

## EL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA ANTE LA IMPLANTACIÓN DEL MODELO BARNAHUS: RETOS Y LÍNEAS DE ACTUACIÓN

*Rafael Sainz de Rozas Bedialauneta*  
*Euskal Herriko Unibertsitatea/Universidad del País Vasco*

El modelo Barnahus tiene como aportación fundamental el carácter integral y especializado de la atención que ofrece a los niños, niñas y adolescentes afectados por la violencia sexual (VSI), así como a sus familias. Su implantación, en consecuencia, requerirá protocolos que garanticen la **actuación coordinada de todos los poderes públicos** que han de prestarla. De ella dependerá, en última instancia, que el modelo despliegue todo su potencial en un doble sentido: por un lado, para **generar sinergias y mejorar el apoyo** entre los distintos servicios y recursos; y al mismo tiempo, para evitar duplicidades y reiteraciones que puedan suponer, como consecuencia precisamente de su intervención, la **victimización secundaria** de las personas a las que deben proteger.

Esa filosofía no solo debe presidir la actuación de las diversas instancias administrativas que intervienen, sino que también debe proyectarse sobre el modo en que **todas ellas interactúan con el servicio público de Justicia**. Y es que junto a la prevención, la detección de la VSI y el apoyo a sus víctimas, el sistema de protección incluye necesariamente la **respuesta penal**, que debe ajustarse en todo momento a los términos prescritos por la ley para la imposición de penas y medidas de seguridad. Ello exige que estas resulten **disuasorias, proporcionadas, rehabilitadoras**, y lo que es más relevante a los efectos que aquí tratamos: deberán determinarse en cada caso por una autoridad judicial, que las impondrá de forma individualizada y en un **proceso con todas las garantías**.

### **Prueba preconstituida y ponderación de derechos**

Las garantías a las que nos referimos incluyen las dirigidas a proteger el **derecho de defensa**, de manera que cualquier persona pueda sostener la inocencia que se le presume sometiendo a contradicción, ante la misma autoridad judicial que haya de pronunciarse sobre su culpabilidad, toda prueba que se presente para incriminarle. En el caso de la VSI, esa prueba incluirá normalmente la declaración del menor que manifieste haberla sufrido, lo que significa que el acusado tiene derecho a **defenderse cuestionando su testimonio**, o tratando de poner de relieve las contradicciones en que este pueda incurrir, tanto por lo que se refiere a su coherencia interna, como en relación con el resto de evidencias que se hayan podido acreditar.

Este derecho aparece asociado tradicionalmente a la exigencia de que la práctica de la prueba se ajuste a los **principios de unidad de acto e inmediatez**, tanto en sentido amplio - las pruebas deben practicarse a presencia judicial- como estricto - la autoridad judicial que haya presidido la práctica de la prueba deberá ser la que dicte la sentencia o deba deliberar y votar, si se trata de un órgano colegiado. Y es que la **posibilidad de contradicción** podría verse mermada si se limitara al interrogatorio del testigo en fase de instrucción, en la medida en que pudiera resultar de interés para la defensa preguntarle sobre los hechos a la luz de otras diligencias que se acuerden para esclarecerlos, y cuyo resultado se desconozca en ese momento. Para que fuera

plena, sería preciso que ese **interrogatorio pudiera repetirse en el acto de juicio oral**, una vez se sabe con qué material probatorio cuenta la acusación y cuáles son los cargos que presenta.

Ante el riesgo de victimización secundaria que ello conlleva, cabe la **reproducción en la vista oral**, como prueba testifical preconstituida, de la declaración que el o la menor hubiera prestado en fase de instrucción. **Será la autoridad judicial la que deberá valorar** si ello es necesario para armonizar su interés, asociado a evitar su comparecencia en el acto de juicio, con el derecho del acusado a oír los testimonios en su contra y someterlos a contradicción. Se trata de resolver con racionalidad la eventual tensión entre ambas exigencias, ponderando las circunstancias concurrentes con criterios que han sido **desarrollados jurisprudencialmente** en un marco procesal cuya evolución, como veremos a continuación, es más tardía.

### La víctima como sujeto de derechos

Aunque la Ley de Enjuiciamiento Criminal es una de las más vetustas de nuestro ordenamiento, el marco normativo que establece en materia de victimización secundaria, así como de preconstitución de la prueba, resulta mucho más reciente. Refleja su adaptación, a lo largo de la última década, al papel que la víctima está llamada a desempeñar en el proceso penal cuando deja de ser contemplada únicamente como fuente de prueba, para pasar a ser sujeto de derechos procesales y objeto de protección:

- **La Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (EV)**, vino a recoger la exigencia de evitar la victimización secundaria en la Administración de Justicia, en línea con los derechos consagrados en los arts. 2, 11, 13 y 17 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Habían advertido contra ella diversas normas autonómicas sobre atención y protección a la infancia y adolescencia, si bien la mayoría de ellas la vinculaban únicamente a la eventual falta de coordinación de servicios administrativos, y no al impacto que pudiera tener en los y las menores su paso por la Administración de Justicia. El art. 17 de la Ley vasca 3/2005, en cambio, así como el art. 87 de la catalana 14/2010, contenían previsiones específicas referidas a los procedimientos judiciales.

Así, el art. 19 EV señalaba el deber de toda autoridad y funcionario de evitar la revictimización de los menores de edad a los que se les reciba declaración o deban testificar en juicio; su art. 21 incide en la necesidad de que la toma de declaración de la víctima se practique sin dilaciones injustificadas y el menor número de veces posible; sus arts. 25 y 26 se refieren a la necesidad de proteger especialmente a los menores en sus declaraciones en fase de instrucción, contemplando a tal efecto la posibilidad de que sean grabadas para ser reproducidas, como prueba preconstituida, en el acto del acto del juicio - arts. 433.4 y 730 de la LECrim.

El EV es referencia ineludible, asimismo, en relación con el papel de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito en la prestación de los servicios integrados en el Barnahus. Así se desprende de sus arts. 10 (derechos de las víctimas), 27 (organización) y 28 (funciones), además de las funciones de coordinación que les atribuye la LOPIVI en su art. 9.4. Por ello, es preciso tener presente el amplio catálogo de tareas que les encomienda el Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla el Estatuto de la víctima del delito

y se regulan las OAVD. Sin perjuicio de ser desarrollado a su vez en las CCAA con competencias en materia de Justicia, lo cierto es que abarca en mayor o menor medida todos los ámbitos que se habrían de integrar en el modelo que aquí se promueve. Recogemos por ello algunos de sus artículos, resaltando los aspectos más relevantes a los efectos que nos ocupan:

- **Art. 3: protocolos de coordinación**
- **Art. 8: apoyo a los familiares de las víctimas atendidas**
- **Art. 14: derechos de las víctimas, con referencia específica a la necesidad de que la atención que reciban se extienda por el tiempo que fuese necesario, antes, durante y después del proceso penal.**
- **Art. 15: carácter multidisciplinar de los servicios en ella integrados**
- **Art. 19: Funciones**
  1. La elaboración, en su caso, de planes de asistencia individualizados para la atención a las víctimas.
  2. La información a las víctimas, ofreciendo detalladamente, en un lenguaje asequible, cuáles son sus derechos y cómo ejercerlos.
  3. Información sobre el acceso a la justicia gratuita y asistencia para su solicitud.
  4. Asesoramiento sobre los derechos económicos relacionados con el proceso, en particular, sobre las ayudas por los daños causados por el delito y el procedimiento para reclamarlas.
  - 5. El apoyo emocional a las víctimas y la asistencia terapéutica de las víctimas que lo precisen, garantizando la asistencia psicológica adecuada para la superación de las consecuencias traumáticas del delito.**
  - 6. Evaluación y asesoramiento sobre las necesidades de la víctima y la forma de prevenir y evitar las consecuencias de la victimización primaria, reiterada y secundaria, la intimidación y las represalias.**
  7. La elaboración de un **plan de apoyo psicológico** para las víctimas vulnerables y en los casos en que se aplica la orden de protección.
  8. La **información sobre los servicios especializados** disponibles que puedan prestar asistencia a la víctima, a la vista de sus circunstancias personales y la naturaleza del delito de que pueda haber sido objeto.
  9. El **acompañamiento** de la víctima, a lo largo del proceso, a juicio si lo precisara y/o a las distintas instancias penales.
  - 10. La colaboración y la coordinación con los organismos, instituciones y servicios que pueden estar implicados en la asistencia a las víctimas: judicatura, fiscalía, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, servicios sociales, servicios de salud, asociaciones y organizaciones sin ánimo de lucro, sobre todo en los casos de víctimas vulnerables con alto riesgo de victimización.**
  11. **Valoración de las víctimas que precisen especiales medidas de protección con la finalidad de determinar qué medidas de protección, asistencia y apoyo** deben ser prestadas, entre las que se podrán incluir:
    - a) **La prestación de apoyo o asistencia psicológica para afrontar los trastornos ocasionados por el delito, aplicando los métodos psicológicos más adecuados para la atención de cada víctima.**
    - b) El acompañamiento a juicio.
    - c) **La información sobre los recursos psicosociales y asistenciales disponibles y, si la víctima lo solicita, derivación a los mismos.**

d) Las medidas especiales de apoyo que puedan resultar necesarias cuando se trate de una víctima con **necesidades especiales de protección**.

e) La **derivación** a servicios de apoyo especializados.

