

PREFAZIONE

L'idea di raccogliere gli scritti che compongono questo volume è nata parallelamente alla consapevolezza – e al timore – che l'attenzione da molti anni catalizzata intorno alla vittima del reato stia pian piano affievolendosi.

Pare oggi non semplice mantenere accese le luci della riflessione scientifica e del (poco tempo a disposizione del) nostro legislatore per continuare a confrontarsi sul tema: il dibattito culturale sul processo penale e le priorità dell'agenda politica nazionale lasciano trapelare come la “stagione della vittima” sembri ormai avviata al tramonto.

Questo libro non si deve, però, ad una malcelata intenzione di reagire contro una nuova epoca di oblio della vittima: piuttosto, vuol essere testimone dei tanti mutamenti intervenuti nel tessuto codicistico, della spinta propulsiva fatta propria dalla giurisprudenza e del confronto scientifico che hanno animato l'interesse per un comprimario della scena penale che non si smetterà forse mai di definire “nuovo”.

Il criterio organizzativo dei contributi che ho pensato di raccogliere in volume è dei più semplici: in ordine cronologico, i singoli scritti apparsi su riviste o in volumi, nazionali e internazionali, disegnano un mosaico la cui coerenza si rispecchia nel seguire le orme dell'evoluzione della materia.

Si tratta di dieci anni nei quali moltissimo è stato fatto *per* la vittima: soprattutto, si è tentato di far fronte alla sfida lanciata dalla decisione quadro 2001/220/GAI, la quale – pur senza gli sperati esiti in termini di recepimento da parte degli Stati membri (trattandosi di uno strumento del c.d. *ex terzo Pilastro*) – ha inteso creare uno spazio dedicato alle vittime all'interno del processo penale. Una sfida raccolta e portata a conseguenze di grande momento dalla direttiva 2012/29/UE: se il passo fondamentale allora compiuto può riassumersi nella scelta di collocare la vittima di reato *nel* processo penale e non altrove, con la direttiva si insiste

sull'opportunità di una rilettura in chiave culturale dei sistemi processuali "con vittima", dove l'offeso dovrebbe vantare un ruolo effettivo, volano dei molteplici diritti di cui risulta titolare.

Sull'asse informazione-assistenza-partecipazione-protezione (che sovente richiamo negli scritti qui compendiate, dal momento che rappresenta in filigrana la struttura delle garanzie riconosciute alle vittime tanto dalla decisione quadro, quanto dalla direttiva), un notevole impegno è stato profuso per assicurare alle vittime crescente protezione. Prova ne sia che quasi la metà dei saggi presenti in questo volume affrontano – pur con diversità di accenti – il tema della vulnerabilità: indice rivelatore di un codice di rito ormai denso di previsioni che guardano alla vittima proprio attraverso l'ottica alimentata dal suo bisogno di protezione, così *dal* processo, come *nel* processo, e, non ultimo, dall'imputato.

Appartiene al mondo dei fatti e non delle opinioni che la progressiva estensione, nel codice di procedura penale, degli spazi concessi alla vittima sia transitata dalla richiesta di protezione, passando per la vulnerabilità, e giungendo, infine, al traguardo dell'*individual assessment*¹. Su questo piano, è stato compiuto un passo epocale: senza pretendere oltre di contenere il liquido nel solido (legando indissolubilmente l'idea di vulnerabilità pressoché solo a determinate fattispecie delittuose), la valutazione sulle esigenze specifiche di cui le vittime possono essere portatrici viene consegnata nelle mani degli attori del processo, seguendo un moto più generale che vede progressivamente passare competenze legislative in mano giurisprudenziale.

Virtuosamente, quella della vulnerabilità appare oggi una concezione superata, a favore di una lettura più diffusa della vittima come categoria soggettiva di genere, dai confini mobili, dall'identità rigorosamente singolare, dai bisogni mutevoli.

Non altrettanto, però, può dirsi con riguardo ai restanti elementi dell'asse sopra richiamato.

A rigore, occorre riconoscere ancora come un ampio corredo di di-

¹ Sotto questa luce, ho contravvenuto all'impiego del criterio cronologico con riguardo ai saggi rispettivamente numerati IX e X: sebbene quest'ultimo – avente ad oggetto l'attuazione locale della direttiva 2012/29/UE – sia anteriore allo scritto dedicato all'analisi della direttiva stessa, è stato posticipato per garantire la consequenzialità che lega alla "fonte-madre" la normativa di recepimento interno.

ritti spettati alla vittima in ordine alle informazioni di cui deve essere destinataria in merito all'evoluzione del processo e alle vicende (soprattutto in tema di libertà) che coinvolgono l'imputato.

Se, poi, quanto all'assistenza, non sembra il processo penale la sede ideale dove tentare di supportare le vittime (dovendosi preferire luoghi e protagonisti differenti, come servizi di assistenza dedicati, capaci di accompagnare le vittime parallelamente e pure indipendentemente dall'instaurazione di un processo), resta da sondare quanto sia stato realizzato – e quanto invece no – a livello di partecipazione.

Da questo peculiare angolo visivo, nonostante i numerosi interventi normativi europei e le energie profuse dal legislatore nazionale, la vittima rimane poco più di quel che era nel secolo scorso: non tanto una dimenticata², ma certo una sconosciuta.

La diagnosi poco fausta matura osservando un processo nel quale la presenza attiva della vittima appare ancora molto sfumata, riducendosi a qualcosa di simile ad una comparsa.

Riutilizzando in questa sede la metafora dello scudo e della spada³, il sistema ha dotato la vittima di un forte scudo grazie al quale proteggersi, ma non le ha in sostanza fornito una spada per fare valere in giudizio l'effettività delle proprie legittime istanze penali.

Un simile traguardo non pare raggiunto verosimilmente perché non si è voluto raggiungerlo: è mancata la volontà, o forse il tempo, o magari l'*humus* culturale per condurre in porto un ampio ripensamento sul ruolo della vittima nel processo penale.

Che si trattasse di un'impresa ardua, è fuori di dubbio: persino la direttiva 2012/29/UE ha ceduto sul punto, non potendosi spingere sino a vincolare gli Stati membri ad adottare una certa configurazione del ruolo della vittima nei pertinenti sistemi giudiziari penali. Certo è che non si può nascondere come i diritti garantiti alla vittima varino di intensità, a seconda delle opzioni espresse dagli ordinamenti locali proprio in ordine al suo ruolo: altro è una vittima mero testimone, altro una vittima soggetto, ben altro una vittima parte.

² Come recita il titolo del noto convegno i cui atti sono raccolti nell'omonimo volume *La vittima del reato, questa dimenticata*, Accademia nazionale dei Lincei, 2001 (motore di tante successive riflessioni).

³ Richiamo il titolo del volume nel quale è inserito il saggio che qui compare per secondo.

VIII *Il processo penale ai tempi della vittima*

Con un singolare ribaltamento delle priorità, non sono l'informazione, l'assistenza e la protezione che alimentano il ruolo della vittima, ma il contrario: solo disegnando con più precisione il ruolo della vittima nel processo penale, assumono davvero concretezza i diritti all'informazione, all'assistenza e alla protezione.

Un più accentuato dinamismo dei poteri processuali delle vittime, che le rendesse non solo passive destinatarie di informazioni e garanzie, ma attrici nell'accertamento (pur sempre fondato sul contraddittorio tra posizioni diverse), avrebbe positivi riflessi sull'effettività del corredo informativo di cui oggi sono destinatarie, non meno che sul terreno della protezione. Infatti, l'antagonismo naturale della vittima rispetto all'imputato potrebbe garantirle una forma di tutela *grazie* al processo, nel quale i rischi di vittimizzazione secondaria finirebbero per sfumare proprio in forza di un coinvolgimento che, in definitiva, dovrebbe giungere a riconoscerle piena dignità di contraddittore.

Con tale consapevolezza, torno – per chiudere questi rilievi di presentazione – all'economia degli scritti raccolti nel volume: il criterio cronologico di organizzazione mi ha permesso anche di comprendere come a talune domande – sortemi nei primi contributi – non sia stata data risposta. Apposta, allora, chiudo la raccolta con una riflessione interrogativa: quale ruolo per la vittima nel nostro processo penale?

