

**APLICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 8/2021,  
DE 4 DE JUNIO, DE PROTECCIÓN  
INTEGRAL A LA INFANCIA Y LA  
ADOLESCENCIA FRENTE A LA  
VIOLENCIA.**

**LA PRECONSTITUCIÓN COMO PRUEBA DE  
LA AUDIENCIA DEL MENOR EN LA FASE  
DE INSTRUCCIÓN Y SU NO  
COMPARECENCIA EN EL PLENARIO.**



**ILUSTRE  
COLEGIO DE ABOGADOS  
DE MADRID**

# ÍNDICE

## Contenido

I.- INTRODUCCIÓN.....	3
II.- JURISPRUDENCIA ANTERIOR A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LO 8/2021 DE 4 DE JUNIO RELATIVA A LA COMPARECENCIA DE LOS MENORES DE 14 AÑOS EN EL PLENARIO CUANDO SE HUBIERA PRECONSTITUIDO PRUEBA EN FASE DE INSTRUCCIÓN.....	4
III.- JURISPRUDENCIA POSTERIOR A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LO 8/2021 DE 4 DE JUNIO RELATIVA A LA COMPARECENCIA DE LOS MENORES DE 14 AÑOS EN EL PLENARIO CUANDO SE HUBIERA PRECONSTITUIDO PRUEBA EN FASE DE INSTRUCCIÓN.....	17
IV.- CONCLUSIONES .....	20

## I.- INTRODUCCIÓN

La Sala Segunda del Tribunal Supremo tiene una doctrina consolidada acerca de los aspectos que deben ser tenidos en cuenta cuando se plantea la cuestión relativa a la declaración en el proceso de menores víctima de delitos contra la libertad o indemnidad sexual, en atención a la necesidad de preservar la integridad psíquica del menor sin perjudicar los derechos de defensa del acusado.

Esa doctrina tiene como punto de partida la necesidad de respetar adecuadamente los derechos del acusado en el proceso, por lo cual la justicia penal no puede obtenerse a cualquier precio, y por relevante que sea el bien jurídico que pretenda tutelarse, en ningún caso puede justificar el prescindir de las garantías fundamentales del derecho de defensa, que constituyen las bases esenciales de nuestro sistema jurídico.

No obstante, la doctrina está sufriendo cambios, a raíz de la entrada en vigor de la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, y como consecuencia de las modificaciones introducidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por su Disposición Adicional Primera con el objetivo de proteger a los menores de 14 de años en su calidad de víctimas-testigos.

A través del presente documento se pretende realizar un estudio de la jurisprudencia de la Sala de Segunda del Tribunal Supremo en relación a dicha evolución.

## II.- JURISPRUDENCIA ANTERIOR A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LO 8/2021 DE 4 DE JUNIO RELATIVA A LA COMPARECENCIA DE LOS MENORES DE 14 AÑOS EN EL PLENARIO CUANDO SE HUBIERA PRECONSTITUIDO PRUEBA EN FASE DE INSTRUCCIÓN.

Tal y como acabamos de hacer referencia en la introducción nos encontramos con un antes y un después tras las modificaciones introducidas por la LO 8/2021 LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

Con carácter general, y de acuerdo con lo establecido en la Sentencia del Tribunal Supremo nº 598/2015 de 14 de octubre, cuyo ponente fue el Excmo Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, *"cuando se trata de menores de edad, es necesario atender especialmente a las necesidades de protección del menor, que adquieren una especial relevancia cuando se trata de delitos que atentan a su indemnidad sexual. El artículo 39.4º de la Constitución dispone que "los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos". A este respecto conviene recordar que el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño precisa que "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés supremo del niño". Y que la Decisión Marco 2001/220/JAI, del Consejo, de 15/03/2001, relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal dispone en su artículo 2.2, que "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"; en el artículo 3, que "Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que sus autoridades sólo interroguen a la víctima en la medida necesaria para el proceso penal"; y en el artículo 8. 4, que "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". Disposiciones respecto de las que el **Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la Sentencia de 16 de junio de 2005, en el Caso Pupino,** entendió que deberían interpretarse en el sentido de que " el órgano jurisdiccional nacional debe poder autorizar que niños de corta edad que aleguen haber sido víctima de malos tratos presten declaración según unas formas que garanticen a dichos niños un nivel adecuado de protección, por ejemplo, fuera de la audiencia pública y antes de la celebración de ésta.*