12. La elaboración de **informes** de acuerdo con las normas científicas y de manera independiente.

13. La **difusión** de su existencia y funciones a la sociedad en general y a determinados colectivos sociales especialmente vulnerables.

14. La **sensibilización** de los colectivos y organismos que trabajan con víctimas, así como la promoción, organización y participación en las acciones formativas que consideren necesarias.

15. La cooperación con **estudios e investigaciones** sobre diferentes aspectos de la victimización a partir de los resultados de la intervención de las Oficinas.

16. El **acercamiento de la justicia a la ciudadanía** promoviendo la comprensión de sus actuaciones.

17. La aplicación de las medidas de organización y **gestión** que faciliten el acceso rápido al servicio prestado, así como, la **coordinación** con otros entes e instituciones. En la aplicación de estas medidas primará la **interdisciplinariedad** y el principio de proximidad al ciudadano.

18. El desempeño de forma profesional de la función de **ventanilla única** en relación con la asistencia a las víctimas de delitos.

19. La información sobre alternativas de resolución de conflictos con aplicación, en su caso, de la mediación y de **otras medidas de justicia restaurativa**.

20. Recibir la comunicación de las **resoluciones a las que se refiere el artículo 7.1 del Estatuto de la víctima** del delito cuando la víctima haya hecho uso de la facultad prevista en el artículo 7.3 de este real decreto, y realizar las actuaciones de información y asistencia que en su caso resulten precisas.

21. Y cuantas otras funciones se determinen en este real decreto.

○ **Artículo 22** La asistencia psicológica

La asistencia psicológica supone:

a) La **evaluación y el tratamiento de las víctimas más vulnerables para conseguir la disminución de la crisis ocasionada por el delito, el afrontamiento del proceso judicial derivado del delito, el acompañamiento a lo largo del proceso y la potenciación de las estrategias y capacidades de la víctima, posibilitando la ayuda del entorno de la víctima**.

Entre los factores a evaluar están: el tipo de relaciones de la víctima, el afrontamiento de los problemas, las fuentes de apoyo, los valores, la acumulación de estresores, los problemas de salud y de comportamiento, las condiciones socio-ambientales, así como, las variables asociadas al hecho delictivo, entre las que están el impacto directo del delito y los trastornos ocasionados por éste, el riesgo de reincidencia, las posibles represalias y la intimidación.

b) El **estudio y la propuesta de aplicación de las medidas de protección que minimicen los trastornos psicológicos derivados del delito y eviten la victimización secundaria**, conforme a lo previsto en el Estatuto de la víctima del delito.

○ **Artículo 25** Fases de la Asistencia.

La asistencia a las víctimas se realiza en cuatro fases: **la acogida-orientación, la información, la intervención y el seguimiento**.

○ **Artículo 28** Fase de intervención

Entre las intervenciones jurídicas, psicológicas y sociales que realizan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas están las siguientes:

- a) La evaluación de la vulnerabilidad de las víctimas que le sean derivadas o que acudan directamente a la Oficina.
- b) La propuesta de las medidas de protección a las víctimas, especialmente de las más vulnerables, con especial atención a los menores y a las personas con discapacidad necesitadas de especial protección, y el seguimiento de su ejecución.
- c) La asistencia terapéutica psicológica y el **tratamiento psicológico de las víctimas en el ámbito del proceso penal** que, en principio, **se realiza en dos fases:**
1. <sup>ª</sup> La primera fase dirigida a lograr que la víctima tenga el control general de su conducta, en la que se analizan los elementos que garantizan la integridad física y psíquica, facilitando la expresión de los sentimientos y el dominio cognoscitivo, y realizando las adaptaciones conductuales e interpersonales más necesarias.
  2. <sup>ª</sup> La segunda fase en la que se analizan las expectativas generadas por el delito, corrigiendo las posibles distorsiones y realizándose las intervenciones psicológicas y los tratamientos de larga evolución para el tratamiento específico de síntomas postraumáticos
- **Artículo 30** Evaluación individual de las víctimas a fin de determinar sus necesidades especiales de protección

1. Sin perjuicio de lo que acuerden las autoridades judiciales o fiscales competentes, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y, en su caso, las policías autonómicas, efectuarán en el momento de la denuncia una primera evaluación individual de la víctima para la determinación de sus necesidades de protección y para la identificación, en su caso, de víctimas vulnerables.

En esta primera evaluación se informará a la víctima de la posibilidad de acudir a una Oficina de Asistencia a las Víctimas. La información recabada en esta primera evaluación podrá ser trasladada a la Oficina de Asistencia a las Víctimas sólo con el consentimiento previo e informado de la víctima.

2. Cuando la víctima acuda a las Oficinas de Asistencia a las Víctimas, en su caso con la información facilitada, éstas realizarán una evaluación individualizada. La Oficina de Asistencia a las Víctimas estará en todo caso a lo que pueda acordar la autoridad judicial o fiscal competente para la valoración de las necesidades de la víctima y la determinación de las medidas de protección.

3. La evaluación individual atenderá a las necesidades manifestadas por la víctima, así como su voluntad, y **respetará plenamente la integridad física, mental y moral de la víctima. Tendrá especialmente en consideración:**

a) **Las características personales de la víctima**, su situación, necesidades inmediatas, edad, género, discapacidad y nivel de madurez. En particular, valorará:

1. <sup>ª</sup> Si se trata de una persona con discapacidad o si existe una relación de dependencia entre la víctima y el supuesto autor del delito.

2. <sup>ª</sup> **Si se trata de víctimas menores de edad o de víctimas necesitadas de especial protección o en las que concurren factores de especial vulnerabilidad.**

b) **La naturaleza del delito** y la gravedad de los perjuicios causados a la víctima, así como el riesgo de reiteración del delito. A estos efectos, se valorarán especialmente las necesidades de protección de las víctimas en los siguientes delitos:

1. Delitos de terrorismo.

2. Delitos cometidos por una organización criminal.

3. Delitos cometidos sobre el cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente.

**4. Delitos contra la libertad o indemnidad sexual.**

5. Delitos de trata de seres humanos.

6. Delitos de desaparición forzada.

7. Delitos cometidos por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, de enfermedad o discapacidad.

c) Las circunstancias del delito, en particular si se trata de delitos violentos.

4. En caso de víctimas menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección también se tomará en cuenta su opinión e intereses, así como sus especiales circunstancias personales, y **se velará especialmente por el respeto a los principios del interés superior del menor o de la persona con discapacidad necesitada de especial protección, derecho a la información, no discriminación, derecho a la confidencialidad, a la privacidad y el derecho a ser protegido.**

o **Artículo 31** Informe de la evaluación individualizada

1. Tras el proceso de evaluación individualizada, las Oficinas de Asistencia a las Víctimas podrán realizar un informe con el consentimiento previo e informado de la víctima, **que será remitido con carácter reservado a la autoridad judicial o fiscal competente para adoptar las medidas de protección.**

2. En el informe de evaluación individualizada, **podrán proponerse las medidas que se estimen pertinentes para la asistencia y la protección de la víctima durante la fase de investigación**, especialmente cuando se trate de personas con discapacidad necesitadas de especial protección, de otras víctimas vulnerables **o de menores**. En particular, podrá proponerse la adopción de las siguientes medidas:

a) **Que se reciba declaración a la víctima lo antes posible, el menor número de veces y únicamente cuando resulte estrictamente necesario.**

b) Que la víctima pueda estar acompañada de una persona de su elección.

c) Que se les reciba declaración **en dependencias especialmente concebidas o adaptadas a tal fin.**

d) **Que se les reciba declaración por profesionales que hayan recibido una formación especial para reducir o limitar perjuicios a la víctima**, o con su ayuda.

e) Que todas las tomas de declaración a una misma víctima le sean realizadas por la misma persona, salvo que ello pueda perjudicar de forma relevante el desarrollo del proceso o deba tomarse la declaración directamente por un Juez o un Fiscal.

3. Cuando se trate de **víctimas menores de edad**, las Oficinas de Asistencia a las Víctimas indicarán expresamente en su informe la concurrencia, en su caso, de cualquiera de los supuestos a los que hace referencia el artículo 26.2 del Estatuto de la víctima del delito; a fin de que ello pueda tomarse en consideración por el Fiscal en el momento de valorar la oportunidad de recabar del Juez o Tribunal la designación de un **defensor judicial de la víctima** para que la represente en la investigación y en el proceso penal.