Benché, per ora, quella intorno al ruolo della vittima appaia come una partita non giocata, e sebbene l'*air du temps* non prometta mirabilia, non voglio escludere che un prossimo volume possa contenere i contributi a un dibattito nel frattempo riaperto, consapevole di quanto sia sempre attuale la variabile configurazione delle dinamiche accertative penali.

H.B.

Revigliasco d'Asti, 24 giugno 2019

I.

EL TESTIMONIO DE LA VÍCTIMA VULNERABLE EN EL PROCESO PENAL ITALIANO *

*Hervé Belluta-Luca Lupária ***

SOMMARIO: 1. Coordinadas del sistema. – 2. El «debido proceso» y los derechos de las víctimas. – 3. El incidente probatorio para la asunción de la fuente de prueba vulnerable. – 4. La jurisprudencia del Tribunal de justicia de la Unión Europea: las repercusiones del «caso Pupino». – 5. Modalidades y límites de la asunción de las fuentes vulnerables en el juicio oral.

1. *Coordinadas del sistema.*

En un marco normativo, generalmente poco sensible a las exigencias de la persona ofendida, el proceso penal italiano se muestra incluso más carente de indicaciones precisas sobre la «vulnerabilidad» de las fuentes de prueba. Las críticas realizadas por quienes han denunciado una excesiva marginación, respecto al epicentro de la escena penal, del ofendido por el delito están destinadas a hacerse todavía más acerbadas frente a la fragmentación de la tutela reservada a la víctima vulnerable¹.

* Scritto pubblicato in T. ARMENTA DEU-S. OROMÍ I VALL-LLOVERA (a cura di), *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa/America*, Colex, Madrid, 2010, p. 367 s.

** Si bien este escrito es fruto de una reflexión conjunta de los dos autores, corresponden a LUCA LUPÁRIA los párrafos II, IV y V, mientras que los párrafos I y III corresponden a HERVÉ BELLUTA.

¹ En este sentido, cfr. los artículos recogidos en *La vittima del reato, questa dimenticata*, Accademia Nazionale dei Lincei, 2001, *passim*.

El aspecto que aquí interesa, en relación a la «debilidad» de la fuente de prueba, no afecta a la dudosa fiabilidad del testigo, sino al hecho de que se encuentre en condiciones subjetivas tales de poner en peligro su integridad psíquica, física, la serenidad individual o de relación, o bien el desarrollo personal²; rasgos fundamentales de la personalidad que pueden verse comprometidos sea a causa del delito sufrido, o al cual la persona ha asistido, sea en virtud del inicio del proceso. El ordenamiento penal italiano individualiza el «modelo prototípico» de fuente vulnerable en el sujeto menor de edad: una persona que estructuralmente presenta elementos de debilidad, agudizados por el trauma del delito no menos que del proceso penal³.

También el proceso, como es sabido, puede suponer un difícil banco de prueba, puesto que por su naturaleza pretende la reconstrucción de los hechos, tanto más exacta cuanto más espacio se concede al contradictorio, que también es confrontación y choque entre la acusación y la defensa, entra la víctima y el imputado. Sobre estas premisas, por tanto, el legislador italiano ha puesto a punto progresivamente una serie de medidas contra el abuso y el excesivo *stress* de los sujetos débiles: partiendo de la necesidad de tutelar al menor víctima o testigo, existe hoy un sistema de protección de las fuentes vulnerables que, si bien perfectible, indica la maduración de una creciente atención al problema⁴.

En efecto, también la notable vulnerabilidad del menor fuente de prueba deriva en primer lugar de su condición psicofísica, pero debe considerarse agravada tras la comisión de ciertos delitos, que inciden de forma significativa sobre su serenidad: además de factores estructurales, por tanto, deben considerarse causa de debilitamiento de la fuente de prueba

²La distinción es aclarada por G. UBERTIS, *La prova dichiarativa debole: problemi e prospettive in materia di assunzione della testimonianza della vittima vulnerabile alla luce della giustizia sovranazionale*, en *Cass. pen.*, 2009, p. 4058.

³«Son las particulares connotaciones personales del sujeto menor de edad las que imponen que su irrupción en la escena procesal encuentre adecuada protección frente a los efectos traumáticos de la experiencia judicial, vivida a cualquier título» (A. PRESUTTI, *Introduzione*, en C. CESARI (a cura di), *Il minore fonte di prova nel processo penale*, Giuffrè, 2008, p. XI).

⁴Sobre el tema, A. PRESUTTI, *La tutela dei testimoni deboli: minore e infermo di mente*, en *Verso uno statuto del testimone nel processo penale*, Giuffrè, 2005, p. 132 y s.

también elementos externos, que temporalmente pueden repercutir de forma negativa sobre su capacidad de recordar los hechos, de prestar testimonio y, no en último lugar, de volver a una vida «normal» al finalizar el juicio. Siendo conscientes de esto, se ha comenzado a advertir la exigencia de extender el carácter de la vulnerabilidad más allá de la esfera del menor testigo o víctima⁵, adaptándolo antes de nada a personas mayores, pero portadoras de enfermedades peculiares⁶, para después llegar a vincular su existencia a la verificación de la comisión de algunos delitos⁷.

Observado desde la perspectiva procesal, el tema de la vulnerabilidad sugiere la búsqueda de correctivos adecuados a secuencia normal de las fases y a las modalidades típicas de formación de la prueba, funcionales respecto a la tutela de la persona, de forma principal, *por el* proceso: desde esta óptica, emergen al menos cuatro directrices de máxima perseguidas por el legislador con el fin de preservar mejor la integridad de los testigos y de las víctimas vulnerables.

En primer lugar, se advierte claramente la tendencia a reducir al mínimo las ocasiones de contacto entre la víctima (pero también el testigo muy «expuesto») y el proceso, con el fin de evitar el riesgo de «victimización secundaria»⁸, debida al *strepitus* generado, durante el proceso

⁵ El menor, «sobre la base del mero elemento anagráfico siempre es considerado vulnerable» (S. BUZZELLI, *Il panorama delle garanzie a protezione della "fonte fragile": il contesto europeo*, en *Il minorenne fonte di prova nel processo penale*, cit., p. 11).

⁶ El Tribunal Constitucional, con sent. 29 enero 2005, n. 63, en *Giur. cost.*, 2006, p. 603, ha declarado el párrafo 5-bis del art. 398 c.p.p. inconstitucional «en la parte en que no prevé que el juez pueda proceder en los modos allí previstos a la formación de la prueba cuando entre las personas interesadas hayas un mayor de edad enfermo mental, cuando las exigencias de éste lo hagan necesario o oportuno», actuando así en el sentido de una progresiva ampliación, por vía interpretativa, del concepto de persona vulnerable. V. el comentario de A. TASSI, *La Corte estende l'audizione protetta all'infermo di mente*, en *Giur. cost.*, 2005, p. 605 y s.

⁷ En este sentido, las múltiples reformas legales de los arts. 392, párrafo 1-bis y 398, párrafo 5-bis, c.p.p., que pretenden incrementar el catálogo de delitos en presencia de los cuales se permite el acceso incondicional al incidente probatorio y a las formas protegidas de interrogatorio. Sobre la más reciente de estas intervenciones, llevada a cabo por medio del d.l. 23 febrero 2009, n. 11, convertido en l. 23 abril 2009, n. 38, v. F. CASSIBBA, *La tutela dei testimoni "vulnerabili"*, en O. MAZZA-F. VIGANÒ (a cura di), *Il «pacchetto sicurezza» 2009*, Giappichelli, 2009, p. 299 y s.

