir la protec-

ción de las víctimas. No obstante, la adopción de niveles comunes en la protección de las víctimas no es absolutamente necesaria para mejorar la cooperación.

50. Sin embargo, la enumeración de los ámbitos de la acción en común no es exhaustiva, como se ve claramente en la versión francesa de la frase introductoria. En lugar de la expresión «einschließen» («incluirá») dicha versión emplea la expresión «viser entre autres» («incluirá, entre otras»). Por tanto, cada una de las políticas describe ámbitos normativos meramente potenciales, sin delimitar estrictamente por ello la competencia de la Unión. Esta competencia debe determinarse a la luz de los objetivos generales de cooperación policial y judicial en materia penal, tal como se contempla en el artículo 29 UE. Conforme a ella, el objetivo principal es ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia, a lo que debe contribuir, en particular, una mejor cooperación judicial.

51. En este ámbito merece destacarse ciertamente la protección de los ciudadanos que hayan sido víctimas de un delito, a pesar de todos los esfuerzos por proporcionarles seguridad. Al mismo tiempo, la elaboración de niveles comunes de protección de las víctimas cuando presten declaración en procedimientos penales también promueve la cooperación de las autoridades judiciales, puesto que garantiza que tales testimonios sean válidos en todos los Estados miembros. Por último, el requisito de que el Consejo adopte las decisiones marco por unanimidad garantiza que ningún Estado miembro quede sometido a una decisión marco sin su aquiescencia.

22 — Sentencia de 5 de octubre de 2004, Comisión/Grecia (Ouzo) (C-475/01, Rec. p. I-8923), apartados 18 y 19.

52. Por consiguiente, a pesar de las incertidumbres que pudieran aparecer a primera vista en relación con la base jurídica de las disposiciones que deben interpretarse, no cabe afirmar sin más que éstas no estén amparadas por las competencias legislativas de la Unión. En la vista oral los Gobiernos francés y neerlandés, así como la Comisión, se manifestaron también en este sentido al responder a preguntas formuladas al respecto. Por tanto, la respuesta a la cuestión prejudicial no carece de interés debido a, por ejemplo, la inexistencia del derecho que debe interpretarse.

2. El carácter de víctimas especialmente vulnerables de los niños

53. Al igual que el órgano jurisdiccional remitente, la Comisión parte de que los niños son, en principio, víctimas especialmente vulnerables. La Comisión se basa sobre todo, en el quinto considerando de la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos,²³ conforme al cual los niños son más vulnerables, y por tanto corren un riesgo mayor de ser víctimas de la trata de seres humanos. Por el contrario, según el Gobierno francés, el grado de vulnerabilidad debe apreciarse teniendo en cuenta todas las circunstancias de cada caso concreto. Para ello hay que tomar en consideración la edad y el delito, pero también otros elementos.

54. La Decisión marco no define qué víctimas son especialmente vulnerables. En concreto, no indica en modo alguno que los niños sean especialmente vulnerables. La propuesta de Portugal sí contenía una indicación en ese sentido, al referirse expresamente, en el artículo 2, apartado 2 y en el artículo 8, apartado 4, a la edad como motivo de especial vulnerabilidad.²⁴ El Parlamento llegó incluso a exigir expresamente que en el artículo 3 se mencionara de manera especial a los niños.²⁵

55. La renuncia a tal concreción de las víctimas especialmente vulnerables obedece a que la vulnerabilidad especial puede deberse a una multiplicidad de factores que no permite incluirlos en una única definición. Así lo ponen de manifiesto los documentos de referencia relativos a los esfuerzos por conseguir una protección de las víctimas a nivel europeo. La comunicación de la Comisión, de 1999,²⁶ mencionada en el segundo considerando de la Decisión marco, tenía por objeto casi exclusivo la situación de los ciudadanos de la Unión que fueran víctimas de delitos en otros Estados miembros. A este respecto la Comisión mencionó también la posibilidad de facilitar su participación en procedimientos penales en otros Estados miembros, por ejemplo mediante

24 — Iniciativa de la República Portuguesa con vistas a la adopción de una Decisión marco relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (DO 2000, C 243, pp. 4 y ss.).

25 — Resolución legislativa de 12 de diciembre de 2000 (DO C 232, de 17 de agosto de 2001, pp. 61 y ss.). Propuestas de modificación n.º 13 y 25; véase asimismo el informe n.º A5-0355/2000 de la parlamentaria Carmen Cerdeira Morterero, de 24 de noviembre de 2000, pp. 11, 12 y 17.