***La legislación interna se orienta igualmente hacia la protección del menor.** Así, la **LO 1/1996, de 15 de Enero, de Protección Jurídica del Menor, en su artículo 11.2** menciona como principios rectores de la actuación de los poderes públicos "la supremacía del interés del menor" [apartado a)] y "la prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal" [apartado d)]. La **Ley 4/2015, del Estatuto de la víctima del delito,** que entrará en vigor en los últimos días del mes de octubre del año 2015, dispone **en el artículo 26** que cuando se trate de víctimas menores de edad las declaraciones recibidas durante la fase de investigación serán grabadas por medios audiovisuales y podrán ser reproducidas en el juicio en los casos y condiciones determinadas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como que la declaración podrá recibirse por medio de expertos. Además, **modifica varios artículos de la LECrim.** En el **artículo 433** se dispone que en el caso de los testigos menores de edad o personas con la capacidad judicialmente modificada, el Juez de Instrucción podrá acordar, cuando a la vista de la falta de madurez de la víctima resulte necesario para evitar causarles graves perjuicios, que se les tome declaración mediante la intervención de expertos y con intervención del Ministerio Fiscal. Con esta finalidad, podrá acordarse también que las preguntas se trasladen a la víctima directamente por*

*los expertos o, incluso, excluir o limitar la presencia de las partes en el lugar de la exploración de la víctima. En estos casos, el Juez dispondrá lo necesario para facilitar a las partes la posibilidad de trasladar preguntas o de pedir aclaraciones a la víctima, siempre que ello resulte posible. El Juez ordenará la grabación de la declaración por medios audiovisuales. En el artículo 448 se dice que La declaración de los testigos menores de edad y de las personas con capacidad judicialmente modificada podrá llevarse a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba. En el artículo 707, se dispone que La declaración de los testigos menores de edad o con discapacidad necesitados de especial protección, se llevará a cabo, cuando resulte necesario para impedir o reducir los perjuicios que para ellos puedan derivar del desarrollo del proceso o de la práctica de la diligencia, evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado. Con este fin podrá ser utilizado cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba, incluyéndose la posibilidad de que los testigos puedan ser oídos sin estar presentes en la sala mediante la utilización de tecnologías de la comunicación. Y en el artículo 730, que podrán también leerse o reproducirse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral, y las declaraciones recibidas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 448 durante la fase de investigación a las víctimas menores de edad y a las víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección. Normas orientadas, pues, a evitar en la medida de lo posible la victimización secundaria de las víctimas menores de edad, mediante la reducción del número de las ocasiones en las que la víctima menor de edad es sometida a interrogatorio, garantizando al tiempo los derechos del acusado, especialmente los referidos a la defensa y relacionados con la vigencia efectiva del principio de contradicción. Todo lo cual tiene especial incidencia en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, fundamentalmente cuando se trata de abusos o agresiones sexuales.*

Que con fin de conjugar tanto la protección de los menores en base a la regulación expuesta y el derecho de defensa del acusado, desde un punto doctrinal se vienen a establecer los principios o reglas metodológicas que se debían tener en cuenta a la hora de decidir sobre la comparecencia de los menores en el plenario en aquellos supuestos en los cuales se hubiera preconstituido la prueba en la fase de instrucción con el fin de evitar su victimización secundaria.

