

# BOLETÍN DIGITAL PENAL

Publicaciones AJFV. Serie: Boletines Jurídicos

AJFV

Número 34  
Mayo 2020

EL BREXIT Y LA OEDE. REGIMEN APLICABLE TRAS EL RDLey 5/2019

Juan Antonio Lara Domínguez  
Magistrado. Juzgado de Instrucción nº 4 de Fuenlabrada

LA DECLARACIÓN DE MENORES VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES COMO PRUEBA DE CARGO.COMENTARIOS A LAS SENTENCIAS DE LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO 579/2019, DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2019. (ROJ: STS 3857/2019. ECLI:ES:TS:2019:3857)

Jaime Tártalo Hernández  
Magistrado  
Audiencia Provincial de Baleares

ISSN: 2605-2773



[www.ajfv.es](http://www.ajfv.es)

Dirección:

Gustavo Andrés Martín Martín

Coordinación:

Juan Javier Pérer Pérez



## EL BREXIT Y LA OEDE. REGIMEN APLICABLE TRAS EL RD Ley 5/2019

Juan Antonio Lara Domínguez

Magistrado. Juzgado de Instrucción nº 4 de Fuenlabrada

---

**RESUMEN:** *En la STJUE de 19 de septiembre de 2018 se aborda el problema de la vigencia de las OEDE instadas por el Reino Unido desde que se activara el Brexit concluyendo el Tribunal que, en tanto no se defina el marco legal subsiguiente las órdenes son de obligatorio cumplimiento y ejecución, salvo que se advierta de forma seria y fundada que, en el caso de ejecutarse, el interesado no verá reconocidos ante los órganos nacionales del Reino Unido los derechos amparados por el CEDH y la Decisión Marco. Por su parte el Real Decreto Ley 5/2019, de 1 de marzo, por el que se adoptan medidas de contingencia ante la retirada del Reino Unido*

*de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea sin que se haya alcanzado el acuerdo previsto en el artículo 50 del Tratado de la Unión Europea, aborda igualmente la situación que se crearía tras la ruptura, mediante una referencia a las disposiciones vigentes entre Reino Unido y España que podría integrar las conclusiones del Tribunal.*

**PALABRAS CLAVE:** *Brexit; Artículo 50 del Tratado de la Unión Europea; principio de confianza mutua; Real Decreto Ley 5/2019.*

## 1. LA CUESTIÓN

Recién celebradas las elecciones al Parlamento Europeo con la sorprendente, en cierto modo, participación del Reino Unido es buen momento para recordar algunas de las cuestiones de actualidad relativas al cumplimiento de las órdenes europeas de detención y entrega. Viene ello al hilo de la sentencia dictada por el TJUE el pasado 19 de septiembre de 2018 en la Cuestión C-327/18, ECLI:EU:C:2018:733. <http://curia.europa.eu/> a la que ha seguido el Real Decreto Ley 5/2019 de 1 de marzo, por el que se adoptan medidas de contingencia ante la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea sin que se haya alcanzado el acuerdo previsto en el artículo 50 del Tratado de la Unión Europea.

Siguiendo un orden temporal, que además sirve para ilustrar la problemática derivada de esta situación transitoria, el caso enjuiciado por el TJUE venía referido dos órdenes de detención emitidas por las autoridades judiciales de Reino Unido que solicitaba la entrega por las autoridades judiciales de Irlanda de una persona perseguida por un delito de asesinato e incendio provocado, cometido el 2 de agosto de 2015 y por otro delito de violación, cometido en diciembre de 2003, delitos para los que se preveía incluso la pena de cadena perpetua.

El Tribunal Supremo de Irlanda, tras desechar las alegaciones sobre las condiciones penitenciarias de Irlanda del Norte y las garantías de un trato humano y no degradante, se planteó la duda de las consecuencias que podría tener la entrega al Reino Unido en vísperas de su salida de la Unión. En este sentido la High Court reseñaba que el 29 de marzo de 2017 el Reino Unido notificó al Presidente del Consejo Europeo la retirada del Reino Unido de la Unión, en los términos del artículo 50 TUE, lo que debía tener efecto a partir del 29 de marzo de 2019, situación que hoy se encuentra prorrogada.