26 — Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social — Víctimas de delitos en la Unión Europea — Normas y medidas [COM (1999) 349 def.].

23 — DO L 203, p. 1.

videoconferencias o declaraciones prestadas por teléfono.²⁷ Medidas similares se exigían también en una antigua resolución del Consejo, que, sin embargo, tenía por objeto la protección de los testigos contra cualquier forma de amenaza, presión o intimidación directa o indirecta.²⁸ Las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere mencionadas en el tercer considerando, se referían a la protección de las víctimas únicamente desde el punto de vista de su acceso a la justicia.²⁹ La recomendación del Consejo Europeo mencionada por el Gobierno portugués en su propuesta de Decisión marco se refería, en general, al respeto a la víctima y a su dignidad durante el procedimiento penal,³⁰ así como a la necesidad especial de protección de las víctimas del crimen organizado.³¹ En relación con los niños únicamente se mencionaba la presencia, durante su declaración, de las personas a cuya custodia estuvieran.³²

56. Sin embargo, todos los Estados miembros han reconocido a nivel internacional la necesidad especial de tutela de los menores de edad. Conforme al artículo 25, apartado 2, de la Declaración Universal de Derechos del Hombre, la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales. El artículo 24, apartado 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, proclama el derecho de

todo niño a las medidas de protección por parte del Estado, que su condición de menor requiere. El Convenio sobre los Derechos del Niño, ratificado por todos los Estados miembros de la Unión³³ especifica esta obligación de tutela. En concreto, según el artículo 3, apartado 1, una consideración primordial a que debe atenderse es el interés superior del niño. El artículo 39, primera frase, obliga a los Estados miembros a adoptar todas las medidas adecuadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

57. De manera similar, el artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión garantiza el derecho de los menores a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial.

58. Puesto que, en principio, los niños necesitan especial protección, también deben ser considerados, por lo general, especialmente vulnerables cuando han sido víctimas de delitos. En el presente asunto no hay ningún indicio que permita llegar a otra conclusión. Los niños a que se refiere el procedimiento principal, de cinco años de edad en el momento en que se cometieron los hechos y en la fecha en que debían

27 — COM(1999) 349 def., p. 7.

28 — Resolución del Consejo de 23 de noviembre de 1995, relativa a la protección de los testigos en el marco de la lucha contra la delincuencia organizada internacional (DO C 327, p. 5).

29 — Conclusiones de la Presidencia — Consejo Europeo de Tampere de los días 15 y 16 de octubre de 1999, punto 32.

30 — Recomendación nº R (85) 11, del Comité Ministerial sobre la situación de las víctimas en Derecho penal y en Derecho procesal penal, de 28 de junio de 1985, nº 8.

31 — Recomendación nº R (85) 11, nº 16.

32 — Recomendación nº R (85) 11, nº 8.

33 — Adoptada y abierta a la firma y ratificación el 20 de noviembre de 1989 (UN Treaty Series, Volumen 1577, p. 43).

prestar declaración, se encontraban en una edad en la que no puede excluirse que los hechos no produjeran en ellos consecuencias psicológicas negativas. Además la acusación de malos tratos objeto del procedimiento a una maestra —es decir, una persona de confianza— es especialmente apta para producir alteraciones en el desarrollo de los menores.

59. En resumen, cabe afirmar que, en su condición de víctimas de delitos, los niños son especialmente vulnerables.

3. Necesidad del procedimiento de incidente probatorio

60. Si el órgano jurisdiccional nacional compartiera la apreciación provisional que acabo de realizar, se suscita a continuación la cuestión de si es necesario, conforme a la Decisión marco, que la declaración se realice en el procedimiento especial de incidente probatorio. El órgano jurisdiccional nacional y también el Gobierno portugués parecen suponer que, en el presente asunto, los artículos 2, apartado 2, y 3 de la Decisión marco permiten practicar un incidente probatorio anterior al juicio oral.

61. A este respecto debe señalarse, en primer lugar, que ninguno de los dos artículos impone un modo concreto de alcanzar sus objetivos. No obstante, el artículo 2, apartado 2, de la Decisión marco exige dispensar a las víctimas especialmente vulnerables un trato específico que responda *de la mejor manera posible* a su situación. De este modo la Decisión marco va más allá de la propuesta portuguesa, que sólo exigía medidas *apropiadas*. Por consiguiente, conforme al artículo 2, apartado 2, sólo es posible elegir entre dos procedimientos cuando ambos respondan de igual manera a la situación de la víctima. Además, del artículo 3, párrafo primero, se desprende que las víctimas deben tener la posibilidad de prestar testimonio efectivo durante las actuaciones. A este respecto también debe preferirse el procedimiento que permita una participación eficaz. Por último, conforme al artículo 3, párrafo segundo, las víctimas sólo deben ser interrogadas en la medida necesaria. Por tanto debe evitarse repetir innecesariamente los interrogatorios.