La Sentencia del Tribunal Supremo nº 321/2020 de 17 de junio cuyo ponente fue el Excmo Sr. D. Vicente Magro Servet establece que se debe tener en cuenta lo siguiente:

- “1.- Es regla general en nuestro derecho procesal la necesidad de que los Tribunales deben velar por la observancia del principio de contradicción relacionado con el derecho de defensa, en virtud del cual el letrado de la defensa tiene derecho a interrogar en el plenario a quien alega ser víctima de un hecho delictivo.*
- 2.- El derecho del acusado a interrogar a los testigos de cargo consagrado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 6) e implícitamente comprendido en el derecho a un proceso con todas las garantías que proclama el art. 24 CE, es ingrediente esencial del principio de contradicción, exigencia del derecho de defensa.*
- 3.- La regla general debe ser la declaración de los menores en el juicio, con el fin de que su declaración sea directamente contemplada y valorada por el Tribunal sentenciador y sometida a contradicción por la representación del acusado, salvaguardando el derecho de defensa.*

- 4.- *Que se garantice el principio de contradicción en la fase de instrucción no quiere decir que la defensa renuncie a este principio en la fase de plenario.*
- 5.- *En principio el menor debe declarar como cualquier testigo tanto en fase de instrucción como en el juicio oral, sin perjuicio de que se adopten las medidas de protección que prevé el Estatuto de la Víctima (arts. 25 y 26), la LOPJ (art. 229) y la LECrim., (arts. 325 y 707). La presencia de un menor víctima del delito no supone una derogación de las garantías procesales.*
- 6.- *Si opta por recurrirse a la prueba preconstituida es relevante que en la práctica de la diligencia se respete escrupulosamente el principio de contradicción y el derecho de defensa, hasta el punto que esta cuestión es la que ha suscitado el mayor número de nulidades procesales.*
- 7.- *La relevancia de las declaraciones de los menores víctimas del delito – especialmente en el caso de delitos contra la libertad sexual– es indudable, máxime si se tiene en cuenta el singular contexto de clandestinidad en el que se producen este tipo de conductas, por lo que de ordinario suele tratarse de la única prueba directa de cargo.*
- 8.- *Por más que en la prueba preconstituida se garantizase la contradicción, se trata de una contradicción limitada y no equivalente a la propia del juicio oral. Que se haya practicado una prueba preconstituida no quiere decir que se cercena el derecho de una de las partes de pedir que esa declaración se lleve al plenario, en base al principio de concentración de la prueba en el plenario y derecho de contradicción aplicable al juicio oral.*
- 9.- *La plena contradicción sólo es posible en el juicio oral, pues sólo en ese momento se dispone de la hipótesis acusatoria formalizada y se conoce el*

*contenido de los elementos investigativos empleados para construirla, así como el listado de los medios de prueba propuestos para verificarla.*

*10.- Existe una regulación protectora en la metodología de la declaración de los menores en los arts. 433, 448, 707, 730 Lecrim, así como una regulación normativa que propugna evitar la victimización secundaria de la víctima en el proceso penal a la hora de prestar declaración, como la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, Convención del Consejo de Europa sobre protección de la infancia contra la explotación y el abuso sexual, hecha en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, firmada por España el 12 de marzo de 2009, La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de Enero, de Protección Jurídica del Menor, artículos 11. 2, 13 y 17, La Ley 204/2015, de 27 de abril del Estatuto de la Víctima del Delito, Artículos 19, y 26.*

*11.- No se avala el desplazamiento caprichoso del principio de contradicción ni del derecho de defensa por el simple hecho de que la víctima sea un menor de edad. Este no es un principio o una máxima que por sí misma y considerada objetivamente cercene y altere el derecho de defensa.*

*12.- Cuando existan razones fundadas y explícitas puede prescindirse de dicha presencia en aras de la protección de los menores. Ello podrá obtenerse bien por un informe que avale que la presencia en el plenario de la menor puede afectarle seriamente, o bien por cualquier otra circunstancia que permite objetivar y avalar por el Tribunal la existencia del perjuicio del menor de declarar en el juicio oral, por lo que no existe una especie de "presunción de victimización secundaria", sino que ésta debe reconocerse cuando el Tribunal pueda "ponderar" y valorar las circunstancias concurrentes en cada caso y estar en condiciones de que, objetivamente, quede constancia de que prima*