4. Cualquier modificación relevante de las circunstancias en que se hubiera basado la evaluación individual de la víctima determinará una actualización de la misma y, en su caso, del informe remitido a la autoridad judicial o fiscal competente.

5. La Oficina de Asistencia a las Víctimas solamente podrá facilitar a terceros la información que hubieran recibido de la víctima con el consentimiento previo e informado de la misma.

o **Artículo 32** Plan de apoyo psicológico

1. Las Oficinas de Asistencia a las Víctimas deberán realizar un plan de apoyo psicológico para las víctimas especialmente vulnerables, o necesitadas de especial protección.

2. El plan de apoyo psicológico tendrá como fin **que la víctima pueda seguir el proceso penal sin volver a vivenciar angustia, fortalecer su autoestima, fortalecer la toma de decisiones y, en particular, aquellas que tienen relación con medidas judiciales.**

3. El plan de apoyo psicológico se realizará mediante la evaluación de las consecuencias físicas y psíquicas del delito, del clima que rodea a la víctima, del riesgo de sufrir nuevas agresiones y del ambiente familiar. También se valorará la capacidad de resiliencia.
  4. El Ministerio de Justicia y las comunidades autónomas con competencias asumidas podrán supervisar los planes de apoyo que se realicen dentro de su ámbito territorial
- **Artículo 34** La red de cooperación
    1. El Ministerio de Justicia, o las comunidades autónomas con competencias en justicia, podrán **coordinar las actuaciones de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas con los diferentes órganos o entidades competentes que prestan asistencia a las víctimas**, con este fin se podrán realizar convenios de colaboración y protocolos. Podrán impulsar, asimismo, la colaboración con redes públicas y privadas que asisten a las víctimas, entre otras con:
      - a) Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y las Policías Autonómicas.
      - b) Servicios de bienestar social.
      - c) Ayuntamientos.
      - d) Servicios de Salud (112/061, urgencias, urgencias psiquiátricas y Programas de Salud Mental).
      - e) Servicios de Educación.
      - f) Servicios laborales.
      - g) Asociaciones, fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro.
      - h) Servicios Psicosociales de la Administración de Justicia.
      - i) Unidades de Coordinación contra la Violencia sobre la Mujer y las Unidades de Violencia sobre la Mujer, integradas orgánicamente en las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno y en las Direcciones Insulares.
      - j) Servicios especializados para la atención a las víctimas de violencia de género.
      - k) Cualquier otro órgano o entidad de la Administración General del Estado u otras Administraciones con competencias en asistencia y/o atención a las víctimas.
    2. Las Oficinas de Asistencia a las Víctimas podrán mantener reuniones periódicas con los organismos, instituciones y entidades relacionados en el apartado anterior, para optimizar la asistencia de las víctimas particulares, efectuando, en su caso, el seguimiento de las víctimas vulnerables y asegurando su papel de punto de acceso coordinador o ventanilla única.
  - El régimen de excepcionalidad de la prueba preconstituida resulta alterado a raíz de la **Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (LOPVI)**, para que **la prueba preconstituida deje de ser lo excepcional** en estos supuestos. Con referencia expresa a la necesidad de salvaguardar en todo caso el principio de contradicción y las garantías propias de la prueba en el juicio oral, introduce en la LECrim dos nuevos artículos para regularla.
    - Su art. **449 bis**, en línea con lo dispuesto en el **art. 707** en materia de protección del testigo menor de edad, contempla la posibilidad de acordarla y dispone su grabación en soporte audiovisual, señalando que podrá practicarse aun en ausencia de la persona investigada, siempre que haya sido debidamente citada y su defensa letrada se encuentre presente.
    - El art. **449 ter**, por su parte, establece que cuando el testigo sea menor de 14 años la autoridad judicial **acordará practicarla “en todo caso”, y que para ello podrá contar con el apoyo de equipos psicosociales**. Señala asimismo que ese apoyo deberá prestarse con una **perspectiva interdisciplinar e interinstitucional**, e incluir la labor de los distintos profesionales que hayan intervenido hasta el momento. La ley regula por último su **reproducción en el juicio** y los supuestos en los que el juez, a la vista de las circunstancias, puede decidir que el menor deba **declarar ante el**

**tribunal sentenciador**, aunque se haya practicado la prueba preconstituida -art. 703 de la LECrim.

- **La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual**, incide en la misma línea para introducir en la LECrim **medidas cautelares de protección** en el caso de delitos cometidos a través de tecnologías de la información (art. 13); la revocación por resolución judicial de la renuncia de la víctima a la acción civil (art. 112); la utilización de dispositivos telemáticos para el control del cumplimiento de las medidas de protección de la víctima adoptadas (art. 544 bis); la prohibición de la divulgación o publicación de información relativa a la identidad de las víctimas o que indirectamente puedan facilitarla (art.681.3); y faculta al juez para tomar medidas, de acuerdo con lo previsto en el art. 25 del Estatuto de la Víctima, que impidan que se formulen a la víctima preguntas relativas a la vida privada, en particular a la intimidad sexual, salvo que, excepcionalmente y teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso, considere que sean pertinentes y necesarias.(art. 709.2).

Esta ley orgánica introduce asimismo diversas modificaciones en el Estatuto de la Víctima. En lo que aquí interesa destaca la de su art. 26, por el refuerzo que supone a la preconstitución probatoria en el caso de menores de edad. Establece la necesidad de adoptar, 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 ellos, siendo dos las previsiones que resultan particularmente relevantes a estos efectos:

- Las declaraciones que se les reciban 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.
- La declaración podrá recibirse por medio de personas expertas.

### **Aspectos jurisprudenciales**

Junto a la creciente preocupación por los derechos de las víctimas que revela esta evolución normativa, resulta igualmente revelador constatar que la necesidad de defenderlos ha estado presente desde fecha muy temprana en los pronunciamientos de nuestros juzgados y tribunales, que desde hace 15 años han venido perfilando el canon de validez probatoria de la declaración tomada al menor en fase de investigación. Ser consciente de ello permite comprender el papel central que la Administración de Justicia desempeña en un sistema organizado de acuerdo con el modelo Barnahus, así como la importancia de integrarlo de forma activa en la estrategia para su implantación:

- **Ya desde su sentencia 96/2009, de 10 de marzo, el Tribunal Supremo venía aceptando la validez como prueba preconstituida** de la declaración prestada por el menor en fase de instrucción, para su posterior reproducción en el plenario, siempre que se hubieran respetado las garantías de contradicción. A falta de una previsión más específica en la normativa procesal, eran dos las referencias fundamentales para ello:



- **La jurisprudencia del TEDH**, que en su sentencia de 28 de septiembre de 2010, caso A. S. contra Finlandia, § 56, establecía los siguientes 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»
  - d) Para la incorporación del resultado probatorio preconstituido 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.
- La **normativa europea** a partir de la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, reforzada posteriormente por la Directiva 2012/29/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012. Destinada a ser transpuesta en nuestro EV de 2015, en ella se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, señalando lo siguiente con relación a las menores de edad (art. 24.1.a):

*«en las investigaciones penales, todas las tomas de declaración a las víctimas menores de edad puedan ser grabadas por medios audiovisuales y estas declaraciones grabadas puedan utilizarse como elementos de prueba en procesos penales».*

También con carácter previo a nuestro EV, fueron referenciales la Convención del Consejo de Europa sobre protección de la infancia contra la explotación y el abuso sexual (Convención de Lanzarote), firmada por España el 12 de marzo de 2009, así como las Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa para una justicia adaptada a los niños, adoptadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 17 de noviembre de 2010.

- La cuestión así suscitada encuentra pronta acogida en la **doctrina del Tribunal Constitucional**, que en sentencias como la STC 57/2013, de 11 de marzo, se refiere a ella en los siguientes términos:

*"El testimonio de los menores de edad víctimas de delitos contra la libertad sexual es uno de los supuestos constitucionalmente relevantes en los que está justificada dicha modulación excepcional de las garantías de contradicción y defensa del acusado que afirma su inocencia. Dos son las razones que lo justifican: la menor edad de la víctima y la naturaleza del delito investigado. Hemos señalado ya que "en tales casos excepcionales es posible modular la forma de prestar declaración e incluso dar valor probatorio al contenido inculpativo de manifestaciones prestadas fuera del juicio oral siempre que se garantice suficientemente el derecho de defensa del acusado ( SSTC 303/1993, de 25 de octubre, FJ 3; 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 5; 12/2002, de 28 de enero, FJ 4; 195/2002, de 28 de octubre, FJ 2; 187/2003, de 27 de octubre, FJ 3; y 1/2006, de 16 de enero, FFJJ 3 y 4)". Como destacamos entonces, recogiendo los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los intereses de la víctima han de ser protegidos por cuanto "frecuentemente los procesos por delitos contra la libertad sexual son vividos por las víctimas como 'una auténtica ordalía'; no se trata sólo de la obligación jurídica de recordar y narrar ante terceros las circunstancias de la agresión, sino también de la indebida reiteración con la que, a tal fin, es exigida su comparecencia en las diversas fases del procedimiento. Tales circunstancias se acentúan cuando la víctima es menor de edad".*

- A partir de resoluciones como la STC de 28 de febrero de 2013 y la STS 220/2013, de 21 de marzo, la jurisprudencia identificó esa modulación con **cuatro órdenes de presupuestos y requisitos**, que los tribunales siguen teniendo en cuenta a estos efectos:

a) **Materiales:** que exista una **causa legítima** que impida reproducir la declaración en el juicio oral. En este sentido, la STS nº 71/2015, de 4 de febrero, apelaba a la línea jurisprudencial iniciada con la citada STS 96/2009 para señalar 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, añade: *"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".*

b) **Subjetivos:** la necesaria intervención del **Juez de Instrucción**.

