



Roj: **STS 3857/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:3857**

Id Cendoj: **28079120012019100644**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/11/2019**

Nº de Recurso: **2104/2018**

Nº de Resolución: **579/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION núm.: 2104/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 579/2019

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Andres Martinez Arrieta

D. Antonio del Moral Garcia

Dª. Ana Maria Ferrer Garcia

D. Vicente Magro Servet

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 26 de noviembre de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación del acusado **D. Ruperto**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Séptima, que le condenó por delito de abuso sexual, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente acusado representado por la Procuradora Dña. Ana Mª Espinosa Troyano y bajo la dirección Letrada de Dña. Susana Rodríguez Puente y la recurrida Acusación Particular D. Teodulfo, representado por el Procurador D. José Rafael Ros Fernández y bajo la dirección Letrada de Dña. Montserrat Parera García.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 3 de DIRECCION000 instruyó sumario con el nº 1 de 2016, contra Ruperto, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Séptima, que con fecha 17 de mayo de 2018 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"Mediante la prueba practicada en el acto del juicio oral ha resultado probado, y así se declara, que el procesado Ruperto, mayor de edad (nacido el NUM000 de 1954), con DNI nº NUM001, y sin antecedentes penales, era amigo íntimo y colaborador profesional de Teodulfo, padre de la menor Daniela, nacida el NUM002



de 2001, a la que conocía desde su nacimiento y con la que mantenía un trato familiar. El 26 de julio de 2014, aproximadamente sobre las 14:00 horas, el procesado se encontraba a solas en su domicilio sito en c/ DIRECCION001 nº NUM003 - NUM004, NUM005 NUM006 de DIRECCION002, con la menor Daniela que en aquel momento tenía 13 años. En un momento determinado, aprovechando la relación de confianza existente entre ambos y la circunstancia que se encontraban solos en el domicilio y que la menor estaba medio dormida en el sofá, el procesado comenzó a acariciarle los pies, y con el propósito de satisfacer sus deseos lúbricos, le acarició las piernas, le quitó los pantalones que llevaba y las bragas, para seguidamente introducirle uno de sus dedos en la vagina de la menor, al mismo tiempo que le decía "que coño más bonito tiene", para después introducirle su lengua en la vagina. Tras ello, el procesado volvió a colocar las bragas y el pantalón a la menor, le subió la camiseta que llevaba, le apartó el sujetador, le lamó la barriga y los pechos y la besó en los labios; actos que provocaron que la menor se despertara, pero siguiera haciéndose la dormida asustada por lo que estaba sucediendo. Teodulfo, padre de la menor, reclama en su nombre por tales hechos. En virtud de auto de fecha 31 de julio de 2014 dictado por el Juzgado de Instrucción nº 4 de DIRECCION000, en funciones de guardia, acordó como medida cautelar, prohibir al procesado aproximarse a la menor, a su domicilio, lugar de estudio o cualquier lugar donde se encuentre, en un radio de 500 metros, así como una prohibición de comunicación con la misma".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS:

"Debemos CONDENAR y CONDENAMOS al procesado Ruperto como autor de un delito de abuso sexual con introducción de miembros corporales sobre víctima menor de edad, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 7 años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; con expresa condena en costas incluidas las de la acusación particular. Se impone a Ruperto la pena de prohibición de aproximación a una distancia no inferior a 500 metros de la persona de Daniela, de su domicilio, centro de estudios y cualquier lugar donde se encuentre, así como la prohibición de comunicación con la misma por cualquier medio, por tiempo de 4 años superior al tiempo de duración de la pena de prisión. En concepto de responsabilidad civil, el acusado Ruperto deberá indemnizar a Teodulfo, como legal representante de la menor Daniela, en la cantidad de 10.000 euros por los daños morales causados; cantidad que devengará el interés previsto en el art. 576 de la LEC. Notifíquese esta resolución a las partes y hágaseles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación en el plazo de cinco días hábiles".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por la representación del acusado **D. Ruperto**, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Ruperto**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Vulneración del Derecho Fundamental a la presunción de inocencia (artículo 24.2 Constitución Española) y a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 Constitución Española), al amparo del artículo 5.4 Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Segundo.- Por quebrantamiento de forma al amparo del artículo 850.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, incidiendo en la inobservancia del artículo 24 de la Constitución Española, al no acceder el Tribunal sentenciador a la petición de la defensa a la diligencia de prueba planteada y suspensión del juicio oral para realizar la prueba.

Tercero.- Por quebrantamiento de forma al amparo del artículo 851.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, incidiendo en la inobservancia del artículo 24 de la Constitución Española, al no resolver el Tribunal sentenciador sobre la pretensión deducida en la calificación definitiva de los puntos objeto de esta defensa.

Cuarto.- Infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida de los artículos: 181. 2º, 3º, 4º y 5º, 180, 1º y 3º, 21.6 del Código Penal. En cuanto a la indebida aplicación de los artículos 181. 2º, 3º, 4º y 5º, 180, 1º y 3º del Código Penal.

Quinto.- Infracción de Ley al amparo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por error en la apreciación de la prueba.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 13 de noviembre de 2019, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación el interpuesto por la representación procesal de Ruperto , contra la sentencia dictada por la Sección nº 7ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en fecha 17 de mayo de 2018.

SEGUNDO.- Con respecto al primer motivo de casación hay que señalar que se sostiene por Tutela judicial efectiva. Se denuncia la infracción del derecho a la contradicción al no haber podido interrogar a la denunciante en el plenario.