*esta vía por encima del principio de contradicción mediante el interrogatorio en el plenario, y no solo con la prueba preconstituida.*

*13.- Es cierto que se justifica la práctica anticipada de la prueba durante la instrucción en los supuestos de menores víctimas de determinados delitos, con el fin de evitar los riesgos de victimización secundaria, especialmente importantes en menores de muy corta edad, pero ello debe entenderse cuando sea previsible en cada caso que dicha comparecencia pueda ocasionarles daños o afectación de su presencia en el plenario cuando ya declaró en sede de instrucción. Además, obvio es decirlo, tal previsión ha de ser seriamente constatada.*

*14.- Pero también lo es que esta opción de la prueba anticipada no puede serlo "a cualquier precio" por el dato objetivo de la razón de la minoría de edad de los testigos sin mayor justificación o fundamento.*

*15.- La forma de acudir a esta viabilidad de prescindir de la presencia de los menores en el juicio y darle "carta de naturaleza" es la exigencia de razones fundadas y explícitas de "victimización", cuya entidad ha de determinarse, en caso de comparecer y verse sometidos al interrogatorio de las partes en el juicio oral.*

*16.- La ponderación exige atender a las circunstancias del caso concreto. Muy particularmente la edad del menor, pero también la madurez del mismo y demás condiciones concretas de su personalidad. Con ello, la edad del menor "al momento de la celebración del juicio oral" es un dato importante a tener en cuenta, no cuando ocurren los hechos que son objeto de enjuiciamiento.*

17.– *Es razonable no prescindir de la presencia en la vista del juicio oral, si en éste cabe adoptar cautelas que garanticen la consecución de los fines legítimos de protección del menor porque conjuren aquellos riesgos.*

18.– *La ponderación del Tribunal en razón a la no comparecencia del menor debe motivarse debidamente de forma que éste pueda otorgar a los menores, llegado el caso concreto donde quede justificado, el amparo que les confiere la reforma contenida en el Estatuto de la víctima en el proceso penal referido a los menores.*

19.– *No dándose estas circunstancias el letrado de la defensa podrá sostener la indefensión material por indebida denegación de prueba, y corolaria vulneración de la tutela judicial efectiva.*

20.– *Conclusión: Cuando se lleve a cabo un uso motivado y fundado del derecho de las víctimas a no declarar en el plenario por el Tribunal por haberse conformado la prueba preconstituida y/o con posterior informe técnico, o razones fundadas y apreciadas motivadamente por el Tribunal, atendido el caso concreto, que aprecie la victimización, esta motivación del Juez o Tribunal, bien en el auto de admisión de pruebas, bien en cualquier otro momento posterior, no se entenderá invadido y afectado el derecho de la defensa a interrogar a los menores en el plenario”*

De acuerdo con esta conclusión, debemos recordar que de acuerdo con la regulación procesal por regla general los medios de prueba con validez e idoneidad para desvirtuar la presunción de inocencia son los que se practican en el Juicio Oral bajo los principios de inmediación ante el mismo Tribunal que ha de juzgar; de contradicción entre las partes del proceso; y de publicidad. También la prueba testifical debe en principio practicarse así, salvo los casos excepcionales. En este sentido el art. 702 de la

LECr dispone que quienes están obligados a declarar "*lo harán concurriendo ante el Tribunal*". Y el art. 446 de la LECr, establece la obligación que el testigo que declaró en el sumario tiene de "*comparecer para declarar de nuevo ante el Tribunal competente cuando se le cite para ello*".