- c) **Objetivos:** que se garantice la **posibilidad de contradicción**, para lo cual debe estar presente la defensa letrada del imputado, a fin de que pueda participar en el interrogatorio del testigo en la fase de instrucción.

La STS 415/2017, de 8 de junio, se refiere específicamente al modo en que ha de practicarse la declaración e interrogatorio del testigo para satisfacer esta exigencia: *"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".*

- d) **Formales:** la **introducción en el acto del juicio** del contenido de la declaración sumarial a través del soporte que la haya documentado, conforme a lo ordenado por el art. 730 LECr, o a través de los interrogatorios, lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a confrontación con las demás declaraciones de quienes sí intervengan en el juicio oral.
- La aprobación en 2015 del Estatuto de la Víctima, si bien vino a modificar en esta línea la LECrim, según se ha expuesto, no significó un cambio de criterio en esta evolución jurisprudencial, cuyo canon quedó recogido en la STS 579/2019, de 26 de noviembre de 2019 (ponente Vicente Magro).

Su contenido no solo resulta de interés porque sistematice la jurisprudencia en la materia en forma de principios y reglas, sino porque sigue considerando que la preconstitución probatoria representa una excepción frente a la regla general, que es la de exigir la presencia del menor en la vista oral. Excepción cuyo fundamento, además, habrá de ser acreditado en cada caso mediante un informe psicológico que determine el riesgo de revictimización. Es su ausencia, de hecho, lo que lleva al Alto Tribunal a estimar el recurso de la defensa:

*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 (LA LEY 16/1950) (art. 6) e implícitamente comprendido en el derecho a un proceso con todas las garantías que proclama el art. 24 CE (LA LEY 2500/1978), 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, .../....*

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** (resaltado nuestro)*

- La Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, sí representó un punto de inflexión de cara a posibilitar que la ausencia

física del menor víctima de un delito, acordada durante el desarrollo del plenario, sea reemplazada por su presencia virtual mediante la reproducción del soporte digitalizado en el que se contiene su testimonio prestado durante la fase de investigación.

Así lo refleja la **jurisprudencia dictada a partir de su entrada en vigor**, de la que traemos a colación dos resoluciones que resultan ilustrativas, a nuestro juicio, de los más recientes criterios jurisdiccionales en torno a la preconstitución de la prueba y a la declaración en el juicio oral del menor al que se le haya practicado, así como de la relevancia que a tales efectos adquiere el apoyo de los equipos psicosociales y de atención a la víctima.

### **STS 886/2022, de 10 de noviembre (Ponente Vicente Magro)**

Se trata de un caso instruido por la Jueza Decana de Pamplona, en el que la Audiencia Provincial había condenado a un hombre por atentar de forma continuada, durante 4 años, contra la indemnidad sexual de su hija. Confirmada la condena por el Tribunal Superior de Navarra, el acusado recurre en casación denunciando, entre otras cuestiones, la denegación por parte del Tribunal de la práctica de la prueba testifical tal y como su defensa había propuesto, es decir, con presencia en el juicio oral de la menor, y no como fue admitida, mediante la reproducción y visionado de la exploración de la niña, realizada como prueba preconstituida.

El FJ 2º de la Sentencia se pronuncia al respecto señalando que

*este tema ha sido ya superado en virtud de la Ley 8/2021 de protección de la infancia, que ha fijado en varios preceptos la mecánica a seguir en estos casos y que ya está en vigor para cualquier juicio oral, recogiendo el criterio que ya se había mantenido jurisprudencialmente de que las declaraciones de menores de edad es preferible que se lleven a cabo por prueba preconstituida, lo que ha sido declarado ex lege en virtud de los arts. 449 ter LECRIM, .../... art. 703 bis LECRIM.../... art. 730. 2 LECRIM.*

Tras reproducir los tres preceptos citados, la sentencia señala:

*la clave es que en casos de menores de edad el tribunal podrá razonar que es válida la prueba preconstituida de la declaración del menor y en estos términos reproducirla en el plenario, para evitar que los menores de edad tengan que repetir lo expuesto en sede sumarial en prueba preconstituida perfectamente válida con arreglo a derecho mediante su "elevación al plenario" mediante la reproducción.*

Resulta significativo en este punto el contraste de la sentencia que comentamos con la anterior. Pareciera que dicen lo mismo, en la medida en que ambas inciden en la necesidad de que exista una base objetiva que determine el riesgo para el menor. Al hacerlo, sin embargo, recordemos que aquella lo razonaba señalando que no existe un derecho consustancial al hecho de ser menor que limite el derecho de la defensa. En la STS 886/2022, en cambio, el mismo ponente señala al respecto:

*Por ello, no se trata de que la parte tenga un derecho a instar que, pese a que exista prueba preconstituida, puede exigir que el menor declare de forma presencial en el plenario. Esto no existía antes de la Ley 8/2021, de protección de la infancia, y mucho menos después de esta norma que categoriza perfectamente que los menores declaren como prueba preconstituida en casos como el que aquí nos ocupa, y no se adivina a entender cuál es el régimen excepcional que propugna el recurrente en virtud del cual era exigible que la menor declarara otra vez en el plenario (resaltado nuestro)*

No estamos ante una mera cuestión de énfasis, ni resulta relevante a estos efectos que en el caso anterior el recurso prosperara, mientras que en este fuera desestimado. El TS está dando a entender que, a partir de la entrada en vigor de la LO 8/2021, ha cambiado el régimen de excepcionalidad en esta materia para los menores de 14 años. Así lo había afirmado expresamente dos días antes, de hecho, en el FJ 1º de su Sentencia nº 881/2022, de 08/11/2022 (ponente Andrés Martínez Arrieta):

*Las modificaciones de la ley procesal adoptadas en la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, invierten la naturaleza de la excepción de la obligación de declarar en el juicio oral. En la nueva redacción no se dispone la obligación de declaración del menor, salvo que solicitada se entendiera que era debidamente justificada en el caso concreto. A esta disposición ha de añadirse la prevención contenida en el art. 707 de la misma ley que altera el régimen de la declaración en el juicio de estas personas y prevé, art. 703 bis, que "Cuando en fase de instrucción, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 449 bis y siguientes, se haya practicado como prueba preconstituida la declaración de un testigo, se procederá, a instancia de la parte interesada, a la reproducción en la vista de la grabación audiovisual, de conformidad con el artículo 730.2, sin que sea necesaria la presencia del testigo en la vista (resaltado nuestro).*

No deja de ser interesante constatar que los hechos aquí enjuiciados se habían producido antes de la entrada en vigor de la LO 8/2021, de 8 de Junio, lo que lleva a la Sala a referirse a la evolución jurisprudencial anteriormente expuesta, así como a los criterios de ponderación que de ella resultan. Tras hacerlo, el TS constata que en el caso analizado existe una objetivación y justificación de las razones por las que la menor no debía volver a declarar en el plenario, señalando que si bien este cambio normativo viene a aportar base para ello, también antes cabía que el Tribunal lo acordase así motivadamente.