En su opinión la eventual retirada del Reino Unido podría afectar a los derechos de la persona objeto de la entrega, al menos en cuatro aspectos relevantes: el derecho a la deducción del período de detención transcurrido en el Estado miembro de ejecución, (art. 26 de la Decisión Marco), la regla de especialidad, (art. 27), la limitación de la entrega o extradición ulterior, (art. 28), y el respeto a los derechos fundamentales con arreglo a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, todo ello en el contexto de la ausencia de una norma que de acuerdo con el derecho del Reino Unido permitiera a la persona objeto de la entrega invocar el derecho de la unión y acudir, en su caso, al Tribunal de Justicia de la Unión Europea en vía prejudicial, pues la competencia del Tribunal cesaría efectivamente en el momento de materializarse la salida del Reino Unido.

## 2. EL CRITERIO DEL TRIBUNAL

La STJUE comienza reafirmando que la confianza mutua es el principio básico en el que se sustenta la OEDE y en general la cooperación judicial internacional en el marco de la Unión, lo que presupone que todos los Estados miembros “respetan el Derecho de la Unión y, muy especialmente, los derechos fundamentales reconocidos por ese Derecho”. Sobre aquel principio establece que “la ejecución de la orden de detención europea constituye el principio, mientras que la denegación de la ejecución se concibe como una excepción que debe ser objeto de interpretación estricta” (artículos 3, 4 y 4 bis de la Decisión Marco)”.

Fuera de los supuestos de denegación expresamente previstos en la Decisión Marco, - trasladados a los artículos 48 y 49 de nuestra Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea -, el TJUE sólo ha admitido la denegación de la ejecución de la orden de detención en el supuesto de temer fundadamente que “dicha entrega entrañe el riesgo de que la persona buscada sea sometida a un trato inhumano o degradante en el sentido 4 de la Carta” citando la conocida doctrina Aranyosi, asunto C-404/15 Y 659/15.

A partir de estos principios generales el Tribunal, de forma estricta y coherente con el

principio de legalidad, establece que “el mero hecho de que un Estado miembro notifique su intención de retirarse de la Unión con arreglo al artículo 50 TUE no puede considerarse, como tal, una circunstancia excepcional en el sentido de la jurisprudencia citada”, por lo que el órgano judicial requerido debería indagar en la eventualidad de que tras aquella retirada efectivamente pudieran verse afectados los derechos del ciudadano de la Unión; en este sentido y en cuanto al respeto a los derechos humanos recuerda que el Reino Unido es parte del CEDH y ha incorporado las disposiciones del artículo 3 del CEDH a su Derecho nacional y como quiera que la continuidad de su partición en este convenio no depende de su pertenencia a la Unión la decisión de retirarse tampoco al artículo 3 del CEDH, que se corresponde con el artículo 4 de la Carta. En cuanto a las reglas de especialidad y entrega ulterior el TJUE recuerda que “las disposiciones de los artículos 27 y 28 de la Decisión Marco reflejan respectivamente, las de los artículos 14 y 15 del Convenio Europeo de Extradición, de 13 de diciembre de 1957”, que el Reino Unido ratificó este Convenio y traspuso estas últimas disposiciones a su Derecho nacional”. En el mismo sentido se validaba la incorporación al derecho nacional del Reino Unido de la regla de la deducción del tiempo de privación de libertad en el estado requerido, conforme al artículo 26 de la Decisión Marco.

Y lo que parecía el óbice principal de la Cuestión, es decir, la imposibilidad de que el

afectado por la orden de entrega pudiera acudir al TJUE se resuelve minimizando en cierta forma tal tutela judicial, - que es indirecta -, recordando que hasta el año 2004 carecía de competencia plena en la materia regulada por la Decisión Marco y que lo relevante es que el derecho del estado de remisión, al que se haga la entrega, garantice efectivamente que tales derechos, tanto los reconocidos por la Decisión Marco como los establecidos en el CEDH, puedan ser invocados ante sus órganos judiciales nacionales lo que, como venía anticipando, se cumpliría en tanto el Reino Unido fuera parte en el Convenio Europeo de Extradición y en el CEDH.