En este sentido la **Sentencia del Tribunal Supremo nº 96/2009 de fecha 10 de marzo** cuyo ponente fue el Excmo Sr. D. Adolfo Prego de Oliver Tolivar establece que "**Excepcionalmente, sin embargo, cuando se dan razones de imposibilidad del testigo, la Ley de Enjuiciamiento Criminal permite prescindir de su personal comparecencia en el propio Juicio Oral, sustituyéndola por otras soluciones.** En ellas existen diferencias por su mayor o menor observancia de los principios que presiden la práctica de la prueba y especialmente del principio de inmediación ante el Tribunal juzgador:

- A) *Así sucede, salvándose plenamente la inmediación, **con la llamada "prueba anticipada en sentido propio". Se admite en el Procedimiento Ordinario por el art. 657 apartado tercero,** que al regular los escritos de conclusiones provisionales faculta a las partes para pedir que se practiquen "desde luego aquellas diligencias de prueba que por cualquier causa fuere de temer que no se puedan practicar en el Juicio Oral, o que pudieran motivar su suspensión". **Norma que tiene en el Procedimiento Abreviado su correspondencia en los arts 781-1 apartado tercero y 784-2,** que permiten a la acusación y a la defensa, respectivamente, solicitar "la práctica anticipada de aquellas pruebas que no pueden llevarse a cabo durante las sesiones del Juicio Oral". En uno y otro procedimiento la excepcionalidad se limita a la anticipación de la práctica probatoria que se desarrolla en un momento anterior al comienzo del juicio oral. En lo demás se han de observar las reglas propias de la prueba, con sometimiento a los mismos principios de publicidad, contradicción e inmediación ante el Tribunal juzgador que prevendrá lo necesario para la práctica de la prueba anticipada (art. 785-1º de la LECr).*

*B) Un segundo supuesto muy diferente, porque ya supone un sacrificio de la inmediación, es el denominado por algunos como "prueba preconstituida". Su diferencia con la anticipada está en que en la preconstituida la práctica de la prueba no tiene lugar ante el Tribunal Juzgador sino ante el Juez de Instrucción, con lo cual la inmediación desaparece al menos como inmediación espacio temporal, y queda reducida a la percepción del soporte en que la prueba preconstituida se documente y refleje. A veces se le denomina prueba "anticipada en sentido impropio" para reservar el término de "preconstituida" a las diligencias sumariales de imposible repetición en el Juicio Oral por razón de su intrínseca naturaleza y cuya práctica –como sucede con una inspección ocular y con otras diligencias –es forzosamente única e irrepetible. Se llame de una o de otra forma este supuesto es el de las pruebas testificales que ya en la fase sumarial se prevén como de reproducción imposible o difícil por razones que, aún ajenas a la propia naturaleza de la prueba, sobrevienen en términos que permiten anticipar la imposibilidad de practicarla en el juicio Oral. Estos supuestos se dan en el procedimiento abreviado y en el ordinario:*

- *En el abreviado se rigen por lo dispuesto en el art. 777 de la LECr según el cual "cuando por razón de lugar de residencia de un testigo o víctima o por otro motivo fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el Juicio Oral o pudiera motivar su suspensión, el Juez de Instrucción practicará inmediatamente la misma, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes". Como es obvio que ante el Juez de Instrucción no se satisface debidamente la inmediación, el precepto busca garantizar al menos una inmediación de segundo grado o menor al exigir que esa diligencia ante el instructor se documente "en soporte apto para*

*la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, o bien–  
previendo quizás la secular falta de medios de la Justicia española–  
por medio de acta autorizada por el Secretario Judicial con expresión  
de los intervinientes;*

➤ **En el procedimiento ordinario los preceptos correspondientes se encuentran en el art. 448 y 449 de la LECr** cuyas exigencias son:

✓ **En cuanto al presupuesto condicionante:** *que haya motivo racionalmente bastante para temer la muerte del testigo o su incapacidad física o intelectual antes de la apertura del Juicio Oral, o bien que el testigo al hacerle la prevención referida en el art. 446 acerca de su obligación de comparecer para declarar de nuevo ante el Tribunal competente cuando se le cite para ello, manifieste la imposibilidad de concurrir por haber de ausentarse de la Península;*

✓ **En cuanto al modo de practicarse:** *que se provea de Abogado al reo por su designación o de oficio para que le aconseje en el acto de recibir la declaración del testigo; que se le examine "a presencia del procesado" y de su Abogado defensor– salvo el supuesto del art. 449– y a presencia del Fiscal y del querellante si quisieran asistir al acto, permitiéndoles las preguntas convenientes; y que la diligencia consigne las contestaciones a estas preguntas y sea firmada por los asistentes;*