El TS concluye haciendo suyas las consideraciones que el Tribunal de instancia en el trámite de cuestiones previas, que reproducimos por ser representativas del juicio de ponderación al que nos venimos refiriendo:

*"Ponderadas las circunstancias del caso concreto, es destacable, muy especialmente, que nos encontramos ante una posible víctima de 10 años de edad en la fecha de celebración del acto del juicio.*

*Por su parte, obran en autos, de un lado, un **informe psicológico aportado por la acusación particular**, emitido por el psicólogo que presta asistencia a la menor, señor Patricio, del **Servicio de Asistencia a las Víctimas del Delito de Navarra**, y, de otro lado, un informe emitido por la psicóloga señora Almudena, del **Instituto Navarro de Medicina Legal**, los cuales son coincidentes en el sentido de desaconsejar que la misma prestase declaración en juicio, poniendo de manifiesto ambos informes un riesgo de victimización secundaria, indicando específicamente el informe del citado doctor Patricio, que se desaconsejaba la declaración de la menor en el juicio debido a su estado emocional.*

*Tales informes, atendido su contenido y la corta edad de la menor, nos llevaron a concluir que, con el fin de evitar el referido riesgo de victimización secundaria, resultaba legítimo adoptar medidas de protección en su favor, procediendo rechazar su presencia en juicio para ser personalmente interrogada en ese acto.*

*Por ello, apreciado ese riesgo de victimización, y no discutiéndose por la defensa que la prueba preconstituida se hubiese desarrollado correctamente, con respeto del principio de contradicción y del derecho de defensa, se consideró que no era procedente acceder a la solicitud de la defensa de disponer la presencia de la menor en el acto del juicio para prestar declaración.*

*Partiendo de ello, y dado, además, que no consta que se haya producido ninguna novedad con posterioridad a la prueba preconstituida que hiciera necesaria o conveniente una nueva exploración de la menor, sin que nada se alegase por la defensa en tal sentido; ante ello, nada justificaba, en nuestra estimación, rectificar la decisión que en su momento habíamos adoptado sobre el particular, por lo que decidió esta sala mantener aquella decisión."*

### **STS de 6-7-2023 (ponente Manuel Marchena)**

En esta resolución, y a pesar de apelar a la consolidada jurisprudencia recogida en la anterior, el TS matiza sin embargo el criterio según el cual la LO 8/2021, 4 de junio, habría invertido la naturaleza de la excepción de la obligación de declarar en el juicio oral por parte del menor de 14 años. A partir de una interpretación sistemática del art. 449 ter LECrim con el art. 703 bis del mismo cuerpo legal, señala que el mandato que de ellos se desprende no impide esa declaración siempre y en todo supuesto, sosteniendo la necesidad de modulación judicial caso por caso, con argumentos que deberán ser tenidos en cuenta, en todo caso, de cara a la implantación del modelo Barnahus:

*Más allá del carácter imperativo que se desprende de su literalidad ("...acordará en todo caso") y del destacado papel que el nuevo precepto atribuye a los equipos psicosociales, lo cierto es que la menor edad de catorce años conoce tramos biológicos que no pueden ser asimilados en su tratamiento. Lo mismo es predicable de los distintos grados de discapacidad que pueden condicionar un testimonio. La voluntad uniformadora del legislador y el rígido tratamiento formal que sugiere la exclusión de cualquier margen de modulación que pueda acordar el Juez no puede ser interpretada como una invitación a desplazar principios estructurales del proceso penal en favor de exigencias formales. De ahí que cualquier desarrollo formal de la prueba que, convocación adaptativa a las circunstancias del caso, ofrezca un motivado equilibrio entre la protección del menor o discapacitado y la irrenunciable salvaguarda de los principios de contradicción y defensa, debería superar el test de la validez probatoria.*

*La voluntad legislativa de evitar, siempre y en todo caso, la presencia del menor en el plenario ve reforzado su mensaje a la vista del contenido del párrafo segundo del art. 703 bis de la LECrim, cuya redacción ha sido también añadida por la LO 8/2021, 4 de junio: "en los supuestos previstos en el artículo 449 ter, la autoridad judicial solo podrá acordar la intervención del testigo en el acto del juicio, con carácter excepcional, cuando sea interesada por alguna de las partes y considerada necesaria en resolución motivada, asegurando que la grabación audiovisual cuenta con los apoyos de accesibilidad cuando el testigo sea una persona con discapacidad".*

*Da la impresión de que la declaración del menor en el plenario se convierte en un efecto indeseable por el legislador. Qué duda cabe que la intervención del menor en el acto del juicio oral, respondiendo a preguntas cruzadas de acusación y defensa, puede acarrear importantes inconveniencias que han de ser evitadas. **Pero esa evitabilidad no debería convertirse en una regla general que aparte al órgano decisorio, siempre y en todo caso, de la privilegiada y enriquecedora fuente que ofrece el principio de inmediatez.***

*El último párrafo del art. 703 bis de la LECrim debilita el mensaje inicial que convierte la excepcionalidad abanderada en los preceptos anteriores en una posibilidad condicionada a la solicitud de cualquiera de las partes: "...la autoridad judicial encargada del enjuiciamiento, a instancia de parte, podrá acordar su intervención en la vista cuando la prueba preconstituida no reúna todos los requisitos previstos en el artículo 449 bis y cause indefensión a alguna de las partes".*

**2.2.2.-** *En definitiva, la presencia de un menor de edad víctima, como en el presente caso, de un delito contrala indemnidad sexual exigirá del Tribunal un examen ponderativo del impacto que esa presencia en el plenario puede acarrear a su formación integral. El llamamiento judicial a declarar como testigo no puede asumir como efecto inevitable asociado a su práctica la victimización secundaria del menor de catorce años, la que conduce a la constante evocación de un doloroso recuerdo que, a buen seguro, tendrá efectos perjudiciales para su formación integral.*



*Pero ese esfuerzo ponderativo no debería unificar en el mismo tratamiento todos los tramos de edad que preceden a los 14 años. **Tampoco puede convertir la excepción -la virtualidad probatoria de lo declarado en fase sumarial- en regla general, frente al significado de la prueba practicada en el plenario.** La decisión de declarar la pertinencia del testimonio de un menor en el acto del juicio oral no ha de quedar condicionada, pese a lo que parece sugerir el nuevo precepto, a la petición de parte. Serán las circunstancias del caso las que aconsejen una u otra decisión que, sin perder nunca de vista la indispensable e irrenunciable protección del menor, deberá alzaprimar los principios estructurales del proceso frente a las exigencias formales.* (resaltado nuestro)

A tenor de lo expuesto, toda estrategia de implantación de un modelo integral de atención a la víctima como el que representa Barnahus deberá tener presente que el juez, atendiendo a las circunstancias de cada supuesto en particular, sigue teniendo la obligación de llevar a cabo un ejercicio de ponderación que tenga en cuenta y armonice, por un lado, las exigencias garantistas del proceso, y por otro la de evitar la victimización secundaria del testigo. Un juicio que no puede basarse en automatismos, porque incluso cuando el testigo sea menor de 14 años, el TS no deja de considerar excepcional la validez como prueba de sus declaraciones en fase de instrucción, que podría ser impugnada por la defensa en la medida en que no obedezca a una valoración objetiva, basada en informes periciales *ad hoc*, del riesgo que supondría su interrogatorio en juicio.

## Los cambios previstos en el marco normativo de la estrategia

### En materia organizativa

Esa implantación, en cualquier caso, no solo vendrá regida por el marco procesal y organizativo actualmente en vigor. Deberá tener en cuenta asimismo los **cambios que puedan producirse en la planta judicial**, y en particular por lo que se refiere a las Secciones de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia que pudieran integrarse en los futuros Tribunales de Instancia.

Su creación, en aras precisamente de la especialización que sería deseable para llevar a cabo el juicio de ponderación al que nos referimos, daría respuesta a una exigencia de la Ley Orgánica de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia, cuya disposición final vigésima establece la obligación de tramitar un proyecto de ley de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para disponer las medidas oportunas para garantizar la especialización, tanto de los órganos judiciales como de sus titulares, para la instrucción y enjuiciamiento de las causas penales por delitos cometidos contra personas menores de edad, en los términos y conforme a los principios y medidas recogidas en dicha ley. Específicamente, la LOPIVI introducía el mandato de plantear la inclusión de Juzgados de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia, así como la especialización de los Juzgados de lo Penal y las Audiencias Provinciales, además de llevar a cabo las modificaciones necesarias para garantizar la especialización dentro del orden jurisdiccional civil en Infancia, Familia y Capacidad. La especialización de los órganos judiciales con competencia en la protección de menores y adolescentes se incluía así mismo, como recomendación, en la Observación General del Comité de los Derechos del Niño n.º 13 y en las Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España.

Esta especialización no aparece contemplada, sin embargo, entre las medidas en materia de eficiencia organizativa del Servicio Público de Justicia contenidas en el Anteproyecto que, con tal fin, aprobó el Consejo de Ministros el 12 de marzo de 2024. De hecho, y a tenor del texto publicado en el Boletín Oficial de las Cortes, ya como Proyecto de Ley<sup>1</sup>, las de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia son las únicas que desaparecen del elenco de secciones especializadas en los Tribunales de Instancia cuya creación preveía su antecedente, el Proyecto de Ley Orgánica de eficiencia organizativa del servicio público de Justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para la implantación de los Tribunales de Instancia y las Oficinas de Justicia en los municipios<sup>2</sup>. Habiendo decaído con el fin de la anterior legislatura, la modificación del art. 84 LOPJ que en él se proponía a estos efectos ha quedado recogida, con esta única salvedad, en el citado Proyecto de Ley de marzo de 2024. Es de prever, en consecuencia, que la cuestión sea nuevamente suscitada con ocasión de su tramitación parlamentaria.