⁸ En orden al citado riesgo cfr., entre otros, T. BANDINI, voz *Vittimologia*, en *Enc.*

penal, por el interés mediático concentrado en algunos delitos, así como al dolor de revivir el trauma del delito por medio de la reconstrucción probatoria y la confrontación con la persona imputada. En segundo lugar, y funcionalmente respecto a cuanto se ha apenas señalado, en contraste con la regla del proceso acusatorio italiano, que pretende formar la prueba en la fase procesal, la contribución del sujeto vulnerable se anticipa por regla general a la fase de instrucción: por un lado, porque de esta forma se espera una deposición más «fresca» en lo que respecta a cuestiones de detalle, dada la proximidad temporal con el hecho, del otro, porque la instrucción asegura una mayor reserva, conteniendo apreciablemente las presiones personales y sociales dependientes de la publicidad procesal.

Técnicamente, pues, se constata la constante jurisdiccionalidad de los paréntesis de formación de la prueba siempre que se trate de fuentes vulnerables⁹: una presencia, la del juez, que permite garantizar las dinámicas internas de asunción de la fuente oral, pero también preordenada a la posibilidad de conservar las declaraciones hechas, con el fin de que puedan ser utilizadas como prueba en las fases siguientes, incluido el juicio oral, evitando volver a llamar a la persona para que preste su propia contribución.

Anticipación y cristalización resultan por tanto los ejes cartesianos sobre los que se construye el estatuto procesal de la víctima y del testigo vulnerable: en sustancia, menos juicio oral como teatro de formación de la prueba y más asunciones anticipadas durante la fase de instrucción y de la audiencia preliminar, a través del instrumento del incidente pro-

dir., XLVI, Milano, 1993, p. 1008 s.; M. PORTIGLIATTI BARBOS, voz *Vittimologia*, en *Dig. disc. pen.*, XV, 1999, p. 314 y s.

⁹ Ahora bien, sin resolver todavía se presenta el problema del interrogatorio de las fuentes débiles y de las víctimas vulnerables en el transcurso de la instrucción. A un robusto sistema protector en sede de incidente probatorio y debate no corresponde la debida tutela anticipada en la instrucción, siempre que la acusación proceda a sumarias informaciones (art. 362 c.p.p.) o la defensa decida asumir informaciones (art. 391-bis c.p.p.). Si bien orientada sólo a menores de edad, v. la contribución de L. CARACENI, *Assunzione di dichiarazioni dalla fonte di prova minorenni e attività investigativa della pubblica accusa*, en *Il minorenni fonte di prova nel processo penale*, cit., p. 21 y s. Sobre el tema, cfr. G. DI CHIARA, *La tutela della fonte testimoniale nelle indagini preliminari del pubblico ministero e del difensore*, en *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, p. 235.

batorio¹⁰. La perspectiva a trabajar parece necesariamente la de hallar un progresivo equilibrio entre las exigencias de la defensa del imputado, que se entiende sobre todo como derecho a la confrontación con el propio acusador, y tutela de los sujetos vulnerables y que pueden ser agredidos¹¹.

2. *El «debido proceso» y los derechos de las víctimas.*

Las líneas fundamentales así marcadas no pueden enmascarar la sustancial asistematicidad con la que se trata el tema de la relación entre fuentes vulnerables y proceso penal. Esta retracción, sin embargo, no se debe atribuir sólo al constante retraso del legislador a la hora de hacerse cargo de las necesidades reales que circundan la investigación penal, sino también a la perspectiva monocular con la que la Constitución italiana parece tratar las prioridades del proceso.

El art. 111 Const., de hecho, aun estando dedicado a los principios básicos del «debido proceso», parece cortado en su totalidad sobre las exigencias de la defensa del imputado, al cual se reconocen derechos y facultades diversos y articulados, pero siempre gravitando en torno a la posibilidad de confrontarse con la fuente de la acusación, verdadera garantía defensiva y método de indagación. Las únicas excepciones admisibles, pues, son las que la propia norma constitucional recoge en el quinto párrafo¹², si bien sin que se permita entorse márgenes de comprensión del principio de contradicción a favor de concurrentes exigencias de defensa de la víctima.

¹⁰ Sobra este punto, con más profundidad, *infra*, § 3.

¹¹ Una perspectiva no del todo novedosa, si se lee únicamente T. eur., 23/3/1996, Doorson c. Paesi Bassi, en *PCEDH Recueil des arrêts et décisions*, 1996, II, § 79, donde se afirmaba que los «principes du procès équitable commandent (...) que, dans les cas appropriés, les intérêts de la défense soient mis en balance avec ceux des témoins ou des victimes appelés à déposer».

¹² «La ley regula los casos en que la formación de la prueba no tiene lugar conforme al principio de contradicción por consentimiento del imputado o por constatada imposibilidad de naturaleza objetiva y por efecto de probada conducta ilícita».

La obra de reforma de la Carta constitucional, en otras palabras, ha perdido la ocasión de actualizar los principios básicos del sistema penal italiano en relación a las incrementadas instancias de tutela de las víctimas, cuando menos abrazando el criterio de la *mise en balance* de los intereses contrapuestos en la escena procesal, que el Tribunal europeo de derechos humanos propugna casi constantemente desde hace décadas¹³.

En realidad, la constitucionalización del «debido proceso» supone, en este sentido, un factor de rigidez de los esquemas de razonamiento del legislador y del Tribunal constitucional, ambos vinculados a la alternativa entre tutela del principio de contradicción como método esencial de formación de la prueba (en clave en todo caso centrada en el imputado) y el recurso a una excepción, dentro de los límites del consentimiento del imputado, de la conducta ilícita probada y de la imposibilidad objetiva¹⁴.

Falta sustancialmente una tercera vía hermenéutica, que permita seleccionar determinadas constantes capaces de justificar la comprensión de algunas prerrogativas de la defensa del imputado a favor de correspondientes exigencias defensivas de testigos y víctimas. El debido proceso «a la italiana» no parece permeable a juicios *case by case*, típicos por el contrario de la jurisprudencia de Estrasburgo: esto quiere decir que la valoración de la vulnerabilidad de la fuente – e, por tanto, sobre la primaria exigencia de tutela del proceso, y en esa medida del imputado – no corresponde al juez, sino al legislador.

Por otra parte, no aparecen en el sistema procesal italiano indicaciones normativas capaces de orientar la obra del legislador en el sentido de un progresivo refuerzo de la tutela reconocida a las víctimas: tampoco a nivel de legislación ordinaria se ha pensado nunca en imitar el

¹³ Sobre el tema, resumiendo, v. A. BALSAMO-S. RECCHIONE, *La protezione della persona offesa tra Corte europea, Corte di giustizia delle Comunità europee e carenze del nostro ordinamento*, en A. BALSAMO-R.E. KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Giappichelli, 2008, p. 309 y s.; E. MATIGNON, *Le droit des victimes au procès équitable*, en *Riv. int. crim. pol. tech. sc.*, 2009, p. 31.

¹⁴ El perímetro trazado por las excepciones al principio de contradicción parece decididamente más amplio que el reservado a la regla prevista en el art. 111, párrafo 4, Const. Para una visión de conjunto, G. DI CHIARA (a cura di), *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo*, Giappichelli, 2009, *passim*.

ejemplo francés¹⁵, donde se ha añadido al Código de procedimiento penal en el año 2000 un *article préliminaire* que ha introducido el principio general según el cual «*l'autorité judiciaire veille à l'information et à la garantie des droits des victimes au cours de toute procédure pénale*»¹⁶. A nivel constitucional sólo en 2008 se ha presentado un proyecto de reforma, nunca aprobado, dirigido a añadir el art. 111, en el quinto párrafo, el siguiente principio: «la víctima del delito y la persona perjudicada por el delito son tuteladas por el Estado en los modos y formas previstos en la ley». A día de hoy, por tanto, el único dictado constitucional que obliga al legislador a la tutela oportuna de la persona ofendida está constituido, para el único caso de la víctima menor, por el art. 31, párrafo 2, Const., según el cual la República italiana «protege (...) la infancia y la juventud».

En sustancia, se podría decir que la idea italiana del sistema *adversary* norteamericano se ha limitado, de forma incorrecta, a una visión en la que la víctima aparece como un «intruso» en la arena procesal dirigida por acusación y defensa, casi ignorando todas estas elaboraciones doctrinales¹⁷ y las decisiones el TEDH¹⁸ que han mostrado que el concepto de *fair trial* implica también el tratamiento y los derechos reservados a víctimas y testigos¹⁹.