✓ **En cuanto a su introducción en el Juicio Oral:** *que en el acto de la vista se proceda a la lectura de esta diligencia de prueba,*

*preconstituída o anticipada; exigencia que, sin estar expresada en el art. 448, es de cumplimiento necesario por elemental observancia de los principios de inmediación, publicidad, y contradicción. Así lo evidencia además que lo exija el art. 777 en el Procedimiento Abreviado, sin que tenga justificación alguna prescindir de lo mismo en el ordinario, cuando está referido a delitos de mayor gravedad;*

- ✓ *Y que además la imposibilidad anticipadamente prevista durante el sumario para comparecer al Juicio Oral, legitimante de su práctica anticipada ante el Juez de Instrucción, subsista después, puesto que si por cualquier razón desapareciera luego la imposibilidad de acudir al Juicio Oral, no puede prescindirse del testimonio directo en ese acto ni se justifica sustituirlo por la declaración prestada al amparo del art. 448 de la LECr.*

- C) *El tercer supuesto lo regula el art. 730 de la LECr que cubre los casos en que no siendo tampoco posible, como en los anteriores, prestarse la declaración testifical en el Juicio Oral, sin embargo, a diferencia de ellos, la imposibilidad procede de factores sobrevenidos e imprevisibles. En ese ámbito el art. 730 de la LECr dispone que podrán leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que por causa independiente de la voluntad de aquéllas no pueden ser reproducidas en el Juicio Oral.*

En los delitos de abuso sexual normalmente la declaración del menor es la única prueba directa sobre los hechos, pues las restantes suelen limitarse a relatar lo que el menor ha narrado o a evaluar las condiciones en las que narró los hechos o su credibilidad, recayendo el centro de atención sobre las garantías que han de rodear la

exploración del menor, y la forma en la que la misma puede introducirse en el debate del juicio oral.

Debemos recordar que la prueba preconstituida se debe realizar en presencia del Juez de Instrucción, asistido del Letrado de la Administración de Justicia, con presencia del Ministerio Fiscal y el letrado del investigado, y de la acusación particular en su caso.

Asimismo, tal como recoge **la Jurisprudencia del TEDH** *“la protección del interés del menor de edad que afirma haber sido objeto de un delito justifica y legitima que, en su favor, se adopten medidas de protección que pueden limitar o modular la forma ordinaria de practicar su interrogatorio. El mismo puede llevarse a efecto a través de un experto (ajeno o no a los órganos del Estado encargados de la investigación) que deberá encauzar su exploración conforme a las pautas que se le hayan indicado; puede llevarse a cabo evitando la confrontación visual con el acusado (mediante dispositivos físicos de separación o la utilización de videoconferencia o cualquier otro medio técnico de comunicación a distancia); si la presencia en juicio del menor quiere ser evitada, la exploración previa habrá de ser grabada, a fin de que el Tribunal del juicio pueda observar su desarrollo, y en todo caso, habrá de darse a la defensa la posibilidad de presenciar dicha exploración y dirigir directa o indirectamente, a través del experto, las preguntas o aclaraciones que entienda precisas para su defensa, bien en el momento de realizarse la exploración, bien en un momento posterior. De esta manera, es posible evitar reiteraciones y confrontaciones innecesarias y, al mismo tiempo, es posible someter las manifestaciones del menor que incriminan al acusado a una contradicción suficiente, que equilibra su posición en el proceso.”*

### III.- JURISPRUDENCIA POSTERIOR A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LO 8/2021 DE 4 DE JUNIO RELATIVA A LA COMPARECENCIA DE LOS MENORES DE 14 AÑOS EN EL PLENARIO CUANDO SE HUBIERA PRECONSTITUIDO PRUEBA EN FASE DE INSTRUCCIÓN.

