

---

## *La prueba preconstituida versus el principio de contradicción y el derecho de defensa.*

---

Por Dña. Susana Rodríguez Puente  
Colegiada 1110 ICAMAT



**La sentencia número 579/2019 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo**, de fecha 26 de noviembre de 2019, recurso de casación 2014/2018, cuyo ponente fue D. Vicente Magro, **ROJ:STS 3857/2019- ECLI:ES:TS:2019:3857**, recoge los criterios que el Tribunal Supremo establece para que la incomparecencia de los menores en el plenario, una vez conformada la prueba preconstituida en fase de instrucción, no vulnere el principio de contradicción ni el derecho de defensa del acusado.

**<http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/6028b9f1def0d182/20191210>**

Esta novedosa sentencia resuelve el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado en el procedimiento sumario 1/2016 que se juzgó en la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 7ª, sobre un delito de abuso sexual con introducción de miembros corporales sobre víctima menor de edad, por el que el acusado resultó condenado mediante sentencia 291/2018, de fecha 17 de mayo de 2018.

### **El supuesto de hecho:**

Tanto el Ministerio Fiscal como la defensa del acusado, solicitaron en sus escritos de acusación y defensa la declaración de la víctima menor de edad en el plenario, reproduciendo por la defensa dicha petición como cuestión previa en el acto de juicio oral, y formulando el oportuno protesto contra la denegación de la Sala, al considerar que se había vulnerado del artículo 24 de la CE y el artículo 6 de CEDH sin motivación alguna, generando indefensión al acusado, vulnerando sus más elementales derechos fundamentales.

Todo ello, al considerar la defensa del acusado que, además de la declaración de la menor realizada en fase de instrucción, mediante prueba preconstituida, era necesaria la declaración de la menor en el plenario como salvaguarda del principio de contradicción y del derecho de defensa del acusado, máxime cuando el EAT había emitido un informe Psicológico en el cual no se oponía a que la menor testificase en el plenario sin mantener contacto visual directo con el acusado, dado que a la fecha de juicio ésta tenía 17 años.

### **Motivos del Recurso de Casación:**

La defensa interpuso en tiempo y forma recurso de casación ante el Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, contra la sentencia condenatoria por varios motivos, entre ellos:

- 1.- Vulneración de derecho fundamental a la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE) y a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) al amparo del artículo 5.4 LOPJ y del artículo 852 LECRm.
- 2.- Quebrantamiento de forma al amparo del artículo 850 LECRm., por la vulneración del artículo 24 CE, al no proceder el Tribunal sentenciador a la petición de la defensa de la realización de la testifical de la menor en el juicio oral, y la suspensión del plenario para la realización de la prueba solicitada.

Dichos motivos fueron estimados por el Tribunal Supremo.

### **Criterios sobre la incomparecencia del menor en el plenario establecidos por el Tribunal Supremo:**

EL Tribunal Supremo resolviendo el recurso planteado establece 20 criterios que deben ser tenidos en cuenta para decidir sobre la incomparecencia de los menores en el plenario una vez conformada la prueba preconstituida en la fase de instrucción, al objeto de evitar la victimización secundaria de los menores, y los requisitos que deben conformar dicha prueba a fin de evitar su nulidad:

- 1.- La regla general es que los tribunales deben velar por la observancia del principio de contradicción salvaguardando el derecho de defensa, mediante el cual el Letrado de la defensa tiene derecho a interrogar en el juicio oral a la víctima de un hecho delictivo.
- 2.- El ingrediente esencial del principio de contradicción es el derecho del acusado a interrogar a los testigos de cargo (artículo 6 CEDH).
- 3.- Como principio general debe practicarse la declaración de los menores, a fin de ser valorada debidamente por el Tribunal sentenciador y sometida a contradicción por la representación del acusado, con todas las garantías procesales a fin de salvaguardar su derecho de defensa.
- 4.- La garantía de preservación del principio de contradicción en la fase de instrucción no implica que la defensa renuncie a ese principio en la fase del plenario.
- 5.- El menor debe declarar como cualquier otro testigo tanto en instrucción como en el plenario con las medidas de protección establecidas en el Estatuto de la Víctima (artículos 25 y 26) y en la LECRm. (artículos 325 y 707).

6.- En la prueba preconstituida deben respetarse los principios de contradicción y el derecho de defensa.

7.- La relevancia de la declaración de los menores víctimas de un delito, sobretodo en delitos contra la libertad sexual, es indudable, máxime cuando en la mayoría de las ocasiones suele tratarse de la única prueba de cargo directa.