### **Modificaciones procesales y en materia de actuaciones telemáticas**

Junto al de medidas de eficiencia organizativa, entre los proyectos más trascendentales para el servicio público de Justicia que decayeron con el fin de la anterior legislatura, se encontraba el de su eficiencia procesal. En lo que aquí interesa, cabe destacar la nueva Disposición adicional novena que introducía en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en virtud de la cual, **los procesos penales en los que esté involucrado como víctima una persona menor de edad serían de tramitación preferente**<sup>3</sup>. Tampoco esta previsión ha sido recogida entre las medidas procesales contempladas en el Proyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia que, según se ha indicado, se encuentra en tramitación.

Así mismo, deben tomarse en consideración las modificaciones en materia de digitalización, actuaciones telemáticas y por medio de sistemas de videoconferencia, tanto en la LECrim como la LEC. Han sido incorporadas a través del **Real Decreto-Ley 6/2023, de 19 de diciembre**, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo. En lo que afectan a la implantación del modelo, son de dos tipos:

- **Por un lado, las referentes a los lugares considerados “seguros” a efectos de practicar en ellos diligencias mediante presencia telemática**, como sería el caso de las declaraciones que presten los y las menores en el Barnahus. Vienen reguladas en su art. 62, cuyo desarrollo reglamentario debería incluir, a nuestro juicio, una referencia expresa en su apartado cuarto

---

<sup>1</sup> 121/000016 Proyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia y de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, BOCG nº 16-1, de 22 de marzo de 2024.

<sup>2</sup> De acuerdo con el Informe de la Ponencia publicado por el BOCG nº 98-3, de 31 de enero de 2023, además de disponer la posibilidad de creación de estas Secciones, el texto remitido a la Comisión de Justicia regulaba el ámbito de su jurisdicción y funciones (art. 89 bis LOPJ), así como la correlativa especialización de plazas en las Secciones de Enjuiciamiento Penal (art. 90 LOPJ).

<sup>3</sup> Informe de la Ponencia 121/000097, Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia. BOCG nº 97-4 de 8 de junio de 2023.

a los entornos amigables a los que hace refiere art. 12.4 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

**Artículo 62. Puntos de acceso seguros y lugares seguros.**

1. A los efectos de las normas sobre atención al público y a los y las profesionales mediante presencia telemática contenidas en este real decreto-ley, y de las normas procesales sobre intervención en actos procesales mediante presencia telemática, tendrán la consideración de punto de acceso seguro y de lugar seguro, respectivamente, aquellos que se ajusten a lo previsto en este artículo.

2. Son puntos de acceso seguros los dispositivos y sistemas de información que cumplan los requisitos que se determinen por la normativa del Comité técnico estatal de la Administración judicial electrónica, que en todo caso deberán reunir, al menos, los siguientes:

- a) Permitir la transmisión segura de las comunicaciones y la protección de la información.
- b) Permitir y garantizar la identificación de los intervinientes.
- c) Cumplir los requisitos de integridad, interoperabilidad, confidencialidad y disponibilidad de lo actuado.

3. Son lugares seguros aquellos que cumplan los requisitos que se determinen por la normativa del Comité técnico estatal de la Administración judicial electrónica, que en todo caso deberán reunir, al menos, los siguientes:

- a) Disponer de dispositivos y sistemas que tengan la condición de punto de acceso seguro, conforme al apartado anterior.
- b) Garantizar la comprobación de la identidad de los intervinientes y la autonomía de su intervención.
- c) Asegurar todas las garantías del derecho de defensa, inclusive la facultad de entrevistarse reservadamente con el Abogado o Abogada.
- d) Disponer de medios que permitan la digitalización de documentos para su visualización por videoconferencia.

4. Además, se entenderán por lugares seguros en todo caso:

- a) La oficina judicial correspondiente al tribunal competente, o cualquier otra oficina judicial o fiscal, y las oficinas de justicia en el municipio.
- b) Los Registros Civiles, para actuaciones relacionadas con su ámbito.
- c) El Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses y los Institutos de Medicina Legal, para la intervención de los Médicos Forenses, Facultativos, Técnicos y Ayudantes de Laboratorio.
- d) Las sedes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, para la intervención de sus miembros.
- e) Las sedes oficiales de la Abogacía del Estado, del Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social y de los Servicios Jurídicos de las Comunidades Autónomas, para la intervención de los miembros de tales servicios.
- f) Los Centros penitenciarios, órganos dependientes de Instituciones Penitenciarias, centros de internamiento de extranjeros y centros de internamiento de menores, para las personas internas y funcionarios públicos.
- g) **Cualesquiera otros lugares que se establezcan por Reglamento de aplicación en todo el territorio del Estado, previo informe favorable del Comité técnico estatal de la Administración judicial electrónica.**

- **Por otro lado, las modificaciones procesales necesarias para practicar dichas diligencias por vía telemática, en línea con la previsión del art. 707 de la LECrim:**

## Artículo 707

Fuera de los casos previstos en el artículo 703 bis, cuando una persona menor de dieciocho años o una persona con discapacidad necesitada de especial protección deba intervenir en el acto del juicio, su declaración se llevará a cabo, cuando resulte necesario para impedir o reducir los perjuicios que para ella puedan derivar del desarrollo del proceso o de la práctica de la diligencia, evitando la confrontación visual con la persona inculpada. **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 accesible.**

Como se ha indicado, el Real Decreto-Ley 6/2023 las incluye en el Título VIII de su Libro 1º, que ha **entrado en vigor el 21 de marzo de 2024**. Son las siguientes:

**Artículo 101. Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882.**

La Ley de Enjuiciamiento Criminal queda modificada como sigue:

.../...

Tres. Se añade un Título XIV al Libro I, que queda redactado como sigue:

### «TÍTULO XIV

#### De los actos procesales mediante presencia telemática

**Artículo 258 bis. Celebración de actos procesales mediante presencia telemática.**

1. Constituido el órgano judicial en su sede, los actos de juicio, vistas, audiencias, comparecencias, declaraciones y, en general, todas las actuaciones procesales, se realizarán preferentemente, salvo que el juez o jueza o tribunal, en atención a las circunstancias, disponga otra cosa, mediante presencia telemática, siempre que las oficinas judiciales o fiscales tengan a su disposición los medios técnicos necesarios para ello, con las especialidades previstas en los artículos 325, 731 bis y 306 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 229 y artículo 230 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y supletoriamente por lo dispuesto en el artículo 137 bis de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. La intervención mediante presencia telemática se practicará siempre a través de punto de acceso seguro, de conformidad con la normativa que regule el uso de la tecnología en la Administración de Justicia.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, será necesaria la presencia física del acusado en la sede del órgano judicial de enjuiciamiento en los juicios por delito grave y juicios de Tribunal de Jurado, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte, las normas de la Unión Europea y demás normativa aplicable a la cooperación con autoridades extranjeras para el desempeño de la función jurisdiccional.

En los juicios por delito menos grave, cuando la pena exceda de dos años de prisión o, si fuera de distinta naturaleza, cuando su duración no exceda de seis años, el acusado comparecerá físicamente ante la sede del órgano de enjuiciamiento si así lo solicita este o su letrado, o si el órgano judicial lo estima necesario. La decisión deberá adoptarse en auto motivado.

En el resto de juicios, cuando el acusado comparezca, lo hará físicamente ante la sede del órgano de enjuiciamiento si así lo solicita él o su letrado, o si el órgano judicial lo estima necesario. La decisión deberá adoptarse en auto motivado.

En todo caso, en los procesos y juicios, cuando el acusado resida en la misma demarcación del órgano judicial que conozca o deba conocer de la causa, su comparecencia en juicio deberá realizarse de manera física en la sede del órgano judicial o enjuiciamiento, salvo que concurran causas justificadas o de fuerza mayor.

Cuando se disponga la presencia física del investigado o acusado, será también necesaria la presencia física de su defensa letrada. Cuando se permita su declaración telemática, el abogado del investigado o acusado comparecerá junto con este o en la sede del órgano judicial.

Cuando el acusado decida no comparecer en la sede del órgano judicial, deberá notificarlo con, al menos, cinco días de antelación.

3. Se garantizará especialmente que las declaraciones o interrogatorios de las partes acusadoras, testigos o peritos se realicen de forma telemática en los siguientes supuestos, salvo que el Juez o Tribunal, mediante resolución motivada, en atención a las circunstancias del caso concreto, estime necesaria su presencia física:

a) **Cuando sean víctimas de violencia de género, de violencia sexual, de trata de seres humanos o cuando sean víctimas menores de edad o con discapacidad. Todas ellas podrán intervenir desde los lugares donde se encuentren recibiendo oficialmente asistencia, atención, asesoramiento o protección, o desde cualquier otro lugar, siempre que dispongan de medios suficientes para asegurar su identidad y las adecuadas condiciones de la intervención.**

b) Cuando el testigo o perito comparezca en su condición de Autoridad o funcionario público, realizando entonces su intervención desde un punto de acceso seguro.