Que lo expuesto en el apartado anterior, tal y como mantiene la Sentencia del Tribunal Supremo nº 153/2022 de 22 de febrero cuyo ponente fue el Excmo Sr. D. Pablo Llarena Conde, “era la consideración de esta Sala a la fecha del enjuiciamiento que hoy analizamos, esto es, con anterioridad a la reforma de la ley procesal operada por LO 8/2021, que únicamente introdujo una modificación del régimen general de práctica de la prueba testifical para menores de 14 años. El artículo 449 ter de la LECRIM establece la obligación de la preconstitución probatoria de cualquier testimonio emitido por un menor impúber, siempre, eso sí, con la garantía de que su práctica sea contradictoria, evite la confrontación visual con el investigado y se desarrolle con el apoyo técnico antes expresado. Se añade que en esos supuestos de preconstitución probatoria de testimonios de menores de 14 años, la declaración del testigo en el juicio oral debe ser excepcional, exigiéndose para ello que una de las partes lo peticione expresamente y que el órgano judicial, en resolución motivada, considere necesaria la declaración (art. 703 bis LECRIM) y concluya que puede causar indefensión para alguna de las partes que la actuación probatoria se desarrolle exclusivamente a partir de la prueba testifical preconstituida. En cuanto al resto de testimonios de menores de edad, es decir, las declaraciones de menores que cuenten entre los 14 y los 18 años, el testigo está obligado a declarar en el juicio oral, si bien evitando la confrontación visual con el inculpado, reconociéndose por ello la posibilidad de que los testigos puedan ser oídos sin estar presentes en la Sala mediante la utilización de tecnologías de la comunicación accesible. Todo ello, sin perjuicio de que el Tribunal apruebe por razones fundadas la sustitución de esta declaración en el plenario, por la reproducción de la grabación

*audiovisual del testimonio recogido como prueba preconstituida durante la instrucción (arts. 703 bis y 730.2 LECRIM).*

En ese sentido contamos igualmente con la **Sentencia del Tribunal Supremo nº 107/2022 de 10 de febrero** en la que se nos indica *“No ha existido queja alguna sobre la forma de incorporación al plenario de la prueba preconstituida y su validez en tanto en cuanto de lo que se queja es de su valoración. Y **esta forma de escuchar el tribunal a los menores de edad en reproducción de las declaraciones llevadas a cabo en fase sumarial cumpliendo las garantías legales no plantea problema de legalidad alguna en la valoración de la prueba que de ello se pueda hacer. Hay que recordar que la reciente Ley orgánica 8/2021, de 4 de Junio ha introducido en la LECRIM el art. 449 ter LECRIM** que señala que: Cuando una persona menor de catorce años o una persona con discapacidad necesitada de especial protección deba intervenir en condición de testigo en un procedimiento judicial que tenga por objeto la instrucción de un delito de homicidio, lesiones, contra la libertad, contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad, contra las relaciones familiares, relativos al ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas, de organizaciones y grupos criminales y terroristas y de terrorismo, la autoridad judicial acordará, en todo caso, **practicar la audiencia del menor como prueba preconstituida, con todas las garantías de la práctica de prueba en el juicio oral y de conformidad con lo establecido en el artículo anterior.** Este proceso se realizará con todas las garantías de accesibilidad y apoyos necesarios. Y añade el **artículo 703 bis** que: Cuando en fase de instrucción, en aplicación de lo dispuesto en el **artículo 449 bis y siguientes**, se haya practicado como prueba preconstituida la declaración de un testigo, se procederá, a instancia de la parte interesada, **a la reproducción en la vista de la grabación audiovisual, de conformidad con el artículo 730.2, sin que sea necesaria la presencia del testigo en la vista.** Toda esta temática acerca de la posibilidad de que cuando se trate de víctimas menores de edad, sobre todo en casos de edades tan tempranas, como aquí ha ocurrido, se acuda a la vía*