62. El órgano jurisdiccional nacional y el Gobierno portugués entienden que, en el presente asunto, un incidente probatorio sería menos penoso para las víctimas que una declaración posterior durante el juicio oral. Además, el órgano jurisdiccional remitente considera que en el incidente probatorio las víctimas pueden contribuir mejor a aclarar los hechos puesto que, en el acto de la vista, posiblemente ya no puedan recordarlos tan bien. De ser acertadas estas suposiciones, algo que sólo puede apreciar el órgano encargado de determinar los hechos, teniendo en cuenta a los niños afectados y, eventualmente, recabando asistencia pericial, la tramitación del procedimiento de incidente probatorio sería, efectivamente, el

trato que respondería de la mejor manera posible a la situación de los niños en el presente asunto, y que permitiría su participación como testigos en el proceso penal de una manera eficaz y, al mismo tiempo, protectora.

63. Sin embargo, los Gobiernos italiano y francés objetan que, en Derecho procesal penal italiano, el incidente probatorio es un procedimiento que, con arreglo al artículo 392, apartado 1 *bis*, del CCP, únicamente se permite en el caso de declaraciones de testigos menores de edad que hayan sido víctimas de delitos sexuales. Esta norma del Derecho italiano no excede del margen de discrecionalidad que permite la Decisión marco, y que también puso de manifiesto el Gobierno neerlandés en la vista.

64. No obstante, en el artículo 2, apartado 2, de la Decisión marco no se atisba tal margen de discrecionalidad. En particular no hay ninguna reserva para determinados delitos. Tampoco se encuentra que los delitos expresamente mencionados por el legislador italiano sean los únicos que exijan la tramitación de un incidente probatorio en aras de la protección de los menores. Al contrario, no se puede excluir que tal procedimiento sea el que responde de la mejor manera posible a la situación de las víctimas especialmente vulnerables de otros

delitos y, por tanto, el trato específico que impone la Decisión marco.³⁴

65. La única limitación es la que puede deducirse del artículo 8, apartado 4, de la Decisión marco. Conforme a esta disposición, los Estados miembros deben garantizar, cuando sea necesario proteger a las víctimas, y sobre todo a las más vulnerables, de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, que éstas puedan, por resolución judicial, testificar en condiciones que permitan alcanzar ese objetivo, por cualquier medio adecuado compatible con los principios fundamentales de su Derecho. Esta disposición constituye una *lex specialis* en relación con el artículo 2, apartado 2, de la Decisión marco, al someter la obligación de proteger a las víctimas a requisitos especiales cuando haya que evitar que se preste declaración en audiencia pública, como sería lo normal. Las formas de prestar declaración que quiebren el principio de audiencia pública sólo se permiten si son compatibles con los principios fundamentales del correspondiente ordenamiento jurídico. Sin embargo, en el presente asunto no cabe alegar que el procedimiento de incidente probatorio sea esencialmente incompatible con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico italiano tal como se deducen únicamente del Derecho italiano. En efecto, el artículo 392, apartado 1 *bis*, del CCP permite practicar incidentes probato-

34 — Así, por ejemplo, con arreglo al artículo 255a de la Strafprozessordnung alemana (Ley de Enjuiciamiento Criminal), en los procedimientos por delitos contra la libertad sexual (artículos 174 a 184f del Código Penal alemán) o contra la vida (artículos 211 a 222 del Código Penal alemán) o por malos tratos a personas confiadas al acusado (artículo 225 del Código Penal alemán), la declaración de un testigo menor de dieciséis años puede sustituirse por la reproducción de una grabación audiovisual de declaraciones anteriores realizadas ante el juez, si el acusado y su abogado defensor tuvieron la posibilidad de intervenir en ellas.

rios al menos en el caso de los delitos contemplados por él.