Se hace constar por el recurrente que "En el procedimiento que nos ocupa, esta defensa no pudo interrogar a la denunciante en el juicio oral ha pesar de haberlo solicitado en forma en el momento procesal oportuno, reiterar la petición en el juicio oral como cuestión previa y efectuar el oportuno protesto.

...Máxime cuando el informe psicológico del EAT no pone reparos para que la menor testifique en el juicio oral (página 7: **se recomienda que en caso de tener que declarar en el acto de la vista oral, lo haga sin mantener contacto visual directo con el acusado.** Obrante en los folios 68, 98 a 102, y 107 a 114 del sumario), dado que **a fecha de juicio oral tenía 17 años** , y habiéndolo solicitado el MF y la defensa en sus escritos de acusación y defensa, reproduciendo la petición como cuestión previa en el acto de juicio oral por la defensa, ésta se haya denegado, formulando el oportuno protesto, vulnerando así el art. 24 de la CE y el 6 CEDH en los que se recoge el derecho del acusado a oír los testimonios en contra y formular preguntas al testigo de cargo, el tribunal lo haya denegado sin motivación alguna, creando indefensión a mi patrocinado y vulnerando sus más elementales derechos".

El Tribunal dio respuesta a la petición de declaración de la menor señalando que:

"Esta Sala, previa deliberación, desestimó la cuestión planteada por la defensa, por los mismos motivos que ya se indicaron en el auto de inadmisión de la declaración personal de la víctima, menor de edad, para evitar la victimización secundaria, con base a los arts. 730 y 448 de la LECrim en relación con el art. 26 del Estatuto de la Víctima, acordando la práctica de la prueba preconstituida escuchando la grabación practicada por el equipo de asesoramiento técnico penal".

Y tras indicar que la prueba preconstituida se llevó a efecto con las garantías legales puntualiza que:

"Indicar que no es necesario para la determinación de la necesidad de la practicar la prueba preconstituida ampararse en ningún informe psicológico previo".

Sin embargo, la respuesta que debe darse al cauce invocado por el recurrente en el motivo 1º, que lo reitera en el motivo nº 2 "al amparo del artículo 850.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, incidiendo en la inobservancia del artículo 24 de la Constitución Española, al no acceder el Tribunal sentenciador a la petición de la defensa a la diligencia de prueba planteada y suspensión del juicio oral para realizar la prueba" debe ser la de la nulidad del juicio y de la sentencia, a fin de que otro Tribunal distinto celebre el juicio con la presencia de la menor, a fin de poder interrogarle el letrado de la defensa garantizando su derecho de defensa y la debida contradicción, toda vez que al contrario de lo que se afirma en la sentencia, para dar vía a la aplicación de los preceptos que protegen a los menores para evitar la victimización secundaria sí que se exigía un informe técnico que validara ese alegado perjuicio del menor en su comparecencia en el plenario, y que ello se hubiera acompañado de una resolución motivada que validara, asimismo, la incomparecencia y el uso de la prueba preconstituida grabada, mediante su reproducción en el plenario.

No puede realizarse en este caso un "enfrentamiento" entre la victimización secundaria de los menores por declarar en el plenario en oposición con el principio de contradicción y el derecho de defensa de interrogar a los menores en el juicio. No se trata de una confrontación entre derechos de víctima y acusado. Se trata de realizar el ejercicio de ambos derechos por sus cauces correctos y sin provocar merma alguna en los mismos por un uso incorrecto de uno de ellos que cause perjuicio al otro, pudiendo destacar que **cuando se lleve a cabo un uso motivado y fundado del derecho de las víctimas a no declarar en el plenario por haberse conformado la prueba preconstituida y con posterior informe técnico que aprecie la victimización y auto del juez que lo acuerde no se entenderá invadido y afectado el derecho de la defensa a interrogar a los menores en el plenario.**

Es evidente que 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, situación perfectamente descrita en la reciente STS 468/2017 de 22 de junio.

Con ello, el debate se centra en conciliar el derecho de los menores a que no se les victimice con una nueva repetición de su declaración ya efectuada en la fase de instrucción con el derecho de defensa de la parte acusada a interrogar a los menores.

Y sobre ello resulta importante destacar en este análisis la **sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 598/2015 de 14 de octubre**, sobre la que, además, la doctrina se ha hecho eco en cuanto comienza por poner especial énfasis en aquellos aspectos sustanciales que deben destacarse en la respuesta que se debe dar a estos dos derechos que se ejercitan por acusación y defensa. Y, así, se resalta por la doctrina actualizada que los pilares argumentales, brevemente expuestos (sin perjuicio de recomendar su lectura obviamente), son los siguientes:

1. La existencia de doctrina consolidada.-

Se recuerda abiertamente de la existencia de 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 víctimas de delitos contra la libertad e indemnidad sexual, en atención a la necesidad de preservar la integridad psíquica del menor sin afectación de los derechos de defensa del acusado.

2. El necesario respeto de las garantías procesales.-

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

Se señala que la jurisprudencia no avala el desplazamiento caprichoso del principio de contradicción ni del derecho de defensa por el simple hecho que la víctima sea un menor de edad, esto es, la presencia de un niño en el proceso no permite un debilitamiento de las garantías procesales y en todo caso la preconstitución probatoria dependerá de las circunstancias concurrentes, en suma, no debe considerarse sustitutiva de la declaración en juicio en todo caso.

Esta Sala del Tribunal Supremo ha señalado que como norma general no cabe prescindir de la presencia del testigo en el juicio oral "ni optar por la regla general contraria cuando se trate de menores".

3. La protección de las víctimas.-

Esta Sala realiza una segunda precisión que a su vez matiza la anterior: el proceso debe contemplar medidas de protección a las víctimas en especial cuando se trata de menores y de hecho tanto la normativa nacional e internacional y la jurisprudencia se orientan en dicha dirección.