¹⁵ M. MECHIN, *La double visage de la victime en France, entre quête d'un véritable rôle procédural*, en G. GIUDICELLI-DELAGE-C. LAZERGES (a cura di), *La victime sur la scène pénale en Europe*, PUF, 2008, p. 104. Debe recordarse en Francia también la institución del *Juge délégué aux victimes* y el juramento de los componentes del Tribunal, los cuales se obligan a «no traicionar los intereses de la víctima».

¹⁶ Al respecto, M.G. AIMONETTO, *Le recenti riforme della procedura penale francese. Analisi, riflessioni e spunti di comparazione*, Giappichelli, 2002, p. 97.

¹⁷ D. BELOOF, *The Third Model of Criminal Process: the Victim Participation Model*, en *Utah L. Rev.*, 1999, p. 289; M. PISANI, *Per uno «statuto» europeo delle vittime dei reati*, en *Rendiconti dell'Istituto Lombardo*, 2002, p. 421.

¹⁸ T. eur., 27/5/2009. A.L. c. Finlandia.

¹⁹ Véase al respecto el interesante estudio de E. GRANDE, *Dances of Justice: Tango and Rumba in Comparative Criminal Procedure*, en *Global Jurist*, 2009, p 1.

3. *El incidente probatorio para la asunción de la fuente de prueba vulnerable.*

Si bien no parece que el sistema penal esté en verdad en situación de asegurar una tutela efectiva a las víctimas de delitos graves, antes, durante y, no menos importante, después del proceso, el instrumento intuitivamente más adecuado a dicha exigencia de mantener las fuentes vulnerables al margen de la escena ritual, sin renunciar a su contribución de conocimiento, está representado por el incidente probatorio. La institución debe su nombre a la función para la cual ha sido pensada: en vía incidental, durante el transcurso de la instrucción o de la audiencia preliminar, frente al riesgo de perder la genuidad o la propia posibilidad de disponer más adelante de la fuente de prueba, el sistema permite que se formen elementos después utilizables en el juicio sobre la responsabilidad del imputado.

Por medio de la formación de la prueba en sede incidental se persiguen conjuntamente distintos objetivos. En primer lugar, se asegura al proceso una verdadera y propia prueba, la cual, a diferencia del simple acto de diligencia previa, podrá ser utilizada en el juicio oral: la presencia contextual de las partes procesales y del juez en la audiencia de incidente probatorio, de hecho, garantizan el principio de contradicción entendido sea como método oral sea como posibilidad concedida al acusado de enfrentarse a su acusador. Paralelamente, pues, la falta de publicidad del procedimiento cameral y la posibilidad de adoptar peculiares cautelas en cuanto al tiempo, el lugar y las modalidades de asunción da la contribución de algunas personas²⁰ se orientan a reducir el trauma de la aproximación al proceso y a la técnica del interrogatorio cruzado²¹.

En su origen, el incidente probatorio fue pensado para anticipar únicamente durante la fase de instrucción pruebas que no podían esperar por motivos de urgencias, o no repetibles a causa del posible compro-

²⁰De acuerdo con el art. 398 párrafo 5-*bis* c.p.p., introducido por la ley 15 febrero 1996, n. 66 y después modificado varias veces.

²¹Sobre esta cuestión, L. SCOMPARIN, *La tutela del testimone nel processo penale*, Cedam, 2000, p. 298 y s.

miso de la genuidad de la contribución de conocimiento esperado²². Tras los primeros años de experiencia del nuevo proceso penal, sin embargo, la tendencia – avalada por el Tribunal constitucional²³ – a hacer confluir los actos de instrucción en el juez del plenario y el riesgo de que las acusaciones formuladas (sobre todo por imputados en procedimientos conexos) durante las investigaciones no se repitieran en el juicio llevaron al legislador a facilitar el recurso al incidente probatorio, eliminando, para algunos casos, los requisitos de no disponibilidad o no reiteración de la prueba²⁴.

Por medio de la eliminación de presupuestos tan selectivos, el incidente probatorio ha visto cómo se transformaba su papel, de episodio excepcional a sede constante y muy utilizada de génesis de la prueba, en fases – diligencias previas y audiencia preliminar – no previstas para tal fin²⁵. En

²² Los casos de incidente probatorio, regulados por el originario art. 392, párrafo 1, c.p.p., prevenían la posibilidad de tomar testimonio «cuando exista motivo fundado para creer que no podrá ser examinado en el juicio oral por enfermedad u otro grave impedimento» (letra *a*), o bien «cundo, por elementos concretos y específicos, haya motivo fundado para creer que la persona esté expuesta a violencia, amenaza, oferta o promesa de dinero o de otro beneficio para que no preste testimonio o para que preste falso testimonio» (letra *b*). Además, se podía proceder «al examen de la persona sometida a investigación sobre hechos concernientes a la responsabilidad de otros» (letra *c*) o al examen de los imputados en procedimientos conexos (letra *d*), al presentarse uno de los presupuestos indicados para los testimonios. Otros medios de prueba anticiparles eran (y son) el interrogatorio cruzado entre personas que hayan realizado declaraciones discordantes frente al Ministerio Fiscal o en otro incidente probatorio, siempre que concurra una de las condiciones previstas en las letras *a* o *b* (letra *e*), las pericias (letra *f* y párrafo 2) y los reconocimientos urgentes (letra *g*).

²³ Sobre las importantes sentencias n. 24, 254 y 255 del 1992 del Tribunal constitucional, por medio de las cuales se ha procedido a la llamada «contrarreforma» del Código de procedimiento penal, v., sobre todo, P. FERRUA, *Anamorfosi del processo accusatorio*, in *Studi sul processo penale*, II, Giappichelli, 1992, p. 157 y s.

²⁴ La Ley de 7 agosto 1997, n. 267, de hecho, eliminó la alusión a los presupuestos previstos para el testimonio, siempre que la solicitud de anticipación de la prueba se relacionase con el examen de la persona investigada, en orden a la responsabilidad de otros, y el examen del imputado en procedimiento conexo el sentido del art. 210 c.p.p. Sobre el tema v. C. QUAGLIERINI, *Le modifiche in tema di incidente probatorio*, en *Le nuove leggi penali*, Cedam, 1998, p. 209 y s.

²⁵ Sobre el tema, entre otros, v. G. DI CHIARA, voce *Incidente probatorio*, en *Enc. dir.*, Agg., VI, Milano, 2002, p. 550; P. RENON, *L'incidente probatorio nel procedimento penale*, Cedam, 2000, *passim*.

efecto, frente al único límite importante que lo caracteriza, esto es, no garantizar el principio de inmediatez de la relación entre el juez que decide y la prueba que nace²⁶, presenta innumerables ventajas: en una palabra, asegura la prueba en el proceso de forma rápida y garantizada.

Rapidez quiere decir tanto proximidad temporal respecto de los hechos, como simplicidad del procedimiento incidental de formación; garantía significa copresencia de las partes ante el juez y principio de contradicción respecto de la prueba, pero también un contexto espacial reservado y tutela de las personas que en él intervienen²⁷. Este último perfil se revela esencial en relación a nuestro tema: las medidas que se pueden adoptar para tutelar la fuente de prueba frente al proceso y al acusado representan el verdadero valor añadido del incidente probatorio en la anticipación del testimonio de sujetos vulnerables, para los que, por tanto, la sede incidental debe constituir sea la ocasión ideal para entrar en el proceso penal, sea tendencialmente el límite más allá del cual debería evitárseles volver a prestar testimonio²⁸.

Puesto que el incidente probatorio permite formar la prueba en algunos casos predeterminados, debe atenderse a estos casos para comprender cuándo y con qué condiciones es posible anticipar la contribución de fuentes vulnerables. Las vías a recorrer son esencialmente dos: la primera, codificada por el art. 392, párrafo 1, letra *b*), c.p.p., permite anticipar un testimonio cuando haya motivo fundado para creer que la persona pueda estar expuesta a violencia, amenaza, oferta o promesa de dinero u otro beneficio para no prestar testimonio o para prestar falso testimonio.