66. Como han señalado acertadamente la Comisión y los Gobiernos francés e italiano, los principios fundamentales del Derecho de cada Estado miembro también deben tener en cuenta el derecho del acusado a un procedimiento penal justo. Con arreglo al artículo 6 UE, apartado 2, la Unión, es decir, la Comunidad y los Estados miembros, deben respetar también dicho derecho, recogido asimismo en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales.³⁵ A este respecto es relevante, en especial, el artículo 6 del CEDH. Conforme a este artículo, toda persona acusada en un proceso penal tiene, entre otros, el derecho a que su causa sea oída públicamente y a interrogar o hacer interrogar a los testigos decisivos en esa vista, con el fin de permitir un procedimiento contradictorio. Para ello el acusado ha de tener la posibilidad de interrogar a los testigos y confrontarlos con la duda.³⁶

67. Estos derechos son el contrapeso del interés de los testigos, tutelado igualmente por los derechos humanos, especialmente cuando son también las víctimas del delito.³⁷ En este contexto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce que el artículo 6 del CEDH permite tener en cuenta los intereses de los testigos menores de edad

en procesos penales.³⁸ No obstante, el acusado debe tener, al menos, la posibilidad de interrogar a testigos decisivos que declaren en su contra.³⁹ Por ello, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que violan el artículo 6 del CEDH las condenas basadas en declaraciones de niños efectuadas en procedimientos adecuados a la edad de los menores sin que el acusado o su abogado defensor pudieran observar la declaración o solicitar que se plantearan determinadas preguntas.⁴⁰ Por el contrario, ha considerado conforme a Derecho la toma de declaración, adecuada a la edad de los niños, previa al juicio oral, en un caso en el que el abogado del acusado tuvo la posibilidad de presenciar la declaración y de plantear cuestiones, aunque no hiciera uso de ella.⁴¹

68. En qué medida es conforme a Derecho, en aplicación de estos principios, la práctica de un incidente probatorio es una cuestión que sólo puede responderse en cada caso concreto, tras ponderar los intereses de los testigos, los derechos de la defensa y, en su caso, también el interés en castigar al culpable. Para ello hay que tener en cuenta, tomando asimismo en consideración el artículo 6 del CEDH, que, por lo general y al menos en delitos contra la integridad física de las personas en los que las víctimas sean niños, habría que aplicar medias especiales de protección, como las que se ha propuesto más arriba.

35 — Sentencia de 10 de abril de 2003, Steffensen (C-276/01, Rec. p. I-3735), apartados 69 y ss., y referencias contenidas en ella.

36 — Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 23 de abril de 1997, Van Mechelen y otros/Paises Bajos (Reports of Judgments and Decisions 1997-III, p. 711), apartado 51.

37 — Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 26 de marzo de 1996, Doorson/Paises Bajos (Reports of Judgments and Decisions 1996-II, p. 470), apartado 70.

38 — Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 20 de diciembre de 2001, P.S./Alemania, apartado 28.

39 — Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Doorson, citada en la nota 37, apartados 72 y 73.

40 — Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, P.S., citada en la nota 37, apartados 25 y ss., y de 14 de diciembre de 1999, A.M./Italia (Reports of judgments and decisions 1999-IX), apartados 25 y ss.

41 — Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de julio de 2002, S.N./Suecia (Reports of judgments and Decisions 2002-V), apartados 49 y ss.

69. En resumen, procede declarar que, dependiendo de las circunstancias del caso concreto, los artículos 2, apartado 2, 3 y 8, apartado 4, de la Decisión marco pueden generar la obligación, a cargo de los órganos jurisdiccionales nacionales, de tramitar un procedimiento de incidente probatorio, adecuado a los menores de edad, siempre y cuando este procedimiento sea compatible con los principios fundamentales del correspondiente ordenamiento jurídico, incluidos los derechos fundamentales de la Unión.

V. Conclusión

70. Basándome en las consideraciones precedentes, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la petición de decisión prejudicial del siguiente modo:

- 1) Conforme al artículo 34 UE, apartado 2, letra b), y al principio de lealtad a la Unión, las decisiones marco obligan a los órganos jurisdiccionales nacionales a interpretar el Derecho nacional, ya sean disposiciones anteriores o posteriores a la decisión marco, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la decisión marco, para alcanzar el resultado perseguido por ésta.
- 2) En su condición de víctimas de delitos, los niños son, por norma general, especialmente vulnerables a efectos del artículo 2, apartado 2, y del artículo 8, apartado 4, 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.
- 3) Procede interpretar los artículos 2, apartado 2, 3 y 8, apartado 4, de la Decisión marco 2001/220/JAI en el sentido de que, dependiendo de las circunstancias del caso concreto, pueden generar la obligación, a cargo de los órganos jurisdiccionales nacionales, de tramitar un procedimiento de incidente probatorio, adecuado a los menores de edad, siempre y cuando este procedimiento sea compatible con los principios fundamentales del correspondiente ordenamiento jurídico, incluidos los derechos fundamentales de la Unión.