Se cita como marco legal el art. 3.1.º de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo de 15 de marzo de 2001 relativa al Estatuto de las Víctimas en el proceso penal y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de junio de 2005 (caso Pupino), y en la legislación interna, el art. 39.4.º CE, la LO 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del menor y la Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima, en especial su art. 26 que regula las declaraciones de los menores en el proceso penal, norma que además dio nueva redacción a los arts. 433, 448, 707 y 730 LECrim., que amparan -y regulan- la preconstitución probatoria siempre que exista causa legítima, esto es, para evitar la victimización secundaria, generalmente acreditada mediante un informe médico-forense o psicológico.

4. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.-

Tanto el TC como esta Sala se remiten constantemente a la jurisprudencia del TEDH, que ha señalado que la incorporación de declaraciones sumariales al proceso no lesiona los derechos del acusado siempre que exista causa legítima que impida la declaración en juicio oral y se respete el derecho de contradicción dando ocasión al acusado para contestar a los testimonios de cargo e interrogar a su autor en el mismo momento o con posterioridad (SSTEDH de 20 noviembre 1989 caso Kostovski, 15 de junio de 1992 caso Lüdi, 23 de abril de 1997 caso van Mechelen y otros, 10 de noviembre de 2005 caso Bocos-Cuesta, 20 de abril de 2006 caso Carta).

En particular y en lo que a menores víctimas de delito sexuales se refiere, dado que la declaración del menor suele ser la única prueba directa (pues las restantes suelen referirse a lo que el menor ha narrado o su credibilidad), el centro de atención debe recaer sobre las garantías que han de rodear la declaración del menor y en la forma en que debe introducirse el debate en el juicio oral garantizando la protección a la víctima y las garantías procesales (SSTEDH de 20 de diciembre de 2001, caso P.S. contra Alemania; 2 de julio de 2002, caso S.N. contra Suecia; 10 de noviembre de 2005, caso Bocos-Cuesta contra Holanda; 24 de abril de 2007, caso W. contra Finlandia; 10 de mayo de 2007, caso A.H. contra Finlandia; 27 de enero de 2009, caso A.L. contra Finlandia; 7 de julio de 2009, caso D. contra Finlandia; o, finalmente, la más reciente de 28 de septiembre de 2010, caso A.S. contra Finlandia).

5. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre el valor probatorio de las diligencias sumariales.-

Según reiteradísima jurisprudencia del TC y de esta Sala sólo son válidas para enervar la presunción de inocencia, como regla general, las pruebas practicadas en el juicio oral, aunque se admiten excepciones que permiten conferir validez como prueba de cargo a la prueba preconstituida en fase sumarial bajo ciertos presupuestos y requisitos:

- a) Materiales: que exista una causa legítima que impida reproducir la declaración en el juicio oral;
- b) Subjetivos: la necesaria intervención del Juez de Instrucción;
- c) Objetivos: que se garantice la posibilidad de contradicción, para lo cual ha de haber sido convocado el abogado del imputado, a fin de que pueda participar en el interrogatorio sumarial del testigo; y
- d) Formales: la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme a lo ordenado por el art. 730 LECrim, o a través de los interrogatorios, o si la disponibilidad de medios tecnológicos lo permite, mediante el visionado de la grabación de la diligencia, lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a confrontación con las demás declaraciones de quienes sí intervinieron directamente en el juicio oral. En cuanto a si en el caso de menores existe causa legítima que impida su declaración en juicio oral, como regla general, el menor, como cualquier testigo, debe declarar en juicio oral sin perjuicio de que se adopten las medidas de protección oportunas (art. 707 LECrim) para preservar su incolumidad psíquica, sin perjuicio de lo que se señala a continuación.

6. El concepto de "imposibilidad" de asistencia a juicio.-

Según esta Sala la "imposibilidad" de practicar la prueba en el juicio oral a que se refiere el art. 448 LECrim que justificaría la práctica anticipada de la prueba o la preconstitución probatoria, incluye los supuestos de menores víctimas de delitos sexuales con el fin de evitar los riesgos de su victimización secundaria cuando sea previsible que dicha comparecencia en juicio puede comportar daños psicológicos, lo cual es razón suficiente y fundada para justificar la ausencia del juicio oral, pero que debe ser explícita y acreditada ordinariamente mediante un informe psicológico que alerte de un posible riesgo para los menores en caso de comparecer y verse sometidos al interrogatorio de las partes, aunque salvaguardando siempre el derecho de defensa del acusado, sustituyendo la presencia en juicio por el visionado de la grabación de la exploración realizada en la fase de instrucción en cuyo desarrollo se debe haber dado intervención a las partes para formular las preguntas y aclaraciones que estimen necesarias.

7. La utilidad de la preconstitución probatoria.-

La preconstitución probatoria presenta por otro lado indudables ventajas, que se destacan en la sentencia que analizamos.

En particular esta Sala alude a razones "no sólo victimológicas sino epistémicas" que aconsejan dicha práctica, ya que se elude el riesgo de empobrecimiento de los testimonios ocasionado por el transcurso del tiempo o de contaminación, a los que se muestran especialmente permeables los testimonios de niños de corta edad.

Por otro lado, la intervención de un experto en la exploración tiene un valor especial y añadido aunque resulta renunciable si el juez decide estar presente junto con las partes en el interrogatorio. En suma la preconstitución probatoria impide la contaminación del material probatorio y asegura desde el primer momento una prueba de especial fragilidad cual es el testimonio de niños, con pleno respeto del principio de contradicción, lo que permite además una mayor y eficaz tutela de la víctima menor de edad en coherencia con las normas nacionales e internacionales antes citadas.