²⁶ Así, críticamente, D. CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, Giuffrè, 2005, p. 25.

²⁷ Actualmente, el ya citado art. 398, párrafo 5-*bis*, c.p.p. establece que, en presencia de investigaciones por los delitos previstos en los arts. 600, 600-*bis*, 600-*ter*, incluso el relacionado con el material pornográfico a que hace referencia el art. 600-*quater*.1, 600-*quinquies*, 601, 602, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*octies* y 612-*bis* c.p.p., siempre que entre las personas interesadas en anticipar la prueba haya menores de edad, el juez pueda establecer «el lugar, tiempo y modo particular por medio del cual proceder al incidente probatorio, cuando las exigencias de tutela de las personas lo hagan necesario o oportuno».

²⁸ Si bien desde la óptica prevalente del menor, v. sobre el tema, M.G. COPPETTA, *Il contributo dichiarativo del minorenne nell'incidente probatorio*, en *Il minorenne fonte di prova nel processo penale*, cit., p. 121 y s.

Evidentemente, se trata de hipótesis sometidas a precisas condiciones de admisibilidad que hay que demostrar por parte del solicitante del incidente probatorio, que ha de aportar la razones por las que se cree que, en el futuro, la fuente de prueba puede perder su genuinidad.

Paralelamente, el párrafo 1-*bis* del art. 392 c.p.p., añadido el 1996, prevé que, siempre que se proceda por algunos delitos, las partes puedan solicitar el incidente probatorio sin demostrar la indisponibilidad o la imposibilidad de repetición de la prueba: el legislador ha inaugurado así la solución de una hipótesis «abierta», un contenedor en el que hacer que confluyan los delitos poco a poco considerados causa de particular vulnerabilidad de las fuentes testimoniales, en los que poder anticipar su contribución sin precisos presupuestos de admisibilidad²⁹.

En su origen, la previsión de casos de incidente probatorio no sometido a condición resultaba adecuada para anticipar el testimonio de la persona menor de dieciséis años, en casos de procesos por agresión sexual (art. 609-*bis* c.p.), actos sexuales con menores de edad (art. 609-*quater* c.p.), corrupción de menores (art. 609-*quinquies* c.p.) y agresión sexual en grupo (art. 609-*octies* c.p.). Dos años después, en 1998, los tipos que legitiman la anticipación del testimonio del menor de dieciséis años se amplían, incluyendo también los delitos de prostitución de menores (art. 600-*bis* c.p.), pornografía infantil (art. 600-*ter* c.p.) e iniciativas turísticas dirigidas a la explotación de la prostitución infantil (art. 600-*quinquies* c.p.)³⁰. En 2003, más tarde, al catálogo se unen los delitos de reducción o mantenimiento en esclavitud o servidumbre (art. 600 c.p.), trata de personas (art. 601 c.p.) y tráfico de esclavos (art. 602 c.p.)³¹.

Para que cambiara la descripción legislativa del concepto de persona ofendida necesitada de tutela habría que esperar, todavía, a 2009: año en el que la anticipación incondicionada de la prueba en incidente probatorio ve, por un lado, crecer todavía más los tipos-presupuesto, y por

²⁹ Normalmente, se hace referencia al llamado incidente probatorio «ampliado» para indicar los casos en que no se exige condición alguna. Sobre este aspecto, M. BARGIS, *Commento all'art. 13 l. 15/2/1996, n. 66*, en *Leg. pen.*, 1996, p. 500; más recientemente EAD., *Note in tema di esame testimoniale*, en EAD., *Studi di diritto processuale penale, II, Questioni europee e «ricadute» italiane*, Giappichelli, 2007, p. 264 y s.

³⁰ La modificación se debe a la Ley 3 agosto 1998, n. 269.

³¹ Así, la Ley 11 agosto 2003, n. 228.

otro, cambiar significativamente el elenco de sujetos cuyo testimonio cabe anticipar. De hecho, se insertan en el párrafo 1-*bis* del art. 392 c.p.p. asimismo los delitos de malos tratos familiares o contra niños (art. 572 c.p.) y de actos persecutorios (art. 612-*bis* c.p.); además, la solicitud de prueba ahora puede afectar al «testimonio de persona menor de edad o bien de la persona ofendida mayor de edad»³².

Frente a una suerte de doble vía de incidente probatorio, ciertamente los casos a que alude el párrafo 1-*bis* del art. 392 c.p.p., se adecuan perfectamente a la exigencia de una tutela específica de las fuentes vulnerables, sean menores de edad o mayores de edad víctimas del delito; por otra parte, manteniéndose la técnica del reenvío a tipos concretos de delito como elementos que cualifican el aura de vulnerabilidad de la persona, parece necesario no infravalorar la utilidad de la hipótesis regulada en la letra *b*) del art. 392 c.p.p. La anticipación condicionada del testimonio abarca toda variante de la vulnerabilidad, no encontrando obstáculos en elementos personales (como la edad), conectados con los tipos sustanciales (elenco de los delitos) o a la cualificación técnica asumida por el declarante (persona ofendida o simple testigo).

En caso contrario, se arriesgaría el identificar la «debilidad» de la persona con la mera presencia de los tipos de delito recogidos en el elenco, que si bien son numerosas, presentan lagunas y siempre se pueden completar. En segundo lugar, fuera de los casos taxativamente recogidos, la estrategia investigadora podría limitarse a la anticipación de informaciones sumarias (art. 362 c.p.p.) da la fuente vulnerable, la cual, una vez citada al juicio oral, en el cara a cara con el acusado acabaría por revelar todos sus límites, transformando la vulnerabilidad personal en debilidad de la contribución de conocimiento o, todavía peor, de un diagnóstico de no credibilidad por parte del juez competente. Sin contar con que, actuando de esta forma, se obtendrían numerosos resultados inesperados: una sobreexposición de la fuente de prueba, una tendencial metamorfosis de la investigación y la duda – que siempre permanece – sobre la genuinidad de la versión preliminar.

La técnica normativa basada en la lista de delitos en presencia de los cuales se supone un *status* de vulnerabilidad de las personas involucra-

³² Las modificaciones más recientes del párrafo objeto de análisis han sido introducidas por el citado d.l. 23 febrero 2009, n. 11, convertido en l. 23 abril 2009 n. 38.

das presenta al menos dos tipos de límites: en primer lugar, revela la falta de una elaboración conceptual y jurisprudencial, en orden al límite superior de la fuente de prueba, que pueda ayudar en el caso concreto, reconociendo los aspectos garantistas que necesita; por otro lado, dejando únicamente al legislador la valoración sobre la idoneidad de algunos delitos para causar el estado de vulnerabilidad, en presencia de los tipos incluidos en la lista se acaba por presumir la debilidad de la fuente, limitando en medida proporcional los derechos de defensa de la persona acusada. En sustancia, el mecanismo de revisión legislativa se revela como demasiado rígido y lento en relación a la rapidez con la cual evolucionan las dinámicas delictivas y la correspondiente participación subjetiva de testigos y víctimas. Por ejemplo, no tiene justificación alguna la ausencia, en el art. 392, párrafo 1-*bis*, c.p.p., de delitos como el secuestro de una persona, el incesto, el abuso de medios de corrección, o sólo por tener en cuenta una concreta tipología de vulnerabilidad, el delito de asociación con el fin de explotación de la prostitución³³.

En el plano técnico procesal, además, el sistema que se está creando para tutelar a las víctimas vulnerables todavía parece en buena parte incompleto.