### **3. LA SOLUCIÓN DEL REAL DECRETO LEY 5/2019 Y LA POSIBLE INTEGRACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE**

El TJUE acaba concluyendo que la OEDE mantiene respecto del Reino Unido su plena vigencia, hasta tanto no se defina realmente el régimen post brexit, limitando los supuestos de denegación a aquellos casos, más que improbables, en los que de forma seria y fundada pueda temerse que la persona afectada por la decisión no pueda invocar ante las autoridades del Reino Unido con arreglo a su norma nacional, los derechos reconocidos por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Decisión Marco 2002/584/JAI.

El Real Decreto Ley 5/2019 prevé en su artículo 15 un régimen transitorio que en el caso de la OEDE resulta un tanto perturbador, al diferenciar la tramitación del procedimiento de los efectos que traigan causa del mismo, precisamente porque lo esencial del procedimiento derivado de la orden de detención es la verificación de la existencia o no de causa de denegación conforme a la ley (artículo 32, 33, 47 y ss) resultando obligada la entrega de no constatarse causa de excepción, de modo que en realidad la tramitación del procedimiento coincide con la decisión o denegación de la entrega, que es el efecto.

Dado que este Real Decreto Ley establece de forma terminante el cese de las órdenes europeas de detención en vigor tras la retirada del Reino Unido, nos inclinamos por pensar que la expresión “efecto” determina que al tiempo de resolver definitivamente sobre la entrega habrá de estarse a los convenios internacionales en vigor entre España y el Reino Unido. En este punto la exposición de motivos del Real Decreto ley ya advierte que “los tratados y convenios bilaterales entre España y el Reino Unido anteriores a la adhesión de ambos Estados a la Unión Europea y que fueron sustituidos por las normas correspondientes del Derecho de la Unión Europea, tales como el Tratado de Extradición entre España y el Reino Unido, hecho en Londres el 22 de julio de 1985, no recuperan automáticamente su vigencia por el hecho de la retirada del Reino Unido de la Unión, y por ello no se consideran incluidos en los convenios internacionales a que se refiere el presente real decreto-ley”.

En ausencia de otras disposiciones no parece haber ningún óbice para que la decisión de la eventual extradición se ajuste precisamente a los términos anticipados por la STJUE de 19 de septiembre de 2018, y en especial a las consideraciones que la misma contiene sobre los derechos que siendo reconocidos por la Decisión Marco, se han trasladado a la legislación nacional del Reino Unido bien en cumplimiento del CEDH bien del

Convenio Europeo de Extradición. Aun mas, esta posibilidad contaría además con el refuerzo del amparo jurisdiccional que brinda el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, no en pocas ocasiones, ha resuelto cuestiones jurídico penales que asimismo eran afrontadas por el TJUE, desde la perspectiva del artículo 6 del Convenio, por ejemplo en materia de non bis in ídem.

LA DECLARACIÓN DE MENORES VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES COMO PRUEBA DE CARGO. COMENTARIOS A LAS SENTENCIAS DE LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO 579/2019, DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2019. (ROJ: STS 3857/2019. ECLI:ES:TS:2019:3857)

Jaime Tártalo Hernández

Magistrado

Audiencia Provincial de Baleares

---

**RESUMEN:** *La Sentencia recurrida declara probados los hechos basándose en la declaración de los menores víctimas prestada en el Juzgado de Instrucción grabada por el equipo de asesoramiento técnico penal, a la que otorga plena eficacia como prueba de cargo. El Tribunal Supremo estima el recurso y anula la sentencia de instancia al considerar vulnerado el principio de contradicción y, consiguientemente, el derecho de defensa.*

**PALABRAS CLAVE:** *Abuso sexual. Declaración de testigos. Declaración de menores. Prueba preconstituida. Victimización secundaria. Juicio oral. Principio de contradicción. Derecho de defensa.*

## COMENTARIO

La Audiencia Provincial de Barcelona condenó al recurrente como autor de un delito de abuso sexual con introducción de miembros corporales en relación a un menor, al considerar probado que el procesado, estando en su domicilio en compañía de la hija trece años de edad de un íntimo amigo suyo y compañero de trabajo a la que conocía desde que nació, y aprovechándose de la confianza y trato familiar existente con la menor, le acarició las piernas mientras ella dormía, la desnudó e introdujo sus dedos y la lengua en la vagina de la niña diciendo “qué coño tan bonito tienes”, para vestirla a continuación. Luego, tras apartarle el sujetador, le lamó la barriga y los pechos y le besó en los labios. Estos actos hicieron que la menor se despertara y que, por miedo, se hiciera la dormida.