La contradicción de la instrucción y la del plenario

Pero 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, como comprobamos a continuación.

Y es que es sobre la base del **principio de contradicción** sobre lo que se construye el debate sobre este dilema acerca de si los menores deben reproducir su declaración en el plenario cuando se preconstituyó su prueba, ya que este derecho se ubica sobre el derecho de defensa de la persona acusada.

Y es que, como apunta la mejor doctrina, 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**. 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.



La contradicción en la prueba sumarial preconstituida es de distinta clase, pues se produce cuando existe una simple inculpación, generalmente vaga, por cuanto el acto investigativo esencial tanto para delimitar debidamente dicha inculpación como para apoyarla tendrá lugar precisamente en este acto de preconstitución. No se conocen aun, por ello, el resultado de otras diligencias de investigación que se practicarán en el futuro, ni, en consecuencia, datos o circunstancias relevantes cuya introducción en el interrogatorio del menor podría haber resultado relevante.

Incide la doctrina en este punto señalando que el contradictorio ofrece la posibilidad de un intercambio dialéctico en el que hay un control plural sobre las preguntas y las respuestas, y en el que los factores distorsionantes son transparentes, se compensan, se eliminan, se reconocen. Ese intercambio, desde la perspectiva del derecho de defensa, no es equivalente cuando la declaración es indagatoria que cuando tiene lugar en el plenario. Frente a ello, la doctrina de esta Sala ha sostenido que, en cualquier caso, mediante la reproducción del soporte audiovisual que documenta la exploración puede someterse nuevamente a contradicción la prueba. Sin embargo, tampoco es equivalente el contradictorio sobre la prueba ya formada, que sólo permite el examen de la prueba por las partes, que el contradictorio en la formación de la prueba, que se produce activamente en el momento mismo de la práctica de la prueba conforme al método de examen cruzado.

Doctrina reciente de la Sala

A este respecto hay que puntualizar que esta Sala del **Tribunal Supremo en Sentencia 538/2018 de 8 Nov. 2018, Rec. 10147/2018** hemos señalado que:

"En cuanto a la declaración de los menores, el artículo 448 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece 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. Y, 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 (STS 735/2015, de 26 de noviembre).

Tal y como afirmamos en nuestra Sentencia 415/2017, de 8 de junio: " Cuando se trata de menores, especialmente cuando según la denuncia han sido víctimas de delitos contra la indemnidad sexual, es conveniente proceder a su exploración, en sede judicial, mediante el concurso de expertos, adoptando las necesarias medidas de protección, generalmente consistentes en realizar la exploración en sala independiente, con comunicación visual y de audio con la que ocupe el Juez y las partes, y garantizando la posibilidad de contradicción, para lo cual es imprescindible dar a las partes la oportunidad de estar presentes y de efectuar las preguntas que consideren oportunas, siempre que sean consideradas pertinentes por el Juez, a través del cual se trasladarán al experto para que las formule a la persona explorada en la forma que considere más conveniente. La ley (artículo 433 de la LECrim) exige estas garantías para que, al tiempo que se protegen los intereses de la persona menor de edad, se asegure la eficacia de los derechos del imputado. De forma que la exploración deberá ser grabada por medios audiovisuales, y en el caso de que no resulte posible o procedente el interrogatorio de las víctimas en el plenario, deberá procederse a la visualización de esa grabación".

Cuando se trata de testigos menores de edad, con mayor razón si aparecen como las víctimas de los hechos denunciados, esta Sala ha admitido que la imposibilidad de acudir al testigo directo está basada en la inconveniencia de someter a aquellos a un nuevo interrogatorio, acreditada por informes periciales adecuados.

En este sentido, en la STS nº 71/2015, de 4 de febrero, se decía que esta Sala "ha estimado (SSTS 96/2009, de 10 de marzo, 743/2010, de 17 de junio, 593/2012, de 17 de julio y 19/2013, de 9 de enero, entre otras)



que la previsión de "imposibilidad" de practicar una prueba testifical en el juicio oral, exigible para justificar la práctica anticipada de la prueba durante la instrucción, incluye los supuestos de menores víctimas de delitos sexuales, con el fin de evitar los riesgos de victimización secundaria, especialmente importantes en menores de muy corta edad, cuando sea previsible que dicha comparecencia pueda ocasionar daños psicológicos a los menores". Y, más adelante, se dice que "Cuando existan razones fundadas y explícitas (informe psicológico sobre un posible riesgo para los menores en caso de comparecer), puede prescindirse de dicha presencia en aras de la protección de los menores. Pero ha de hacerse siempre salvaguardando el derecho de defensa del acusado, por lo que tiene que sustituirse la declaración en el juicio por la reproducción videográfica de la grabación de la exploración realizada durante la instrucción judicial de la causa, en cuyo desarrollo haya sido debidamente preservado el derecho de las partes a introducir a los menores cuantas preguntas y aclaraciones estimen necesarias, y ordinariamente practicada en fechas próximas a las de ocurrencia de los hechos perseguidos".

En el mismo sentido se pronuncia la **Sentencia 401/2015, de 17 Junio**, señalando que:

"Recientemente hemos dicho - STS 925/2012, 8 de noviembre- que no siendo pacífico admitir la preconstitución probatoria durante la fase de investigación o instrucción (arts. 433.2 y 448.3 y 4 LECrim) como sustitutivo de la deposición de los menores en el acto del juicio oral, sí que lo es convenir que en supuestos como el examinado ese tipo de preconstitución facilita el enjuiciamiento pues impide la contaminación del material probatorio e introduce desde el primer momento en una prueba de especial fragilidad como es el testimonio de niños, la garantía de la contradicción.