de pruebas preconstituidas que luego se reproducen en el plenario, como apunta la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 329/2021 de 22 Abr. 2021, Rec. 10759/2020 poco antes de aprobarse, precisamente, la LO 8/2021, advirtiendo que podría entenderse como razonable residenciar la presunción madurez en la horquilla de edad que oscila entre los 12 y los 14 años, lo cual fue reflejado de forma inmediata dos meses después en la antes citada LO 8/2021, dando validez a la forma en la que se había llevado a cabo ya en muchos procedimientos judiciales en base a la viabilidad de que se grabe la declaración de menores en sede sumarial y se reproduzca en el plenario, no siendo preciso que el menor vuelva a declarar en sede de juicio oral para evitar la revictimización de los menores víctimas de delitos sexuales. Estas declaraciones de menores de edad en la forma expuesta no vulneran en modo alguno el derecho de defensa, y antes de la LO 8/2021, de 4 de Junio, como en este mismo caso ha ocurrido, se han estado llevando a cabo estas medidas siempre que el tribunal así lo hubiera valorado, tal y como hemos reflejado en reiteradas sentencias (Entre otras, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 321/2020 de 17 Jun. 2020, Rec. 10724/2019). Ciertamente es que en algunos casos ante petición de las defensas de que el menor compareciera en el plenario se han anulado algunos juicios cuando no se ha accedido a esta petición y no se argumentó debidamente la negativa a esta admisión de prueba, ordenando se repitiera el juicio, pero ante la existencia de falta de la debida motivación ante esta proposición de prueba de que compareciera el menor pese a que existía prueba preconstituida. Así, en sentencia del Tribunal Supremo 579/2019 de 26 Nov. 2019, Rec. 2104/2018 se expone que "los supuestos que permiten prescindir de dicha declaración en el juicio concurren cuando existan razones fundadas y explícitas para apreciar un posible riesgo para la integridad psíquica de los menores en caso de comparecer (acreditadas a través de un informe psicológico, ordinariamente), valorando el Tribunal sentenciador las circunstancias concurrentes, singularmente la edad de los menores". Antes de esta reforma el tribunal debía motivar debidamente esta denegación, bien en base a informes periciales u otras razones objetivables que acrediten el perjuicio al menor de acudir de nuevo a declarar sobre hechos graves. Ante ello, lo que la LO

8/2021 de 4 de Junio lleva a cabo es objetivizar de forma imperativa que cuando se trate de menores de 14 años la declaración de estos se hará siempre mediante la reproducción en juicio de la grabación de la prueba preconstituida. En el presente caso, tratándose de un menor de 6 años de edad proceder como se actuó fue correcto sin que ello merme el derecho de defensa, como se ha venido admitiendo hasta la LO 8/2021, de 4 de Junio.

## IV.- CONCLUSIONES

- En atención a las reformas introducidas por la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia será preceptivo y obligatorio cuando el menor que deba intervenir en el procedimiento judicial como testigo sea menor de 14 años practicar su audiencia como prueba preconstituida con todas las garantías para que pueda ser prueba de cargo ante el Órgano de Enjuiciamiento.
- En aquellos supuestos en que el menor sea mayor de 14 años y menor de 18 años se seguirá aplicando la doctrina jurisprudencial previa a la entrada en vigor de la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia.

El Órgano enjuiciador deberá motivar, ya sea con o sin informe técnico, las razones apreciadas, atendiendo al caso concreto y la posible victimización secundaria del menor, su no comparecencia a declarar en el plenario sin que este hecho suponga vulnerar el derecho de defensa del acusado.

En Madrid a 9 de mayo de 2022



ILUSTRE  
COLEGIO DE ABOGADOS  
DE MADRID

UNIDAD TÉCNICA JURÍDICA BIBLIOTECA

ÁREAS PROCESALES

COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID

C/ SERRANO 9, BIBLIOTECA

TLF: 91 788 93 80

RESUELVE TUS CONSULTAS EN LA UNIDAD TÉCNICA JURÍDICA. ACCEDER DESDE LA WEB  
[icam.es](http://icam.es) - ÁREA RESERVADA - FORMACIÓN BIBLIOTECA - CONSULTAS PROCESALES