4. Lo dispuesto en este artículo será de aplicación igualmente a las actuaciones que se celebren ante los letrados o letradas de la Administración de Justicia o ante el Ministerio fiscal.

5. En las citaciones se informará de la posibilidad de declarar de forma telemática en las condiciones establecidas en este artículo.»

Cuatro. Se modifica el artículo 265, que queda redactado del siguiente modo:

**«Artículo 265.**

1. Las denuncias podrán hacerse por escrito o de palabra, personalmente o por medio de mandatario con poder especial.

2. La denuncia contendrá la identificación de la persona denunciante y la narración circunstanciada del hecho. En caso de persona jurídica o ente sin personalidad jurídica, deberá identificarse también la persona física que formula la denuncia en su nombre, indicando su relación con la persona jurídica o el ente sin personalidad denunciante.

Igualmente, si fueran conocidas, contendrá la identificación de las personas que lo hayan cometido y de quienes lo hayan presenciado o tengan información sobre él. También indicará la existencia de cualquier fuente de conocimiento de la que el denunciante tenga noticia, que pueda servir para esclarecer el hecho denunciado.»

Cinco. Se modifica el artículo 266, que queda redactado del siguiente modo:

**«Artículo 266.**

La denuncia que se haga por escrito deberá estar firmada por el denunciante de forma autógrafa o manuscrita, si es presencial, y si no pudiese hacerlo, por otra persona a su ruego; o si se interpone por vía telemática, con firma electrónica conforme a lo establecido en artículo 10 de la Ley 39/015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y en el Reglamento (UE) n.º 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE. En el caso de las personas jurídicas, se firmará con certificado electrónico cualificado con atributo de representante, o los medios previstos en la regulación de firma digital que permitan identificar la persona jurídica, así como la persona física que formula la denuncia.»

**Artículo 103. Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.**

La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, queda modificada como sigue:

.../...

Diecinueve. Se añade el artículo 137 bis con la siguiente redacción:

**«Artículo 137 bis. Realización de actuaciones judiciales mediante el sistema de videoconferencia.**

1. Las actuaciones judiciales realizadas por videoconferencia deberán documentarse en la forma establecida en el artículo 147 de esta ley. El tribunal velará por el cumplimiento del principio de publicidad, acordando las medidas que sean necesarias para que las actuaciones procesales que sean públicas y se celebren por este medio sean accesibles a los ciudadanos.

2. Los y las profesionales, así como las partes, peritos y testigos que deban intervenir en cualquier actuación por videoconferencia lo harán desde la oficina judicial correspondiente al partido judicial de su domicilio o lugar de trabajo. En el caso de disponer de medios adecuados, dicha intervención también se podrá llevar a cabo desde el juzgado de paz de su domicilio o de su lugar de trabajo.

3. Cuando el juez o la jueza, en atención a las circunstancias concurrentes, lo estime oportuno, estas intervenciones podrán hacerse desde cualquier lugar, siempre que disponga de los medios que permitan asegurar la identidad del interviniente conforme a lo que se determine reglamentariamente. En todo caso, cuando el declarante sea menor de edad o persona sobre la que verse un procedimiento de medidas judiciales de apoyo de personas con discapacidad, la declaración por videoconferencia solo se podrá hacer desde una oficina judicial, en los términos del apartado 2.

Las víctimas de violencia de género, violencia sexual, trata de seres humanos, y víctimas menores de edad o con discapacidad podrán intervenir desde los lugares donde se encuentren recibiendo oficialmente asistencia, atención, asesoramiento y protección, o desde cualquier otro lugar si así lo estima oportuno el juez siempre que dispongan de medios suficientes para asegurar su identidad y las adecuadas condiciones de la intervención conforme a lo que se determine reglamentariamente.

4. El uso de medios de videoconferencia deberá solicitarse con la antelación suficiente y, en todo caso, diez días antes del señalado para la actuación correspondiente.

5. Lo dispuesto en los apartados anteriores será de aplicación también a aquellas actuaciones que hayan de realizarse únicamente ante los Letrados de la Administración de Justicia.

6. Lo dispuesto en este artículo deberá realizarse garantizando la accesibilidad universal.»

## CONCLUSIONES<sup>4</sup>:

### **RETOS QUE PLANTEA EN LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA LA IMPLANTACIÓN DEL MODELO BARNAHUS**

La articulación de los derechos de la infancia en normativa internacional de obligada aplicación tuvo como efecto, según hemos visto, que la necesidad de evitar la victimización secundaria fuera contemplada por nuestros juzgados y tribunales antes incluso de su plasmación en el derecho positivo, de la mano del Estatuto de la Víctima, la LOPIVI y la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.

Si bien ello debería facilitar la acogida por parte de la Judicatura de un modelo de atención integral como Barnahus, debemos tener en cuenta la posibilidad de que su implantación genere fricciones en el ecosistema que se configura en torno al servicio público de Justicia. Su origen estaría en las inercias existentes en algunos de los operadores que lo integran, así como en la percepción que pudieran tener, en un contexto de escasez de medios e incertidumbre organizativa, de que la razón de ser del modelo sea fundamentalmente asistencial, en detrimento de la lógica que debe presidir la intervención penal. En la medida en que esto sucediera, serían varios los retos que habría que enfrentar:

1. El modelo Barnahus trata de ofrecer una atención integral ante toda sospecha de abuso que pudiera tener la familia, los servicios educativos, sanitarios o de bienestar social a raíz del comportamiento del menor, de sus manifestaciones o los síntomas que presente. Esa atención podrá o no dar lugar a la apertura de un procedimiento judicial, dependiendo de la entidad de los indicios existentes. Para determinarla, así como para identificar otro tipo de apoyos que en su caso pudieran ser más adecuados a la vista de la situación, el modelo prevé una **primera entrevista exploratoria**. Llevada a cabo por personal especializado en VSI, es previa a la intervención del sistema de Justicia, y no debe confundirse con la posterior prueba preconstituida que en él cobraría sentido, de carácter investigativo y con la que no tiene por qué interferir. En la medida en que se produzca esa confusión, podrían producirse reservas hacia su práctica por parte de algunos operadores jurídicos:
  - a. Por considerar que con ella se estaría hurtando a la Judicatura, así como al Ministerio Público, funciones que les atribuye la ley a la hora de valorar la posible existencia de indicios de la comisión de un delito.

---

<sup>4</sup> Su formulación, así como las propuestas estratégicas que de ellas se desprenden, son deudoras del diálogo con representantes de la Judicatura y el Ministerio Fiscal cuya experiencia resulta referencial en esta materia, y a quienes queremos agradecer sinceramente su colaboración: D. Tomás Martín, Juez Instrucción nº3 de Las Palmas de Gran Canaria (intercambio escrito 15/11/2023); D<sup>a</sup> María José Osuna, Fiscal Jefa de Tarragona (entrevista 5/12/2023); D. Aner Uriarte, Juez Decano de Bilbao (entrevista 7/12/2023); D. Iñaki Subijana, Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (entrevista 19/12/2023); D. Joan Perarnau, Presidente de la Audiencia provincial de Tarragona (entrevista 12/01/2024); D<sup>a</sup> Mar Cabrejas, D. Juan Manuel Fernández y D. Jorge Jiménez, vocales del CGPJ y Director de la Escuela Judicial (entrevista 12/01/2024); D<sup>a</sup> Ana M<sup>a</sup> Linares, Teniente Fiscal de Almería (entrevista 18/01/24); D<sup>a</sup> María Félix Tena, Presidenta del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura (entrevista 19/01/2024); D<sup>a</sup> Rosa M<sup>a</sup> Henar Hernando, Fiscal adscrita a la Fiscalía de Sala de Menores (22/01/24)