De esa forma además se logra una más eficaz tutela de la víctima menor en consonancia con 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 ("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"); con la muy reciente Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y el Consejo de 25 de octubre (Diario Oficial de la Unión Europea de 14 de noviembre; arts. 20 a 24, singularmente); o con la 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 (arts. 30 o 35, que alientan una serie de medidas como la necesidad de que las declaraciones de niños y niñas, se desarrollen en lugares adecuados y sean conducidas por expertos especialmente capacitados para ello y que su número sea limitado y el estrictamente necesario, así como que se adopten medidas para que dichas entrevistas sean grabadas y que dichas grabaciones puedan ser aceptadas como prueba en el juicio oral).

En un ámbito más cercano a la órbita de problemas que presenta el supuesto actual, hemos considerado legítimo igualmente excepcionar la citada regla general ante testigos que presenten especiales necesidades de protección debido a su minoría de edad, especialmente cuando han podido ser víctimas de un delito violento o contra su indemnidad sexual; casos en los que a la finalidad de asegurar el desarrollo del proceso penal se añadiría la necesidad de velar por los intereses del menor.

En este sentido, acogiendo una consolidada jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo (...), manifestamos en la STC 174/2011, de 7 de noviembre, que en tales casos "la causa legítima que justifica la pretensión de impedir, limitar o modular su presencia en el juicio oral para someterse al interrogatorio personal de la acusación y la defensa, tiene que ver tanto con la naturaleza del delito investigado (que puede reclamar una mayor garantía de su intimidad) como con la necesidad de preservar su estabilidad emocional y normal desarrollo personal" (FJ 3), que podría verse gravemente alterada con la inserción del menor en entorno de un procedimiento penal y, en particular, con el sometimiento al debate contradictorio entre las partes inherente a la dinámica del juicio oral. En tales supuestos, las manifestaciones verbales de los menores podrían llegar a erigirse en prueba de cargo decisiva para fundar la condena, si bien únicamente cuando se hubiera dado al acusado la posibilidad de ejercer adecuadamente su derecho de defensa, a cuyo fin los órganos judiciales están obligados, simultáneamente, a tomar otras precauciones que contrapesen o reequilibren los déficits de defensa que derivan de la imposibilidad de interrogar personalmente al testigo de cargo en el juicio oral" (FJ 3), y que pasarían por ofrecer " una oportunidad de observar dicha exploración, bien en el momento en que se produce o después, a través de su grabación audiovisual", y por "tener la posibilidad de dirigir preguntas al menor, de forma directa o indirecta, bien durante el desarrollo de la primera exploración o en una ocasión posterior " (STC 174/2011, citando el caso A.S. c. Finlandia, § 56)".

Con ello, siendo cierto que se debe cuidar no revictimizar a los menores, no es menos cierto que no puede existir un permanente derecho de no comparecer en el plenario cuando su interrogatorio ha sido propuesto por la defensa, ya que ese derecho de no comparecer existe y puede aplicarse cuando se acredite la afectación a



los menores, pero este extremo no puede presumirse, sino que debe venir amparado , **o 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 la existencia del perjuicio del menor de declarar en el plenario**, 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.

No existiendo el informe técnico, o bien circunstancias a ponderar y motivar por el Tribunal que avalen esa "razón de no comparecer física" del menor que aconseje la no comparecencia, y habiéndose interesado por la defensa la comparecencia de la menor como prueba, y no existiendo motivación adecuada del Tribunal, o bien el auto de admisión de pruebas, o bien en cualquier otro momento posterior, avalando la no comparecencia y la elevación al plenario de la prueba preconstituida, la consecuencia no puede ser otra que la de la nulidad del juicio.

Así, esta Sala del **Tribunal Supremo, en Sentencia 178/2018 de 12 Abr. 2018**, Rec. 1984/2017 también ha señalado que:

"Este Tribunal Supremo ha expuesto el marco normativo y jurisprudencial en que ha de valorarse la **pertinencia y utilidad de las declaraciones de menores, cuando aquellas declaraciones solamente se efectúan fuera del marco de la vista del juicio oral**, puedan enervar la garantía constitucional de presunción de inocencia.

En la STS 750/2016 de 11 de octubre, entre otras, expusimos el fundamento, los presupuestos y requisitos que derivan de dicho marco normativo y pasamos a exponer:

1.- Fundamento

Hemos advertido de que la presencia de un niño en el proceso penal no permite un debilitamiento de las garantías que informan la valoración probatoria. Ciertamente esa afirmación no es incompatible con la irrenunciable necesidad de preservar otros bienes que también convergen en el acto de enjuiciamiento y que cuentan con una tutela reforzada de nuestro sistema jurídico. Así lo hemos proclamado en numerosos precedentes de los que son elocuentes muestras las SSTS 96/2009, 10 de marzo; 593/2012, 17 de julio; 743/2010, 17 de junio y ATS 1594/2011, 13 de octubre.

Ciertamente, como justificación de las especialidades que se deben adoptar en relación con esas declaraciones, se ha argumentado por los especialistas, no se trata sólo de consideraciones victimológicas, que por sí mismas serían suficientes, sino que también concurren poderosas razones epistémicas que aconsejan esa práctica: se elude el riesgo de empobrecimiento de los testimonios ocasionado por el transcurso del tiempo o de contaminación a los que se muestran especialmente permeables los testimonios de niños de corta edad. La concurrencia de un profesional experto en la realización de esas entrevistas tiene un valor especial, aunque desde luego resulta irrenunciable la dirección y supervisión judicial y la contradicción asegurada por la presencia de todas las partes.