Un primer límite surge de la evidente carencia de coordinación «interna» entre las disposiciones que afectan al incidente probatorio. El procedimiento incidental de formación de la prueba – ya se ha dicho – resulta preferible porque está en grado de asegurar a la fuente una robusta tutela frente al proceso y al acusado: con este fin, de hecho, se prevé la posibilidad de un interrogatorio «protegido» de la persona, realizado estableciendo, por decisión del juez, «el lugar, el tiempo y las modalidades concretas por medio de las cuales realizar el incidente probatorio, cuando las exigencias de tutela de las personas lo hagan necesario u oportuno»³⁴. Sin embargo, y siempre a causa de la técnica de la lista nominal, parece que no es posible adoptar las indicadas cautelas

³³ En este sentido se orientan las críticas, por ejemplo, de F. CASSIBBA, *La tutela dei testimoni "vulnerabili"*, cit., p. 313.

³⁴ El párrafo 5-*bis* del art. 398 c.p.p. prosigue, además, señalando que «a tal fin la audiencia puede llevarse a cabo en lugar distinto del tribunal, valiéndose el juez, donde existan, de estructuras especializadas de asistencia, o, no habiéndolas, en el domicilio de la persona interesada en anticipar la prueba».

cuando se proceda por malos tratos en el ámbito familiar o contra los niños (art. 572 c.p.), aunque tal delito figure como presupuesto de la anticipación incondicionada del testimonio en sede incidental³⁵. Sin olvidar que, permaneciendo el inciso «cuando entre las personas interesadas en la anticipación de la prueba haya menores de edad», el interrogatorio protegido sigue anclado en la exigencia de tutela de los menores de dieciocho años, sin posibilidad de que se extienda tal modalidad a la persona ofendida mayor de edad (que, sin embargo, sí figura entre las personas cuyo testimonio se puede anticipar *ex art.* 392, párrafo 1-*bis*, c.p.p.)³⁶.

Igualmente criticable parece, además, la duradera ausencia de un poder autónomo, correspondiente a la persona ofendida, de solicitar al juez el incidente probatorio: el papel fundamental que le corresponde en relación al ministerio fiscal continúa haciendo depender su voluntad del asentimiento del órgano de la acusación. Revela una visión del ofendido más en clave de fuente de prueba que de protagonista real del procedimiento: si bien esta es la dirección elegida por el legislador al dar forma al papel del ofendido en el proceso penal, sigue recoger su contribución (simples informaciones o incidente probatorio), incluso cuando la propia víctima del delito sea quien quiere prestar testimonio.

Un efecto desincentivador, además, posee la peculiar regulación que obliga al ministerio fiscal a depositar «todos los actos de investigación rea-

³⁵ En realidad, a consecuencia del pronunciamiento del Tribunal constitucional de 9 mayo 2001, n. 114 (en *Giur. cost.*, 2001, p. 916), de la combinación de lo expuesto en los arts. 398, párrafo 5-*bis*; 401, párrafo 5 y 498, párrafo 4-*bis* c.p.p., debe extraerse la posibilidad de adoptar las concretas modalidades de anticipación del testimonio del sujeto menor de dieciséis años (hoy extensible a menores de dieciocho años, en virtud de la modificación del texto del art. 398 párrafo 5-*bis* c.p.p. llevada a cabo en 2009) siempre que el incidente probatorio sirva para anticipar la prueba en un procedimiento que tenga por objeto distintos de los sexuales. Sobre el tema, M. BARGIS, *Note in tema di esame testimoniale*, cit., p. 267.

³⁶ Aunque esta solución se refiera al sujeto adulto (como tal no considerado necesitado de particular cautelas en la fase de asunción de su contribución), podría dejar insatisfecho, puesto que no es automática la posibilidad de excluir el rasgo de la vulnerabilidad desde el momento del cumplimiento de los dieciocho años. En cualquier caso, las modalidades protegidas deben ser adoptadas siempre que la fuente sea un mayor de edad enfermo mental, con el apoyo del pronunciamiento constitucional citado n. 63 del 2005 (v., *supra*, nota 6).

lizados», siempre que se presente solicitud de incidente probatorio conforme al art. 392, párrafo 1-*bis*, c.p.p. (art. 393, párrafo 2-*bis*, c.p.p.)³⁷. La previsión, en su origen justificada de acuerdo con una lógica de equilibrio entre la formación anticipada e incondicionada de la prueba y la total *discovery* de los actos de investigación con base en el principio de contradicción, ha perdido progresivamente su propia vocación. La existencia de otras hipótesis de incidente probatorio sin condiciones (art. 392, párrafo 1, letras *c*) y *d*) c.p.p.) y la ampliación del radio de acción del párrafo 1-*bis* privan de razón efectiva un inconveniente que crea más obstáculos que beneficios. Alternativamente, el ministerio fiscal podría volver a la solicitud de anticipación del testimonio en el sentido del art. 392, párrafo 1, letra *b*), c.p.p., condicionada en sus presupuestos pero sin *discovery* preventivo, o bien dirigirse hacia las informaciones sumarias (art. 362 c.p.p.), menos formalizadas (y por tanto también menos garantizadas) y verosímilmente recuperables en el juicio oral, contando con la intervención de violencia o amenazas contra la fuente vulnerable la cual, cambiando la versión, fácilmente daría pie a la recuperación (art. 500, párrafo 4, c.p.p.).

4. *La jurisprudencia del Tribunal de justicia de la Unión Europea: las repercusiones del «caso Pupino».*

El tema objeto de análisis invita a reflexionar también sobre la posición asumida por la jurisprudencia supranacional puesto que, como es sabido, justamente la materia del incidente probatorio ha favorecido una clara toma de posición del Tribunal de Justicia a favor de la llamada «heterointegración» de las disposiciones nacionales consideradas incompatibles con las fuentes europeas³⁸.

Para la correcta comprensión del *decisum* del Tribunal es necesario

³⁷En este sentido, también M. BARGIS, *Commento all'art. 13 l. 15/2/1996*, cit., p. 503; S. SAU, *L'incidente probatorio*, Cedam, 2001, p. 223 y s.

³⁸El reenvío alude a la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Gran Sala, con sent. 16 junio 2005, C-105/03, § 53, en *Guida al diritto*, 2005 (26), p. 72 y s.

recorrer de nuevo las etapas principales del caso judicial en el que tiene origen el reenvío prejudicial. El Juez del Tribunal de Florencia fue llamado a dar su opinión sobre una solicitud de incidente probatorio presentada por el ministerio fiscal con el fin de anticipar el testimonio de ocho niños, de edades inferiores a los cinco años, testigos y personas ofendidas por los delitos de abuso de medios de corrección y de lesiones agravadas cometidos por la maestra de su guardería. La demanda presentada por la acusación se basaba en la presumible imposibilidad de dejar al juicio oral los testimonios de los menores – por razón del probable proceso de eliminación psicológica de lo sucedido – y sobre la necesidad de llevar a cabo un interrogatorio protegido con la intervención de un experto en psicología infantil³⁹.

El órgano judicial, teniendo en cuenta que el tenor literal del art. 392 c.p.p. no permite la celebración en incidente probatorio del examen de las víctimas menores de edad, salvo en los casos en que resulten ser personas ofendidas por delitos de carácter sexual taxativamente recogidos por la norma, elevaba cuestión de inconstitucionalidad de los arts. 392, párrafo 1-*bis* y 398, párrafo 5-*bis*, c.p.p., en relación a los arts. 2 y 3 Const., en la parte en la que no prevén, respectivamente, que se pueda proceder con incidente probatorio a la anticipación del testimonio de un menor de edad ofendido en delitos diversos de los de carácter sexual y que se pueda acceder de forma generalizada al interrogatorio protegido del menor de dieciséis años en incidente probatorio.

El juez de apelación declaraba no fundada la cuestión, sosteniendo que la elección de circunscribir a los delitos indicados en el párrafo 1-*bis* del art. 392 c.p.p. el acceso al incidente probatorio y el consecuente interrogatorio protegido no constituye una elección irracional, siendo justamente en relación con estos delitos que «surge con mayor intensidad y evidencia la exigencia de proteger la personalidad del menor (...) y la genuinidad de la prueba»⁴⁰. La cuestión, por tanto, se reenviaba al Tri-

³⁹ Respecto al pronunciamiento cfr. M. BARGIS, *Note in tema di esame testimoniale*, cit., p. 268 y s.; N. SELVAGGI, *L'incidente probatorio apre le porte all'audizione «protetta» senza limiti*, in *Guida al diritto*, 2005 (26), p. 77 y s., así como L. LUPÁRIA, *Una recente decisione della Corte di giustizia sull'allargamento delle ipotesi di audizione del minore in incidente probatorio*, en *Cass. pen.*, 2005, p. 3541 y s.