- b. Por entender que pudiera contaminar la posterior declaración que constituya la prueba preconstituida, o atentar contra el principio de contradicción que debe presidir, en un proceso con las debidas garantías, la práctica de cualquier diligencia de la que pueda resultar una evidencia susceptible de sustentar la acusación.
2. Recibida la *notitia criminis*, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a las se haya comunicado, o bien el propio Juzgado de Guardia, podrían tender en ocasiones a intervenir con el menor de forma inmediata, tomándole declaración a efectos de aclarar los hechos “de primera mano”, así como de cara a adoptar las medidas necesarias para investigarlos.
3. Los protocolos de coordinación entre los distintos recursos y servicios podrían llegar a ser recibidos con reserva por parte de algunos Juzgados de Instrucción, en la medida en que no hubieran participado en su elaboración y no contaran con información adecuada sobre su virtualidad. Ello podría dar lugar a la percepción de que su contenido, al priorizar la atención a la presunta víctima, no tiene suficientemente en cuenta la relevancia que adquieren **en las distintas fases del procedimiento penal las decisiones que adopte la autoridad jurisdiccional, así como la labor que en él desempeña la Fiscalía**, o que incluso pudiera llegar a interferir con ellas:
  - a. En fase de instrucción: sobre la adopción medidas cautelares y práctica de la prueba preconstituida
  - b. En fase de juicio: sobre la existencia de prueba suficiente para enervar el principio de presunción de inocencia, así como sobre la individualización de la pena.
  - c. En fase de ejecución: medidas alternativas a la pena privativa de libertad, decisiones tratamentales y eventuales procesos restaurativos
  - d. A lo largo de todo el procedimiento, el Ministerio Fiscal tiene asignada una función tuitiva en favor de la víctima, que incluye la de evitar los perjuicios que pudieran derivarse de su interacción con el sistema de Justicia.
4. Superar posibles reservas sobre la compatibilidad de determinadas actuaciones de asistencia a la víctima con el respeto a la presunción de inocencia y el resto de las **garantías de la persona acusada**.
5. Reservas ante la falta de información sobre **el modo en que se integrarían en el modelo aquellos recursos que a lo largo de los años, y aunque de forma fragmentaria e insuficiente, han ido creándose para prevenir la victimización secundaria**, desde juzgados especializados como el de Instrucción 3 de Las Palmas de Gran Canaria, hasta salas Gesell al servicio de los Juzgados de Instrucción. Lo mismo cabe decir de las funciones que por ley tienen asignadas las **Oficinas de Asistencia a la Víctima del Delito**, tanto en materia de acompañamiento e información, como por lo que se refiere a los informes sobre vulnerabilidad y riesgo de victimización secundaria destinados a aportar al juez elementos de juicio para una mejor calidad de sus resoluciones.
6. **Incertidumbre sobre la posibilidad de creación de las secciones de violencia contra la infancia y la adolescencia de los futuros tribunales de instancia**, así como sobre la dotación de medios con la que contarán para que su creación redunde en un mejor servicio.



## LÍNEAS DE ACCIÓN QUE SE PROPONEN

Estas prevenciones resultan normales en el momento de cambio en que se encuentra la Administración de Justicia, pendiente como está de la aprobación de medidas de eficiencia en materia organizativa y procesal que, junto a las de eficiencia digital ya en vigor, incidirán sin duda en la viabilidad del modelo. A nuestro juicio, su superación dependerá de los siguientes factores:

1. El modelo estaría renunciando a una parte sustancial de su potencial si su alcance, en la práctica, se limitara a la coordinación de los recursos educativos, sanitarios, de servicios sociales y seguridad que la Administración pone al servicio de niños, niñas y adolescentes; es preciso además que garantice su coherencia con los principios que rigen la intervención penal y que, al integrarlos, cumpla la función que resulta esencial para que el sistema funcione como un todo: **proporcionar a la Administración de Justicia elementos de valoración que le permitan aprehender en toda su complejidad los hechos y su contexto.**
2. **Al coordinar y reunir los distintos servicios que intervienen en la atención a la víctima de VSI, el modelo no viene a suplantarse funciones que corresponden a la autoridad judicial.** Se trata por el contrario de ofrecerle el apoyo multidisciplinar que pueda requerir, en su caso, a efectos de determinar la situación de vulnerabilidad de la víctima, la credibilidad de los testimonios o la solidez del resto de evidencias que se presenten para sustentar la acusación, ya sea durante la instrucción del procedimiento, al pronunciarse sobre la culpabilidad del acusado, o al individualizar y hacer cumplir la pena o medida de seguridad que eventualmente imponga.
3. Si en todo caso resulta conveniente que la estrategia para su implantación integre las aportaciones de los diversos operadores del ecosistema de Justicia, la implicación de la Judicatura resulta ineludible desde su propio diseño. Es preciso por ello que **la Judicatura participe activamente en los grupos de trabajo interdisciplinarios que se constituyan para definir los términos de esa coordinación en cada partido judicial**, tanto a través de los decanatos de los Juzgados y las Salas de Gobierno de sus respectivos TSJs, como por medio de la reflexión que al respecto pueda promover y las guías orientativas que pueda elaborar el Consejo General del Poder Judicial<sup>5</sup>.
4. Lo mismo cabe decir de la **Fiscalía General de Estado**, habida cuenta del papel fundamental que el Ministerio Fiscal está llamado a desempeñar en un modelo como Barnahus, en particular a través de las Secciones de “Protección y Tutela de Víctimas” presentes en cada Fiscalía. Coordinadas por la Fiscal de Sala Delegada para la Protección y Tutela de las Víctimas en el Proceso, fueron creadas precisamente para conseguir la actuación unitaria de los fiscales en el ejercicio de su función tutelar de la víctima, cada vez más compleja y especializada- La FGE ya dictó en esta línea su Instrucción 8/2005, de 26 de julio, sobre el deber de información en la Tutela y Protección de las Víctimas en el Proceso Penal.
5. Recibidos los indicios de un posible delito de VSI, el modelo Barnahus debe propiciar su **investigación sin necesidad de que esta comience por la toma de declaración a su presunta víctima.** Con independencia de otras diligencias que se lleven a cabo a tales

---

<sup>5</sup> En este sentido, la Comisión Permanente del CGPJ ha adoptado en su sesión del 15 de febrero de 2024 el Acuerdo de constituir un grupo de trabajo para el estudio del desarrollo del modelo Barnahus en los juzgados y tribunales.

- efectos, incluyendo la toma de declaración a la persona investigada, la declaración del menor ha de ser ordenada por la autoridad judicial, a presencia de esta y en las condiciones necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 26 del Estatuto de la Víctima.
6. Entre dichas condiciones destacan el apoyo, información y acompañamiento que debe prestarle la **Oficina de Asistencia a la Víctima del Delito**. La LOPIVI le encomienda la coordinación de recursos de protección en este ámbito, además de las funciones y organización que les asigna el Estatuto de la Víctima (arts. 10, 27 y 28). Pormenorizadas en el Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre (desarrollado a su vez en las CCAA con competencias en materia de Justicia), todas ellas forman parte del conjunto de servicios que busca proporcionar el Barnahus de manera integral y coordinada. Ello lo refuerza como modelo que, lejos de resultar extraño al procedimiento en el que las OAVD desarrollan su labor, la integra y potencia como factor generador de un servicio público de Justicia entendido en sentido colaborativo.
  7. Los distintos servicios y recursos que en él intervienen no solo deben prestar el apoyo que les soliciten los tribunales; **su actuación deberá ir además alineada con las decisiones que adopte la autoridad judicial**, tanto por lo que se refiere a la práctica de la prueba preconstituida y su reproducción en juicio, como en relación con el resto de medidas de protección que pueda ordenar. De ese alineamiento dependerá, de hecho, que la preconstitución de la prueba no solo sirva para impedir o minimizar la victimización secundaria, sino para producir el resto de **efectos** beneficiosos que de ella cabe esperar:
    - por un lado para la víctima, que de esa forma podrá **recibir cuanto antes el apoyo psicosocial que pueda necesitar**, sin temor a que ello pueda contaminar su testimonio y en línea con el **apoyo que deba seguir recibiendo**, como corresponde a un modelo de atención integral, una vez concluya el procedimiento judicial.
    - por otro lado para el mismo proceso, en la medida en que la prueba que el tribunal tiene en cuenta no solo resulta más difícilmente impugnable, sino que al practicarse en un momento más cercano a los hechos, debería favorecer la **fidelidad del relato que proporciona sobre ellos**.
  8. La viabilidad del modelo dependerá también de las condiciones en las que tenga lugar su implantación, tanto por lo que se refiere a los aspectos organizativos como a los recursos humanos y materiales de los que disponga.
    - **Incluir la especialización en materia de violencia contra la infancia y la adolescencia, así como la tramitación preferente de los procesos penales en los que esté involucrado como víctima una persona menor de edad, en la reforma que se tramita para mejorar su eficiencia del servicio público de Justicia.**
    - Para que la especialización que resulte de la eventual constitución de **secciones especializadas en violencia contra la infancia** no solo beneficie a las víctimas de las capitales, haciendo de peor condición a quienes viven en partidos judiciales cuya menor dimensión no justifique su creación, debería ser objeto de reflexión la posibilidad de que su **jurisdicción fuese provincial**, como sucede con los de violencia contra la mujer.

Co-funded  
by the European Union



COUNCIL OF EUROPE



Co-funded and implemented  
by the Council of Europe

- Una suficiente **dotación de medios, incluyendo la evaluación externa de la calidad de los dictámenes e informes** aportados por los recursos y servicios coordinados en el modelo.
9. El modo en que se tome la declaración al menor, tanto si es preconstituida como si ha de comparecer al juicio oral, no solo condicionará la validez de la prueba: determinará en última instancia la **efectividad del apoyo que se le preste después de que se haya dictado sentencia**. Un apoyo del que en buena medida puede depender que la intervención del Juzgado, más allá de la responsabilidad penal que en su caso determine, signifique una mejora real de la vida de las personas a las que debe prestar su tutela efectiva