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 psicológicos. Además, obvio es decirlo, tal previsión ha de ser seriamente constatada.**

2.- Contexto normativo

La jurisprudencia hace frecuente recuerdo del mismo cabiendo citar por todas la STS nº 1008/2916 de 1 de febrero de 2017:

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de Enero, de Protección Jurídica del Menor, cuyo 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)], a lo que se añade en el artículo 13. 3 que en las actuaciones de protección "se evitará toda interferencia innecesaria en la vida del menor".

En el artículo 17, la propia Ley Orgánica contempla el mandato de que "en situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor, que no requieran la asunción de la tutela por Ministerio de la Ley, la actuación de los poderes públicos deberá garantizar en todo caso los derechos que le asisten y se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra y a promover los factores de protección del menor y su familia".



El Estatuto de Protección a la Víctima, aprobado por Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001 establecía en su artículo 8.4. "Los estados miembros garantizarán, cuando sea necesario proteger a las víctimas, y sobre todo a las más vulnerables, de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, que estas puedan por resolución judicial, testificar en condiciones que permitan alcanzar este objetivo, por cualquier medio compatible con los principios fundamentales de su derecho".

En relación con esa norma el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en su Sentencia de 16 de junio de 2005 [asunto C-105/200 3, conocido como "caso Pupino", en el que la víctima era una niña de tan sólo cinco años de edad] declara que la Decisión Marco 2001/220/JAI, del Consejo, de 15/03/2001, relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal (que preveía su incorporación al Derecho interno de cada Estado antes del 22/03/2002), debe 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".

Efectivamente, además del ya citado artículo 8.4 el art. 2.2 de la Decisión ordena: "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", y el art. 3: "Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que sus autoridades sólo interroguen a la víctima en la medida necesaria para el proceso penal".

Ya la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, "exhortaba a grabar, en las investigaciones penales, las declaraciones de las víctimas que sean menores. Al objeto de emplear después dicha grabación como medio de prueba".

La Ley 204/2015, de 27 de abril del Estatuto de la Víctima del Delito, prescribe: Artículo 19: "Las autoridades y funcionarios encargados de la investigación, persecución y enjuiciamiento de los delitos adoptarán las medidas necesarias, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para garantizar la vida de la víctima y de sus familiares, su integridad física y psíquica, libertad, seguridad, libertad e indemnidad sexuales, así como para proteger adecuadamente su intimidad y su dignidad, particularmente cuando se les reciba declaración o deban testificar en juicio, y para evitar el riesgo de su victimización secundaria o reiterada.

En el caso de las víctimas menores de edad, la Fiscalía velará especialmente por el cumplimiento de este derecho de protección, adoptando las medidas adecuadas a su interés superior cuando resulte necesario para impedir o reducir los perjuicios que para ellos puedan derivar del desarrollo del proceso.

Y el artículo 26.1 del mismo texto, señala como "medidas de protección para menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección, lo siguiente: 1. En el caso de las víctimas menores de edad y en el de las víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección, además de las medidas previstas en el artículo anterior se adoptarán, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las medidas que resulten necesarias para evitar o limitar, en la medida de lo posible, que el desarrollo de la investigación o la celebración del juicio se conviertan en una nueva fuente de perjuicios para la víctima del delito. En particular serán aplicables las siguientes: a) 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. b) La declaración podrá recibirse por medio de expertos".

De conformidad con ello, el último párrafo del art 448 Ley de Enjuiciamiento Criminal (según la redacción dada por la Ley 204/2015, de 27 de abril), indica que: "La declaración (ante el Juez de Instrucción) 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".

Y el artículo 707, párrafos segundo y tercero de la Ley de enjuiciamiento criminal (en redacción igualmente procedente de la Ley 204/2015), señala 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.

El art. 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial precisa que: 1. Las actuaciones judiciales serán predominantemente orales, sobre todo en materia criminal, sin perjuicio de su documentación. 2. Las declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas, se llevarán a efecto ante juez o tribunal con presencia o intervención, en su caso, de las partes y en audiencia pública, salvo lo dispuesto en la ley. 3. Estas actuaciones podrán realizarse a través de



videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el juez o tribunal.

Sobre la regulación en Derecho Comparado da cuenta amplia nuestra STS 632/2014 de 14 de octubre.

Por otra parte, la jurisprudencia ha configurado, en un ya amplio cuerpo de doctrina, el estatuto de este medio de prueba, tanto en cuanto a los presupuestos como respecto a los requisitos exigibles para que legítimamente pueda enervar la presunción de inocencia del acusado.

1.- El presupuesto

La doctrina del Tribunal Constitucional, acogiendo una consolidada jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, condiciona la legitimidad de la exclusión de la presencia del menor en la vista del juicio oral estableciendo como presupuesto genérico que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral.

En cuanto a la ponderación de intereses legítimos contrapuestos también advertimos de que la presencia de un niño en el proceso penal no permite un debilitamiento de las garantías que informan la valoración probatoria. Pero esa afirmación no es incompatible con la irrenunciable necesidad de preservar otros bienes que también convergen en el acto de enjuiciamiento y que cuentan con una tutela reforzada de nuestro sistema jurídico. Así lo hemos proclamado en numerosos precedentes de los que son elocuentes muestras las SSTS 96/2009, 10 de marzo; 593/2012, 17 de julio; 743/2010, 17 de junio y ATS 1594/2011, 13 de octubre.