La Sala sentenciadora consideró que no era necesaria la declaración de la víctima en el plenario, solicitada por la defensa y reiterada en el juicio, siendo suficiente con el visionado en el plenario, como prueba preconstituida, de su declaración grabada en el Juzgado de Instrucción en presencia del Abogado del investigado y del equipo técnico, para así evitar la victimización de la menor. Entendió la Sala que tal prueba preconstituida era válida sin necesidad de que hubiera un informe psicológico previo que aconsejara la no declaración de la menor en el plenario.

El Tribunal Supremo anula la sentencia al considerar que se ha hecho un uso incorrecto del derecho de la víctima a no ser objeto de una victimización secundaria mediante su declaración en el plenario, lo que ha generado la infracción del principio de contradicción y el derecho de defensa de interrogar a los menores en el juicio. Señala el Tribunal que no es que ambos derechos de víctima y acusado, respectivamente, estén confrontados, sino que el ejercicio de los dos derechos debe conciliarse y materializarse por sus cauces correctos, sin provocar merma alguna en los mismos por un uso incorrecto de uno de ellos que cause perjuicio al otro. Por eso señala el Tribunal Supremo 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 cuando exista una resolución judicial que acuerde la no declaración del menor en el juicio por existir un posterior informe técnico que aprecie la victimización del menor, caso de llevarse a cabo dicha declaración, no se entenderá invadido y afectado el derecho de la defensa a interrogar a los menores en el plenario.

Siendo consciente de que es necesario arbitrar medidas de protección de los menores víctimas, el Tribunal reconoce que sus declaraciones son muy relevantes en los delitos contra la libertad sexual, donde llegan a ser sea la única prueba de cargo directa por la clandestinidad en que suelen ejecutarse dichos delitos. La cuestión radica, sigue diciendo, en compatibilizar el derecho



de los menores a que no se les victimice repitiendo en el plenario lo que ya declararon en el Juzgado de instrucción, con el derecho de la defensa del acusado a interrogar a los menores.

Y para explicar esa compatibilidad, el Tribunal repasa la doctrina establecida al respecto por diferentes resoluciones de la Sala Segunda, comenzando por la STS 598/2015, de 14 de octubre<sup>1</sup>, que recordó que, como regla general, el menor, como cualquier testigo, debe declarar en el juicio oral, sin perjuicio de que se adopten las medidas de protección del art. 707 LECr, para preservar su incolumidad psíquica. Se podría admitir, excepcionalmente, como prueba anticipada o preconstituida cuando hubiera una causa legítima para ello, como el riesgo de su victimización secundaria si se acredita que es previsible que su comparecencia en juicio puede comportar daños psicológicos si se les somete al interrogatorio de las partes. En este caso se sustituirá esa declaración por el visionado de la grabación de la exploración realizada en instrucción de forma contradictoria.

La sentencia que comentamos cita también la STS 538/2018, de 8 de noviembre<sup>2</sup>, que incide en esa necesidad de evitar la confrontación de los menores con el acusado mediante dispositivos tecnológicos y en admitir la inasistencia del testigo directo al juicio para ser nueva-

mente interrogatorio, si lo acredita un informe pericial.

Incide el Tribunal en que no hay una presunción de victimización secundaria, sino que debe ser el Tribunal quien “pondere” y valore las circunstancias concurrentes en cada caso –especialmente cuando son menores de muy corta edad- y determine si esa victimización debe primar sobre el principio de contradicción en el plenario. Sin informe técnico en tal sentido y sin decisión motivada del Tribunal, si la defensa pide la declaración y no se admite, procede la de la nulidad del juicio. Cita la STS 178/2018, de 12 de abril<sup>3</sup>.

