

## 7. MENORES

### 7.1 **Reforma del art. 23 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores**

La Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, *de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia* (LOPIVI), modificó la LECrim al introducir en ella los arts. 449 bis y 449 ter, relativos a la prueba preconstituida. El art. 449 bis dispone cómo debe llevarse a cabo esta prueba y el art. 449 ter establece su carácter obligatorio cuando se trate de determinados delitos graves y los testigos sean menores de 14 años.

Esta reforma de la LECrim no tuvo reflejo en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, *reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor*. Desde la Unidad de Menores de la Fiscalía General se entendió que la omisión de cualquier referencia a la jurisdicción de menores carecía de consecuencias, puesto que resultaba obvio que, para la validez de la prueba preconstituida, esta debía practicarse por un órgano judicial en los términos del art. 449 bis LECrim, condición de la que no participa el Ministerio Fiscal, a pesar de asumir la instrucción de los procedimientos en la jurisdicción de menores.

Por otro lado, el art. 23.3 LORPM impide al fiscal realizar actuaciones que afecten a derechos fundamentales, remitiéndole al juez de menores cuando precise alguna actuación de esta naturaleza. La afectación de la prueba preconstituida sobre el derecho de defensa del menor infractor y la garantía del derecho de contradicción, que forma parte del derecho a un juicio justo, convierten esta actuación en una de aquellas cuya realización está vedada al Ministerio Fiscal.

Sin embargo, la práctica diaria nos ha puesto frente a supuestos concretos en los que algún juez de menores se ha considerado incompetente para practicar la prueba, remitiendo su realización al fiscal por ser el instructor de la causa, y tras la interposición del recurso de apelación, la Audiencia Provincial ha entendido que ni el juez de menores ni el fiscal son los competentes, siendo el juez de instrucción de guardia, en el horario en que sustituye al juez de menores, el que debe practicarla.

En la Jornadas de especialistas de Menores de 2022 se trató la cuestión y se recogió en las Conclusiones aprobadas por el Fiscal General que la competencia le correspondería siempre al juez de menores.

No obstante, para resolver la controversia existente y ofrecer una respuesta precisa en la práctica de la denominada prueba preconstituida, se considera conveniente la reforma que se propone, consistente en la introducción de un apartado cuarto en el art. 23 LORPM que podría tener el siguiente tenor:

«El Ministerio Fiscal o cualquiera de las partes personadas instarán al Juez de menores la inmediata declaración de un testigo, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando concurren alguno de los supuestos siguientes:

a) Cuando exista un riesgo de imposibilidad de concurrir al juicio oral.

b) Cuando exista un riesgo relevante de victimización secundaria. En todo caso, se considerará que concurre un riesgo relevante de victimización secundaria cuando la persona sea menor de catorce años, sea una persona con discapacidad necesitada de especial protección o sea una persona en situación de vulnerabilidad».