1.1.- La legitimidad de esa causa pasa por ponderar el derecho fundamental a la defensa del acusado con otros intereses y derechos dignos de protección, de tal suerte que tal ponderación permita modular los términos de esa regla e introducir determinados supuestos de excepción, de modo que tales supuestos excepcionales deberán resultar debidamente justificados en atención a esos fines legítimos.

Entre aquellos intereses se señala la necesidad de preservar la estabilidad emocional del menor y su normal desarrollo personal a proteger del riesgo de grave alteración con la inserción del menor en el entorno del procedimiento penal. Más, si cabe, cuando se le sitúa en el fragor del debate contradictorio de las partes durante las sesiones de la vista del juicio oral.

Y como referencia para la ponderación se indica la naturaleza del delito investigado (que puede reclamar una mayor garantía de su intimidad) (SSTC 174/2011 y 75/2013).

Todo lo cual se traduce en la exigencia de razones fundadas y explícitas, generalmente contenidas en un informe psicológico (como es el caso), sobre un posible riesgo para los menores, concreto y cuya entidad ha de determinarse, en caso de comparecer y verse sometidos al interrogatorio de las partes (STS nº 366/2016 de 28 de abril y STS 598/2015).

1.2.- El contrapunto de tales referencias viene a ser la exigencia de que se garantice al acusado la posibilidad "de ejercer adecuadamente su derecho de defensa", a cuyo fin los órganos judiciales están obligados a tomar otras precauciones que contrapesen o reequilibren los déficits de defensa que derivan de la imposibilidad de interrogar personalmente al testigo de cargo en el juicio oral". Tales precauciones han de ser funcionales a la posibilidad de someter por el acusado tal testimonio a contradicción (entre otras, SSTC 345/2006, de 11 de diciembre, FJ 3 y 68/2010, de 18 de octubre, FJ 5).

1.3.- 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.**

Y también **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.** Así habrá de valorarse si puede llevarse a cabo su exploración evitando la confrontación visual con el acusado, por ejemplo, mediante dispositivos físicos de separación o la utilización de videoconferencia o cualquier otro medio técnico de comunicación a distancia.

2.- Requisitos

Como recuerda el Tribunal Constitucional (sentencia 174/2011 y 75/2013, 8 de abril) el centro de atención recae naturalmente 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. En la delimitación precisa de cuáles hayan de ser esas precauciones mínimas que han de establecerse en favor de la defensa para, al mismo tiempo, dar protección a la víctima y garantizar un juicio con todas las garantías, resulta esclarecedor y relevante el canon fijado en la STEDH de 28 de septiembre de 2010, caso A. S. contra Finlandia, § 56, y que permite especificar estos requisitos:



- a) "... quien sea sospechoso de haber cometido el delito debe ser informado de que se va a oír al menor;
- b) debe tener una oportunidad de observar dicha exploración, bien en el momento en que se produce o después, a través de su grabación audiovisual;
- c) debe tener la posibilidad de dirigir preguntas al menor, de forma directa o indirecta a través del experto, bien durante el desarrollo de la primera exploración o en una ocasión posterior" indicando aquellos aspectos adicionales sobre los que la defensa considera deben ser interrogados.

Son estas las garantías mínimas que, conforme a la jurisprudencia del TEDH, han de observarse (SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovski, § 41; 15 de junio de 1992, caso Lüdi, § 47; 23 de abril de 1999, caso Van Mechelen y otros, § 51; 10 de noviembre de 2005, caso Bocos-Cuesta, § 68, y de 20 de abril de 2006, caso Carta, § 49 y 19 de julio de 2012, caso Hümmer c. Alemania, § 38).

d) Para la incorporación del resultado probatorio pre constituido al juicio oral la exploración previa habrá de ser grabada, a fin de que el Tribunal del juicio pueda observar su desarrollo en el que se haya preservado el derecho de la defensa a formular a los menores, directa o indirectamente, cuantas preguntas y aclaraciones estimen necesarias.

e) **Exige también que en el mismo se acredite el presupuesto de la causa legítima que impida que allí sean oídos los menores.** En el caso Bocos-Cuesta contra Holanda (STEDH de 10 de noviembre de 2005) ya se dejó establecido que aunque la razón dada por los tribunales para no escuchar a las víctimas -antes oída solamente en sede policial- consistió en no obligarles a revivir una experiencia posiblemente muy traumática, **ello es insuficiente si no existe indicación en el expediente de que este motivo se fundamente en prueba concreta, como, por ejemplo lo sería un dictamen pericial**, aun cuando el Tribunal es consciente de que la organización de los procesos penales, de tal manera que se protejan los intereses de los testigos de muy corta edad, en particular en los procedimientos judiciales que implica delitos sexuales, es una consideración pertinente, para ser tenido en cuenta a los efectos del artículo 6, en este concreto caso, la razón dada por los tribunales de primera instancia para rechazar la petición del demandante para oír a las cuatro víctimas, no resulta suficientemente justificado y, por tanto, deriva de meras especulaciones.

Como recuerda nuestra STS nº 470/2013 de 5 de junio, 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.**

En la STS 632/2014 de 14 de octubre, también se recuerda que no se puede, ni se debe, sustituir la regla general de la presencia del testigo en el acto del juicio oral por la regla general contraria cuando se trate de menores.

Por ello **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.**

La STS 19/2013 de 9 de enero, pone de manifiesto que **nuestra jurisprudencia no 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".**

En la sentencia de esta Sala del **Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 132/2018 de 20 Mar. 2018, Rec. 10446/2017** se aclaró que:

"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. Está plenamente respetado en el presente caso.