**REGLAS A TENER EN CUENTA A LA HORA DE DECIDIR LA INCOMPARECENCIA DE LOS MENORES EN EL PLENARIO PARA EVITAR LA VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA**

El Tribunal Supremo establece los siguientes principios o reglas metodológicas:

1.- Como regla general en el proceso, los Tribunales deben garantizar el principio de contra-

*1 ROJ:2015:4426-ECLIS:ES:TS:2015:4426*

*2 ROJ:2018:3876-ECLIS:ES:TS:2018:3876*

*3 ROJ:2018:1374-ECLIS:ES:TS:2018:1374*

dicción. El letrado de la defensa tiene derecho a interrogar en juicio a quien alega ser víctima del delito

2.- El derecho del acusado a interrogar a los testigos de cargo consagrado por el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, como derecho a un proceso con todas las garantías, 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, para que su declaración sea directamente valorada por el Tribunal sentenciador y sometida a contradicción.

4.- Garantizar el principio de contradicción en la fase de instrucción no implica que la defensa renuncie a este principio en el plenario.

5.- En principio el menor víctima, como cualquier testigo, debe declarar tanto en fase de instrucción como en el juicio oral, sin perjuicio de que se adopten las medidas de protección que prevé la legislación). Su presencia no implica derogar las garantías procesales.

6.- Si se recurre a la prueba preconstituida, su práctica debe respetar escrupulosamente la contradicción y el derecho de defensa.

7.- La relevancia de las declaraciones de los menores víctimas del delito -especialmente en delitos contra la libertad sexual- es indudable, en

atención al contexto de clandestinidad en el que se producen estos delitos, por lo que, normalmente, son la única prueba directa de cargo.

8.- La prueba preconstituida contradictoria, supone una contradicción limitada y no equivalente a la propia del juicio oral. Su práctica no cercena el derecho de las partes de pedir la declaración en el plenario, en base al principio de concentración de la prueba contradicción en el juicio oral.

9.- La plena contradicción sólo es posible en el juicio oral, donde se conoce la hipótesis acusatoria formalizada, el contenido de los elementos investigativos empleados para construirla, y el conjunto de medios de prueba propuestos para verificarla. 10.- Existen normas protectoras en la LECrim respecto a cómo deben declarar los menores, y una normativa que propugna evitar la victimización secundaria de la víctima en el proceso penal al declarar, como la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15-3-2001, 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, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de Enero, de Protección Jurídica del Menor, artículos 11. 2, 13 y 17, la Ley 204/2015, del Estatuto de la Víctima del Delito (Artículos 19 y 26).

11.- El que la víctima sea un menor de edad no es por sí mismo motivo para cercenar

el principio de contradicción ni el derecho de defensa.

12.- No existe una “presunción de victimización secundaria” de los menores. El Tribunal puede prescindir de su presencia en el juicio con el fin de protegerles cuando existan razones fundadas en un informe que avale que su presencia en el plenario puede afectarles seriamente, o en otra circunstancia que permite objetivar que su declaración en juicio le causa un perjuicio. Hay que ponderar en cada caso las circunstancias concurrentes para primar el interés del menor sobre el principio de contradicción. No basta con la prueba preconstituida.

13.- Está justificada la práctica anticipada de la prueba durante la instrucción en los supuestos de menores víctimas de determinados delitos, para así evitar los riesgos de victimización secundaria, importantes en menores de muy corta edad. Pero solo será así cuando sea previsible en cada caso, y así esté constatado seriamente, que la comparecencia en juicio pueda ocasionarles daños o afectación cuando ya declaró en sede de instrucción.

14.- Pero 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 viabilidad de prescindir de la presencia de los menores en el juicio y darle

“carta de naturaleza” exige razones fundadas y explícitas de “victimización”, en caso de comparecer y verse sometidos al interrogatorio de las partes en el juicio oral, debiendo determinarse su entidad.

16.- La ponderación exige atender a las circunstancias del caso concreto, como son particularmente la edad del menor, 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.

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.

Concluye el Tribunal que no es correcta la aseveración del Tribunal en la sentencia de instancia 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, según el Tribunal Supremo, 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.