8.- En la prueba preconstituida, aún celebrada con garantía de contradicción, ésta es una contradicción limitada, no comparable con la que se da en el plenario.

9.- El principio de contradicción se garantiza en el plenario, ya que es en ese momento cuando se conocen los términos de la acusación, los elementos probatorios y medios de prueba propuestos.

10.- La sentencia cita la regulación legal sobre la metodología:

- De la declaración de los menores recogida en la LCRm. (artículos 433, 448, 707, y 730).
- Sobre la que trata de evitar la victimización secundaria de la víctima en la declaración en un proceso penal: Decisión marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001.
- De la Convención del Consejo de Europa sobre protección a la infancia contra la explotación y abuso sexual, Lanzarote 25 de octubre de 2007.
- Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de protección jurídica del menor (artículos 11.2, 13 y 17).
- Ley 204/2015, de 27 de abril del Estatuto de la Víctima (artículos 19 y 26).

11.- La minoría de edad de la víctima no debe ser la excusa para desplazar el principio de contradicción ni el derecho de defensa del acusado.

12.- En el juicio oral cabe la posibilidad de que un menor no declare, una vez realizada con todas las garantías la prueba preconstituida en fase de instrucción, siempre que mediante informe se avale que dicha presencia en el plenario puede afectarle y causarle un grave perjuicio; el tribunal deberá sopesar y valorar las circunstancias de cada caso para establecer que debe primar la protección al menor por encima del principio de contradicción.

13.- La prueba preconstituida practicada en fase de instrucción a víctimas menores de edad se realiza con la finalidad de evitar riesgos de victimización secundaria, generalmente en menores de corta edad, cuando está seriamente constatado que la comparecencia a juicio oral pueda ocasionales daños.

14.- La opción de la prueba preconstituida no debe darse siempre, y en todo caso, que la víctima sea menor de edad sin que se justifique ni se fundamente debidamente.

15.- Se exige que existan razones fundadas y explícitas de victimización, las cuales deben ser determinadas y justificadas debidamente.

16.- Deben tenerse en cuenta siempre las circunstancias del caso concreto: “edad del menor, madurez del mismo y condiciones concretas de su personalidad”.

17.- Si en el plenario se establecen cautelas que garanticen la protección adecuada del menor a efectos de evitar daños o afectación, no debería prescindirse de su declaración en el juicio oral.

18.- El Tribunal deberá motivar debidamente la incomparecencia del menor en el plenario al amparo de lo establecido en el Estatuto de la Víctima en el proceso penal.

19.- Si las circunstancias anteriores no se dan, existe una indefensión material por indebida denegación de la prueba que vulneraría el principio de tutela judicial efectiva.

20.- El tribunal mediante auto de admisión de pruebas, o en cualquier momento posterior, deberá motivar el derecho de la víctima a no declarar ante el plenario, atendiendo a la existencia de: prueba preconstituida, informe técnico, o razones fundadas y apreciadas motivadamente por el mismo, que avalen y aprecien la existencia de victimización secundaria del menor. Solo en este caso no se vulnerará el derecho de defensa a interrogar en el plenario.

### **Conclusión:**

En el presente caso el Tribunal Supremo consideró que dichos criterios no se daban, y valorando las circunstancias concretas del caso y la edad de la menor en el momento de declarar en el juicio, consideró necesario un informe psicológico previo en el que se recogiera expresamente estas circunstancias y se valorara y se justificara motivada y debidamente la ausencia de la menor en el plenario. Este informe junto con una resolución motivada debió realizarse en momento anterior a la práctica de la prueba, en el cual se debió explicar y avalar debidamente la ausencia de la menor en el acto del juicio.

Dado que dicho informe previo y resolución motivada no se dieron, se produjo una vulneración de la tutela judicial efectiva y del derecho fundamental a la presunción de inocencia (artículo 24 de la CE y el artículo 6 del CEDH), por lo que se vio afectado el principio de contradicción y el derecho de defensa del acusado.

Por tanto, concluyó estimando el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado, decretando la nulidad del juicio oral y de la resolución sobre admisión de prueba, así como, resolviendo que debían retrotraerse las actuaciones al momento del juicio oral para que la causa fuese nuevamente juzgada, con intervención de un tribunal sin los magistrados que dictaron la sentencia anulada.



Fdo.: Dña. Susana Rodríguez Puente .  
Colegiada 1110 ICAMAT