⁴⁰ Tribunal Const., sent. 18 diciembre 2002, n. 529, en *Foro it.*, 2004, I, c. 32.

bunal de Justicia, por medio de un reenvío prejudicial⁴¹ *ex art.* 35 del Tratado sobre la Unión europea, lamentándose la incompatibilidad de la normativa procesal italiana con la Decisión marco del Consejo europeo de 15 marzo 2001 n. 2001/220/JAI, relativa a la posición de la víctima en el proceso penal, en particular respecto al art. 2 sobre el tratamiento de las personas ofendidas⁴², el art. 3 sobre la audición y la presentación de pruebas⁴³ y el art. 8 n. 4 sobre el derecho de las víctimas vulnerables a una protección adecuada⁴⁴.

El Tribunal de Justicia, de esta forma, ha podido examinar la normativa italiana en materia de incidente probatorio a la luz de lo dispuesto en la citada Decisión marco: de ello ha derivado un juicio cuando menos «revolucionario», fundamentado sobre la asunción de que la «Decisión marco impone que un juez nacional tenga la posibilidad respecto de las víctimas particularmente vulnerables, de utilizar un procedimiento especial como el incidente probatorio (...), siempre que tal procedimiento responda de la mejor manera posible a la situación de estas víctimas» (§ 56). Al juez doméstico, por tanto, corresponde el delicado papel de leer las normas nacionales de conformidad con la Decisión marco, siempre que tal interpretación se revele posible en la práctica y que no derive de ella una violación de los derechos fundamentales del imputado o una lesión del debido proceso.

⁴¹ Trib. Florencia, ord. 3 febrero 2003, imp. Pupino, en *Foro it.*, 2004, II, c. 54.

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

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

⁴³ «Los Estados miembros garantizarán a la víctima la posibilidad de ser oída durante las actuaciones y de facilitar elementos de prueba.

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

⁴⁴ «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».

Las conclusiones del Tribunal, compartibles en cuanto al propósito de tutelar al máximo nivel la personalidad del menor y de los sujetos débiles involucrados como personas ofendidas en el proceso penal, dan pie a algunas reservas.

En primer lugar, los jueces comunitarios parecen haber infravalorado la entidad de las normas actualmente presentes en nuestra arquitectura procesal para la protección del menor ofendido por el delito. Si bien parece innegable, de hecho, que, respecto de otros sistemas procesales, nuestro código se revela menos atento a los derechos de las víctimas, es sin embargo cierto que el conjunto de garantías puesto a punto por el legislador es concreto y se encuentra en constante desarrollo: el incidente probatorio «ampliado» y «protegido» para algunos tipos delictivos (arts. 392, párrafo 1-*bis* y 398, párrafo 5-*bis* c.p.p.), el interrogatorio a puerta cerrada (art. 472, párrafo 4 c.p.p.), el examen contradictorio dirigido por el presidente con la contribución de un experto en psicología infantil (art. 498, párrafo 4, c.p.p.), la prohibición de grabación de imágenes (arts. 472 c.p.p. y 147 disp. act. c.p.p.), la audición celebrada con las formas de la audición protegida (art. 498, párrafo 4-*bis* y 398, párrafo 5-*bis* c.p.p.)⁴⁵, la prohibición de publicación de los datos de identidad y de la imagen (art. 114, párrafo 6, c.p.p.), el examen con uso de espejo y aparato de intercomunicación (art. 490, párrafo 4-*ter*, c.p.p.), constituyen sólo algunas de las piezas de un mosaico normativo en absoluto desinteresado por las exigencias del menor y, más en general, de las víctimas vulnerables.

Paralelamente falta, en la argumentación del Tribunal, una referencia a la necesidad de equilibrio entre las exigencias del menor y las garantías del acusado. La salvaguardia del testigo menor de edad es ciertamente una prioridad de los sistemas penales contemporáneos, pero también siguen siendo fundamentales los principios de oralidad e inmediación, así como el derecho a enfrentarse con el propio acusador: estos puntos cardinales de nuestra normativa procesal podrían incluso

⁴⁵ Como resultado de la citada intervención del Tribunal constitucional (sent. n. 63 del 2005), que, entre otras cosas, ha declarado inconstitucional el art. 498 párrafo 4-*ter*, c.p.p. «en la parte en que no prevé que el examen del mayor de edad enfermo mental víctima del delito se efectúe, a solicitud suya o de su defensor», mediante el uso de un cristal espejo junto con un aparato de intercomunicación».

elevarse a «valores supremos» del ordenamiento interno, y como tales estar en grado de servir como «contralímites» a la primacía del derecho comunitario.

No por último menos importante es recordar que el incidente probatorio no puede liberarse completamente de esa función excepcional que el sistema le ha atribuido, derogando el principio de formación de la prueba en el juicio oral; por tanto, sería erróneo acoger la perspectiva de convertirlo en un instituto sustitutivo del juicio oral. Las lógicas internas imprescindibles en los concretos sistemas procesales deberían en cierta medida salvaguardar la «*beauty of diversity*» de los procesos penales europeos⁴⁶. Desde esta óptica, la jurisprudencia comunitaria deberá hacerse cargo de comprender cuánto y de que forma un ordenamiento dado pretende proteger los valores indicados por la Unión, respetando en la medida de lo posible las tradiciones procesales del Estado miembro y el modelo de investigación judicial elegido por éste.

5. Modalidades y límites de la asunción de las fuentes vulnerables en el juicio oral.

Retomando el hilo de las carencias que evidencia la disciplina del sistema de asunción de las fuentes vulnerables en el proceso penal italiano⁴⁷, criticable como mínimo aparece la falta de coordinación entre las normas sobre el incidente probatorio y los márgenes de ejercicio del derecho a la prueba en el juicio oral, con específica atención a las personas ye recibidas en sede anticipada y protegida.

Si es cierto que una de las razones que llevan a favorecer el incidente probatorio para la asunción de las víctimas vulnerables consiste en la exigencia de evitarles el trauma procesal, debería tenerse, pera el juicio oral, una barrera a la potestad de las partes de solicitar la excusión de la

⁴⁶ En estos términos, E. AMODIO, *The Accusatorial System Lost and Regained. Reforming Criminal Procedure in Italy*, en 52 *Am. J. Comp. L.*, 2004, p. 500.

⁴⁷ G. SPANGHER, *La protezione processuale del minore nel procedimento ordinario ed in quello minorile*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, vol. II, Giuffrè, 2000, p. 703.

fuente de prueba personal. En otras palabras, el derecho a la prueba que corresponde a los contrarios habría reducido en medida proporcional el derecho a la tutela *frente al proceso* que es necesario reservar a algunos sujetos ya excusados de antemano, con los cuales, por tanto, también el acusado ha tenido al menos una ocasión de confrontarse.

La «pieza clave» de este sistema se limita a una disposición excepcional como el art. 190-*bis* c.p.p.: en presencia de ciertos delitos⁴⁸, es posible obtener la citación del testigo sólo si el examen «se refiere a hechos o circunstancias distintos de aquellos objeto de las precedentes declaraciones o bien si el juez o alguna de las partes lo consideran necesario sobre la base de exigencias específicas». Sin embargo, también la reforma más reciente (l. 38 de 2009) ha perdido la ocasión de restituir la coherencia al sistema, desde el momento en que el nuevo ámbito del art. 392, párrafo 1-*bis*, c.p.p. no tiene correspondencia en el juicio oral. De hecho, en primer lugar, el art. 190-*bis*, párrafo 1-*bis*, c.p.p. no se aplica en los procedimientos por delitos previstos en los arts. 572 y 612-*bis* c.p.; además, permaneciendo anclado en la excusión de la persona menor de dieciséis años, no es aplicable cuando sea solicitado el testimonio del menor de más de dieciséis años o del mayor de edad ofendido⁴⁹. En sustancia, la exigencia fundamental centrada en la tutela de la fuente vulnerable, en estos casos, se deja a la valoración que el juez del plenario hace en materia de admisión de la prueba: frente a la solicitud, formulada por alguna de las partes, de volver a escuchar a la víctima ya

⁴⁸La disposición ha sido añadida por el d.l. 8 junio 1992 n. 306, conv. Por la l. 7 agosto 1992, n. 356; originalmente se preveía un solo párrafo, destinado a limitar el derecho a la prueba de las partes en litigio en procedimientos por alguno de los delitos indicados por el art. 51 párrafo 3-*bis* c.p.p., siempre que se haya solicitado el examen de un imputado en procedimiento conexo o de un testigo. Sólo con la l. 3 agosto 1998 n. 269 se ha añadido el párrafo 1-*bis*, que extiende la disposición del párrafo 1 a los casos de procedimientos por los delitos previstos en los arts. 600-*bis*, primer párrafo, 600-*ter*, 600-*quater*, incluso los que se refieran al material pornográfico al que alude el art. 600-*quater*.1, 600-*quinqüies*, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*quinqüies* y 609-*octies* c.p. «i el examen solicitado se refiere a un menor de dieciséis años», con la noble intención de limitar el derecho a la prueba de las partes en relación a fuentes ya anticipadas en incidente probatorio.

⁴⁹Para críticas similares v. F. CASSIBBA, *La tutela dei testimoni «vulnerabili»*, cit. p. 318.

excusada en el incidente probatorio, el órgano judicial deberá interpretar restrictivamente los criterios indicados en el art. 190 párrafo 1 c.p.p., llegando a un pronóstico de manifiesta superfluidad siempre que el examen en el juicio oral no se oriente a aspectos inéditos de la contribución testimonial.

Las aporías sistemáticas que se han puesto de relieve, sin embargo, no impiden que se delinee en todo caso un modelo de contradictorio en el juicio oral dedicado a los sujetos vulnerables, sobre todo tratándose de menores de edad, en el que se edulcora el nivel de «crueldad» típico del interrogatorio cruzado: en este sentido, puede hablarse de una tutela de la víctima vulnerable *frente al* contradictorio *en el* proceso, más que *frente al* proceso.

Ante todo, se prevén algunas garantías secundarias, que sirven a la instauración de una relación *soft* con el contexto del juicio oral: en el sentido del art. 472 párrafo 3-*bis* c.p.p., la fase del juicio relativo a los delitos previstos en los arts. 600, 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quinqüies*, 601, 602, 609-*bis*, 609-*ter* y 609-*octies* c.p., si bien se desarrolla normalmente a puerta abierta, tendrá lugar en todo o en parte a puerta cerrada a solicitud de la persona ofendida⁵⁰, teniendo lugar siempre a puerta cerrada si el ofendido es un menor de edad. Del mismo modo, además, corresponde al juez determinar si proceder a puerta cerrada durante el examen de sujetos menores de edad (párrafo 4).

En segundo lugar, podemos decir que el legislador ha acuñado tres modelos de excusión de la fuente débil: la audición con contradictorio «atenuado», la audición protegida y el examen testimonial «blindado»⁵¹.

Según el primer esquema, regulado por el art. 498 párrafo 4 c.p.p., el examen «testimonial del menor es dirigido por el presidente con preguntas y réplicas propuestas por las partes», previéndose además que se pueda valer «del auxilio de un familiar del menor o de un experto en

⁵⁰ Tampoco en este caso puede dejarse de señalar que la técnica del reenvío a los delitos concretos deja «sin cubrir» numerosos tipos que, sin embargo, merecerían análogas cautelas procesales.

⁵¹ Estas definiciones se toman de C. CESARI, *La «campana di vetro»: protezione della personalità e rispetto del contraddittorio nell'esame dibattimentale del teste minorenne, in Il minorenne fonte di prova nel processo penale*, cit., p. 225.

psicología infantil». En este caso, la letra de la ley resulta clara tanto en el intento de proteger al menor cuando en la limitación a su sola excusión de tal metodología derogatoria del típico examen cruzado que corresponde a las partes: la norma sobrentiende, dicho de otra forma, una valoración intrínseca de vulnerabilidad de la fuente menor de edad que, si bien apreciable, no responde a las exigencias de tutela del más amplio abanico de sujetos que se pueden considerar vulnerables. Igualmente útil, pero insuficiente, pues, resulta la extensión al juicio oral del examen protegido, hecho posible gracias al reenvío a las «modalidades a que se refiere el artículo 398, párrafo 5-*bis*» por medio del párrafo 4-*bis* del art. 498 c.p.p.: este examen, realizable también más allá de las hipótesis a que alude el art. 398 mismo, resulta de hecho instrumental sólo a la asunción del testimonio del menor de edad⁵².

Por último, el legislador ha previsto la posibilidad de un examen realizado mediante el uso de un cristal espejo junto con un aparato de intercomunicación (art. 498 párrafo 4-*ter* c.p.p.). Tras sucesivas interpolaciones, esta modalidad es hoy aplicable, siempre que se proceda por los delitos previstos en los arts. 600, 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quater*, 600-*quinqüies*, 601, 602, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*octies* y 612-*bis* c.p., para la excusión «del menor víctima del delito o bien del mayor de edad enfermo mental víctima del delito», tras solicitud del mismo o de su defensor. Al respecto, aparte de la imposibilidad de proceder de esta forma, por ejemplo, en el caso de procedimiento por el delito recogido en el art. 572 c.p., el perímetro de la norma parece además rígido y limitado: de hecho, la persona a interrogar – menor de edad o mayor de edad enfermo mental – debe ser víctima del delito y no mero testigo, y tampoco es posible pensar en una extensión (por cierto que no inoportuna) a la persona mayor de edad no enferma mental pero igualmente vulnerable en concreto.

En fin, volviendo a la búsqueda de otros instrumentos aptos para hacer compatibles las exigencias de tutela de las víctimas y el derecho a la confrontación de los acusados, sigue abierta la vía de un refuerzo del uso del examen a distancia (art. 147-*bis* disp. act. c.p.p.), perseguible interpretando (quizá demasiado, por el momento) extensivamente la lis-

⁵² Conclusiones similares están avaladas también por el Tribunal Const., sent. 9 mayo 2001, n. 114, cit. V. C. CESARI, *La «campana di vetro»*, cit., p. 251 s.

ta de sujetos admisibles. Este escenario, que se ha de explorar, podría revelarse útil tanto por el lado de la defensa, ya avezada en el uso de las tecnologías audiovisuales, como de la fuente vulnerable, a la cual se evitará el contacto personal tanto con el proceso como con el imputado⁵³.

En conclusión, por muy apreciables que sea tanto el esfuerzo del legislador, como el del Tribunal constitucional, orientado a extender el perímetro de las garantías reservadas a las fuentes de prueba vulnerables, sin pesar demasiado sobre la paralela exigencia de una tutela efectiva del principio de contradicción del imputado, el sistema se revela en muchos aspectos todavía lagunoso. La falta de un concepto general de la víctima vulnerable no ayuda a la coherencia de la regulación procesal, mientras que la estratificación normativa es fuente de confusión, convirtiendo el proceso en un terreno todavía demasiado «minado» para poder confiar en la posibilidad de que las víctimas de graves delitos perciban la fiabilidad del sistema que pretende protegerlas. No hay duda alguna, no obstante, de que la dirección adoptada, con la contribución de las fuentes y de la jurisprudencia supranacional, es la correcta: sacrificios y equilibrios son adecuados para permitir a las víctimas hacer frente al proceso, ofreciendo a los intérpretes el modo de «preocuparse» de su testimonio; decididamente peor sería tener que renunciar a la respectiva contribución, preguntándose por las razones de su silencio.

⁵³ La perspectiva también es bosquejada por C. CESARI, *La «campana di vetro»*, cit., p. 265.