Dirá a este respecto la STEDH de 19 de febrero de 2013 (caso Gani contra España): "...38. Todas las pruebas se deben normalmente practicar en presencia del acusado, en la vista pública, con el fin de que puedan ser confrontadas. Sin embargo, la utilización como prueba de las declaraciones obtenidas en la fase de la investigación policial y de las diligencias judiciales, no entra, por sí misma, en contradicción con el artículo 6 §§ 1 y 3 (d), siempre y cuando, los derechos de la defensa hayan sido respetados. Como regla, esos derechos requieren que al demandado se le de la oportunidad de contradecir e interrogar a un testigo que testimonie en su contra, bien en el momento en que estuviera testificando o en una fase posterior del procedimiento (ver Unterpertinger c. Austria, 24 de noviembre de 1986, § 31, series A nº 110). Cuando una condena se basa exclusivamente, o en sumo grado, en las declaraciones que haya efectuado una persona, y cuando a la persona acusada no se le ha dado la oportunidad de interrogar, o hacer interrogar, bien durante las diligencias o en el



juicio, los derechos de la defensa se restringen hasta un extremo que es incompatible con las garantías que ampara el artículo 6 (ver, en particular, Lucà c. Italia, nº 33354/96, § 40, TEDH 2001- II. y Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido [GC], nº 26766/05 y 22228/06, § 119, TEDH 2011).

A este respecto, el TEDH manifiesta que el párrafo 1 del artículo 6, combinado con el párrafo 3 requiere que los Estados Partes tomen todas las medidas adecuadas para posibilitar al acusado interrogar o hacer interrogar a los testigos en su contra (ver, Sadak y Otros c. Turquía (nº 1), nº 29900/96, 29902/96 y 29903/96, § 67, TEDH 2001-VIII). Esta medida forma parte de la diligencia que deben ejercer las Altas Partes Contratantes con el fin de garantizar, de una manera efectiva, el disfrute de los derechos que ampara el artículo 6 (ver, entre otros, Colozza c. Italia, 12 de febrero de 1985, § 28, series A nº 89). No obstante, *impossibilium nulla obligatio est*; siempre y cuando que no se pueda acusar a las Autoridades de falta de diligencia en sus esfuerzos en conceder al demandado la oportunidad de interrogar a los testigos en cuestión, la indisponibilidad de los testigos, como tal no es óbice para interrumpir el proceso (ver Artner c. Austria, 28 de agosto de 1992, § 21, series A nº 242-A; Mayali c. Francia, nº 69116/01, § 32, 14 de junio de 2005; y ? . c. Letonia, nº 14755/03, § 94, 24 de enero de 2008)".

Realizado el estudio de la interesante temática que es objeto de recurso casacional ante esta Sala resulta procedente llevar a cabo una serie de principios o reglas que deben tenerse en cuenta en cuanto a qué principios deben tenerse en cuenta en estos casos, y qué metodología seguir al respecto.

Principios o reglas a tener en cuenta a la hora de decidir sobre la incomparecencia de los menores en el plenario cuando ya se ha conformado la prueba preconstituida en la instrucción, y al objeto de evitar la victimización secundaria de los menores.

En el presente caso concurren razones suficientes para dar razón al recurrente basándonos en los siguientes principios o reglas metodológicas:

- 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 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.

En consecuencia, y por todo ello, en el presente caso se deberán valorar las circunstancias concretas para en el nuevo juicio que se celebre, y, en concreto, la edad de la menor al momento de declarar en el juicio al momento de decidir sobre la comparecencia, o incomparecencia del menor en el juicio, pero resolviendo de forma motivada y con parámetros objetivables sobre la decisión de "posible victimización", no de un derecho consustancial al hecho de ser menor que cercene el derecho de la defensa a que las pruebas se practiquen en el plenario cuando existe prueba preconstituida.



No es correcta, por ello, la aseveración del Tribunal en la sentencia de que "no es necesario para la determinación de la necesidad de la practicar la prueba preconstituida ampararse en ningún informe psicológico previo", ya que este informe, o bien cualquier otro dato objetivable de relevancia, era preciso para evitar la comparecencia, y, además, resolución motivada, escrita u oral, en cualquier momento anterior a la práctica de la prueba que explique y avale la incomparecencia con el soporte del informe técnico, pero nunca sin él. Si no se verifica de este modo queda afectado el principio de contradicción y el derecho de defensa, y se atenta con la obligación de que las pruebas se practiquen en el plenario.

Por todo ello y en base a lo expuesto debemos declarar la nulidad del juicio oral y de la resolución sobre admisión de prueba, a cuyo momento ha de retrotraerse el procedimiento para que la causa sea nuevamente juzgada. Y ello con intervención de un tribunal en el que no se integren los mismos Magistrados que dictaron la sentencia que anulamos.

TERCERO.- Al proceder la estimación del recurso, se está en el caso de declarar de oficio las costas procesales de esta instancia casacional, junto a la posición institucional del Ministerio Fiscal en el ámbito de este recurso de casación (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

DECLARAR HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación del acusado **D. Ruperto** , con estimación de sus motivos primero y segundo y sin entrar en el examen de los restantes, contra la sentencia dictada por la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 17 de mayo de 2018, declarando la nulidad del juicio oral, así como la sentencia, y de la resolución sobre admisión de prueba, a cuyo momento ha de retrotraerse el procedimiento para que la causa sea nuevamente juzgada. Y ello con intervención de un tribunal en el que no se integren los mismos Magistrados que dictaron la sentencia que anulamos, debiéndose juzgar nuevamente la causa con arreglo a los criterios expuestos en la presente resolución. Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en su recurso. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andres Martinez Arrieta Antonio del Moral Garcia

Ana Maria Ferrer Garcia Vicente Magro Servet

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina