

Crónica de jurisprudencia

Chronicle of Jurisprudence

Dr. Javier Sánchez Sánchez

Profesor Asociado, Universidad Carlos III

Académico Correspondiente, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

España

jss@sanchezmoro.com



0000-0001-8134-3512

Se analizan dos jurisdicciones, la ordinaria, con tres recientes resoluciones del Tribunal Supremo español sobre dos cuestiones de actualidad, a través de varios pronunciamientos, en el seno de un mismo recurso, en relación con la ponderación del derecho a la libertad de circulación con los derechos a la salud y a la vida, con ocasión de las limitaciones deambulatorias impuestas para luchar contra la propagación del COVID-19, y la constitucional, con el estudio de una sentencia en la que se precisa el necesario alcance que ha de darse a la investigación judicial ante denuncias por violencia de género.

El equilibrio entre libertad de circulación y derecho a la salud y a la vida

Se analizan aquí, como se ha planteado, tres resoluciones, la primera es el Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, Sección cuarta, de 4 de mayo de 2020, dictado en la pieza de *medidas cautelarísimas* del recurso nº 99/2020, del que es ponente el magistrado D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez; la segunda es el Auto de la misma Sala y Sección, con el mismo ponente, de 16 de junio de 2020, por el que se desestima el recurso de reposición

formulado contra la denegación de medidas cautelarísimas; y la tercera resolución es el Auto de 19 de mayo de 2020, intermedio en el tiempo, por el que se resuelve sobre las mismas pretensiones, en su vertiente procesal de *medida cautelar*. A estos efectos, hay que aclarar que, en el escrito de interposición del recurso, el actor había instado la adopción inicial de medidas con carácter cautelarísimo y, subsidiariamente para el caso de no estimarse, también con carácter cautelar.

Trae causa de los antecedentes que seguidamente se exponen. Para hacer frente al vertiginoso ritmo de expansión del coronavirus entre la sociedad española al inicio de la primavera del presente año, el Gobierno de la Nación aprobó en Consejo de Ministros el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria, con una duración inicial de quince días, que fue posteriormente prorrogado en varias ocasiones, entre otras y por lo que aquí interesa, mediante los Reales Decretos números 476/2020 y 487/2020. Asimismo, y para el desarrollo aplicativo del citado Real Decreto, por parte del Ministerio de Sanidad, se dictó la Orden SND 370/2020, de 25

Revista de la Abogacía

RPNS 0491 ISSN 2308-2240

No. 64, julio-diciembre, 2020

www.ojs.onbc.cu

de abril, sobre las condiciones en las que deben desarrollarse los desplazamientos por parte de la población infantil durante la situación de crisis sanitaria.

Un ciudadano español interpuso recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo contra el primer Real Decreto y sus prórrogas, ampliándolo posteriormente a la Orden de desarrollo. En el escrito de interposición solicitaba del Tribunal la adopción de la medida cautelarísima, *inaudita parte*, consistente en la suspensión del Real Decreto o, subsidiariamente, la medida positiva consistente en el reconocimiento como situación jurídica individualizada de su derecho (el del recurrente) a circular libremente y a reunirse con los amigos y familia en sus casas y a desplazarse a su segunda residencia sita en una localidad de la provincia de Gerona; asimismo y en relación con la Orden SND 370/2020, solicitaba también la medida cautelarísima consistente en que se le reconozca a su hija, de 9 años de edad, el derecho a la libertad de circulación para poder trasladarse con el recurrente a la localidad antes indicada.

El recuso se interpone por el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales de la persona, por lo que goza de tramitación sumaria y preferente; el recurrente entiende que las disposiciones gubernamentales vulneran su derecho fundamental a la libertad individual (artículo 17 Constitución Española), el de libre circulación por el territorio nacional (artículo 19 CE) y el derecho de reunión (artículo 21 CE).

Abierta la pieza de medidas cautelarísimas, el Tribunal da traslado al Ministerio Fiscal y a la Abogacía del Estado a efectos de que informen sobre la jurisdicción del Tribunal para enjuiciar los Reales Decretos que declaran el estado de alarma, una vez que de los mismos ya se ha dado cuenta al Congreso de los Diputados. Tras las manifestaciones oportunas, el Tribunal Supremo entenderá que la competencia para el enjuiciamiento de las citadas disposiciones no le corresponde a él, sino al Tribunal Constitucional, aunque se declara competente para el conocimiento y resolución del recurso en relación con la Orden del Ministerio de Sanidad que desarrolla los citados Reales Decretos; en consecuencia, entrará al fondo de la cuestión en lo que al contenido de la indicada Orden se refiere y su incidencia sobre los derechos fundamentales invocados por el recurrente.

La limitación del objeto de enjuiciamiento no afecta a las consecuencias doctrinales de la resolución, ya que por parte del demandante se proyectan sobre la Orden las invocaciones lesivas atribuidas al Real Decreto, añadiendo además el derecho a la no discriminación (artículo 14 CE), toda vez que se achaca a la Orden un tratamiento diferente de la población infantil, al dejar fuera a los mayores de 14 años y menores de 18, que gozan de la misma condición legal de menor.

Y centrado así el objeto de enjuiciamiento, veamos seguidamente cuáles eran las lesiones de derechos fundamentales que argüía el actor en su recurso.

- a) El recurrente se queja de que el Gobierno le confina en su vivienda salvo en determinados momentos muy limitados y excepcionales, sin que, a su entender, el estado de alarma permita una suspensión generalizada, universal y permanente de derechos fundamentales.
- b) Se produce así una suspensión *de facto* de su derecho a deambular y fijar su lugar de residencia libremente, ya que durante la vigencia del estado de alarma las personas únicamente podrán circular por las vías de uso público para la realización de las actividades concretas expresamente autorizadas, llegando incluso a ordenar el cierre de fronteras, lo que ahonda más en dicha suspensión generalizada.
- c) Entiende que el confinamiento que ha impuesto el Gobierno español al recurrente no respeta los límites de la CEDH (*STEDH Guzzardi v Italia*) de 6 de noviembre de 1980 ni la Carta Europea de Derechos Humanos. Por todo ello cree que existe una vulneración del derecho fundamental de libre circulación y del derecho de libertad del recurrente, que durante más de 38 días ha tenido que restringir las salidas de su vivienda a las causas excepcionalmente tasadas, sin poder viajar hasta su segunda residencia en una localidad de Gerona, y sin poder efectuar ningún viaje a terceros países para el desarrollo de su actividad profesional, debiendo estar confinado y privado de su libertad individual con los daños para la salud mental que dice que dicha circunstancia le produce.
- d) Añade que el derecho de reunión y manifestación también ha sido cercenado por completo. Afirma que se le ha impedido celebrar reuniones con amigos y familiares durante más de 38 días, de tal manera que la regulación del derecho de reunión no ha sido modulada por el Real Decreto que impugna sino simplemente erradicada.
- e) En relación con la específica regulación de la movilidad infantil, aduce que tiene una hija menor, de 9 años, que se encuentra en una situación de emergencia infantil, poniendo de relieve que la propia Orden Ministerial justifica la necesidad urgente de que los niños salgan de sus casas mediante la adopción de medidas de seguridad y protección adecuadas. Cree que la Orden lesiona el derecho fundamental a la igualdad y no discriminación del artículo 14 CE, insistiendo en que no se puede dejar marginados a los menores comprendidos entre 14 y 18 años ni establecer las limitaciones de tiempo, franjas horarias y lugares que se establecen.
- f) Por último, y para justificar la necesidad de la medida cautelarísima solicitada, denuncia el peligro de mora procesal, porque una sentencia estimatoria sería ineficaz ya que el tiempo perdido confinado no podría recuperarse jamás. Afirma que la medida cautelar no puede generar una perturbación grave de los intereses generales porque la Sala puede condicionarla a requisitos como que se tomen las precauciones adecuadas y anuncia que, en periodo probatorio, solicitará la práctica de prueba analítica que acredite que el actor no tiene el coronavirus COVID-19.

Pues bien, a las cuestiones planteadas por el recurrente, el Tribunal va a dar contestación en varias fases; primero a través de los argumentos dirigidos exclusivamente frente a la solicitud de medidas cautelarísimas, posteriormente al resolver el recurso de reposición frente a la denegación de las mismas (Auto de 16 de junio) y, por último -aunque temporalmente anterior- en el Auto de 19 de mayo, donde plasmará su decisión frente a la adopción de la medida cautelar.

De forma expresa, la Sala rechaza las invocaciones realizadas por el recurrente a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, afirmando en su FJ 7º que:

La jurisprudencia del TEDH invocada es inaplicable a este caso en el que no estamos ni ante una ley singular ni ante lo que llama "norma autoaplicativa". El artículo 6.1 de la Ley orgánica 4/1981 dispone que el decreto de declaración del estado de alarma determinará los efectos de dicho estado y el FJ 10 de la STC 83/2016 aclara que "la decisión gubernamental tiene además un carácter normativo, en cuanto establece el concreto estatuto jurídico del estado que se declara" [...]; "viene así a integrar en cada caso, sumándose a la Constitución y a la Ley Orgánica 4/1981, el sistema de fuentes del derecho de excepción, al complementar el derecho de excepción de aplicación en el concreto estado declarado. Y esta legalidad excepcional que contiene la declaración gubernamental desplaza durante el estado de alarma la legalidad ordinaria en vigor, en la medida en que viene a excepcionar, modificar o condicionar durante ese periodo la aplicabilidad de determinadas normas, entre las que pueden resultar afectadas leyes,

normas o disposiciones con rango de ley, cuya aplicación puede suspender o desplazar»

En cuanto a la procedencia de la medida cautelarísima, la desestima al declarar en el FJ 9º:

En apoyo de su pretensión de suspensión cautelarísima e "inaudita parte" aduce el recurrente que el objeto mismo de la Orden (artículo 1), que considera niños a los menores de catorce años, produciría una discriminación del artículo 14 CE porque, a su entender, no se puede dejar marginados a los menores comprendidos entre los 14 y los 18 años.

No puede prosperar la suspensión en este extremo, al menos en este momento preliminar, porque el actor alega que es padre de una niña menor de 9 años, que, dice, se encuentra en situación de emergencia infantil pero no justifica su legitimación respecto de los menores sobre los que predica la desigualdad. No existe en nuestro derecho la acción popular para hacerse garante o reclamar la protección de derechos fundamentales ajenos respecto de los que no se acredita la concurrencia de un interés legítimo propio (por todas STC 220/2006, de 3 de julio FJ 8).

En lo demás la propia Orden SND/370/2020, de 25 de abril, establece en su artículo 2 la posibilidad de que los niños y niñas salgan de sus casas mediante la adopción de medidas de seguridad y protección que establece.

La misma posibilidad de salidas de menores que establece la Orden impugnada, aun con limitaciones serias, hace descartar la urgencia de la pretensión que se formula para ser resuelta "inaudita parte", sin perjuicio de lo que acordemos al resolver la pieza.

Por lo que la Sala acuerda ordenar que prosiga la tramitación del incidente como cautelar, dándose traslado a las partes para alegaciones.

Pues bien, en el Auto de 16 de mayo de 2020, en el que se desestima el recurso de reposición frente al primero, se profundiza en alguna de las peticiones del recurrente, una vez conocidas las manifestaciones tanto de la Abogacía del Estado como del Ministerio Fiscal, interesando ambos la desestimación.

En el FJ 2º de este Auto, el Tribunal razona los criterios de ponderación de los derechos fundamentales en conflicto, afirmando:

Respecto de la prevalencia del derecho a la vida, la ponderación jerarquizada de derechos fundamentales en conflicto es clara en la dogmática constitucional, con independencia de datos científicos.

El artículo 15 CE es el primero de los que integran la Sección Primera del Capítulo II del Título I de la Constitución -especialmente protegido por el artículo 53.2 CE- que garantiza el denominado "trípode vital" integrado por la vida, la integridad física, y la integridad moral. Y, por ejemplo, en el FJ 7 de la STC 32/2003, de 13 de febrero, se dice que " respecto del derecho a la vida, este Tribunal Constitucional ha declarado" [...] "que constituye el derecho fundamental esencial y troncal, en cuanto que es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible", antes de recordar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en las sentencias que enumera, ha puesto de relieve que no resulta admisible ninguna actuación de los poderes públicos que amenace la vida. Esa justificación es suficiente para lo que hemos afirmado

cauteladamente en el Auto, sin perjuicio, desde luego, de que el recurrente defienda libremente cualquier otra posición para la resolución de fondo del asunto, tras un debate procesal con las debidas garantías.

Y en el JF 3º añade:

Las normas de protección sanitaria contra la infección del coronavirus 2019 y para prevenir su contagio son evolutivas y cambiantes como la propia enfermedad [Cfr. ATC 40/2020, de 30 de abril, FJ 4 b) ii)]. La pretensión principal del recurrente ha sido la de suspensión de la vigencia de la Orden SND 370/2020, de 25 de abril, que es menos limitativa de los derechos de los menores de 14 años que el Real Decreto 492/2020, por las razones que explicamos con claridad en el auto que se impugna. Por eso si la petición de suspensión cautelar de la Orden hubiera sido atendida habría desaparecido la ampliación de derechos que contempla dicha disposición y habría que haber estado, en obligado respeto al sistema de fuentes, al nuevo artículo 7.2 del Real Decreto 492/2020, de 24 de abril, de prórroga del estado de alarma, lo que -como razonamos- habría modificado "in peius" la posición del propio actor, razón que justificó denegar su pretensión principal.

La insistencia del actor nos lleva a explicitar que, en una situación de crisis pandémica como la que padecemos, las razones a favor de suspender la normativa excepcional provisional adoptada para contrarrestar la enfermedad debieron ser tan serias y graves como para hacer difícilmente discutible la adopción de una medida provisional como la solicitada. Es claro que la Sala no apreció esa consistencia en la petición de suspensión del recurrente, criterio que ahora se confirma.

Y en el Auto de 19 de mayo, por el que se desestiman también las medidas solicitadas, ya en su versión meramente cautelar, se hace referencia con carácter previo a las consideraciones del Ministerio Fiscal, quien entiende que el actor no ofrece ni un solo argumento a efectos de justificar un *periculum in mora* o una apariencia de buen Derecho que determine la procedencia de suspender (o «subsidiariamente» permitirle circular «libremente» con su hija menor); así como a las de la Abogacía de Estado, que considera que

no procede adoptar la medida cautelar en ningún caso por no concurrir los requisitos legales para ello, porque el propio interesado no alcanza a articular en su escrito de ampliación en qué consistiría el periculum in mora; los daños a que se refiere no son los derivados de la Orden que impugna sino de los Reales Decretos por los que se declara y prorroga el estado de alarma, para cuyo enjuiciamiento recuerda que la propia Sala ha declarado su falta de jurisdicción.

Pues bien, sobre todo ello, el Tribunal expondrá sus razonamientos:

1. Sobre la inconveniencia material de suspender la Orden sanitaria (FJ 3):

La pretensión de que suspendamos cautelarmente la eficacia de la Orden SND 370/2020, de 25 de abril, tiene como fundamento el planteamiento del recurrente que reivindica su derecho de libertad, connatural a nuestro Estado social y democrático de Derecho (artículo 1.1 CE), y por ello una mayor libertad que la que resulta de la limitación que produce el actual estado de alarma; solicita así que le reconozcamos plena libertad de

circulación y de reunión para él y para su hija menor de 9 años.

En tales circunstancias tiene razón el Ministerio Fiscal cuando pone de manifiesto que, si acordásemos la medida cautelar en los términos que nos pide, y suspendiésemos la eficacia de la Orden SND 370/2020, empeoraríamos en forma paradójica la situación del actor.

Debe notarse que una suspensión de la Orden impugnada dejaría en vigor, necesariamente, el artículo 7.2 del Real Decreto 492/2020, de 24 de abril, de prórroga del estado de alarma que ha sido declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo. Así ocurriría, dada la modificación que su Disposición final primera hace del artículo 7, añadiéndole un apartado 2, en el que se dispone que los menores de 14 años podrán acompañar a un adulto responsable de su cuidado, pero sólo cuando éste realice alguna de las actividades previstas en el apartado 1 del mismo artículo 7. La Orden que se impugna en este recurso, pese a estar publicada el mismo día 25 de abril de 2020 en el BOE, y contener las limitaciones de las que se hace queja, es menos restrictiva de los derechos de los menores de 14 años que el Real Decreto 492/2020, ya que permite a los niños a los que afecta un paseo diario de un máximo de una hora de duración y a una distancia de un kilómetro de su domicilio.

Si la petición de suspensión fuera atendida desaparecería esa ampliación y habría que estar al nuevo artículo 7.2 de declaración de estado de alarma, lo que iría en perjuicio del actor, en lo que el Fiscal llama un contra amparo, razón que justifica denegar en este punto la pretensión.

2. Sobre la proporcionalidad de las restricciones contenidas en la Orden sanitaria (FJ 4):

Se queja también el recurrente del objeto mismo de la Orden impugnada y de su proporcionalidad en los siguientes extremos.

Establece ésta las condiciones en las que los niños y niñas podrán realizar desplazamientos fuera del domicilio durante la vigencia del estado de alarma y sus posibles prórrogas, y dice que a efectos de lo previsto en esa Orden se entenderá por niños y niñas las personas menores de 14 años (artículo 1). Se aduce que, al considerar niños a los menores de catorce años, la disposición produce una discriminación por edad prohibida en el artículo 14 CE, porque no se puede dejar marginados a los menores comprendidos entre los 14 y los 18 años.

Tampoco puede prosperar la suspensión con este razonamiento porque el actor dice, y la Sala acepta, que es padre de una niña menor de 9 años, pero no invoca ni justifica su legitimación respecto de los menores (de 14 a 18 años) respecto de los que predica y afirma el trato discriminatorio. No existe acción popular en nuestro Derecho para reclamar la protección de derechos fundamentales ajenos respecto de los que no se acredita la concurrencia de un interés legítimo propio (por todas STC 220/2006, de 3 de julio FJ 8), por lo que la queja no puede ser atendida, al menos en este momento procesal, sin perjuicio de lo que pueda alegarse a lo largo del proceso.

Por las mismas razones, tras alegar el actor una hija (sola) de 9 años procede rechazar, también en este momento, su queja sobre las limitaciones al paseo diario que, según el artículo 3.1 de la Orden debe realizarse «como máximo en grupos

formados por un adulto responsable y hasta tres niños o niñas», porque no se justifica tampoco que ese límite, al margen de su mayor o menor proporcionalidad, pueda afectarle, y que esté provisto de un interés legítimo para atacarlo en ese extremo.

3. Sobre la ponderación de los derechos fundamentales en conflicto (FJ 5°):

Sin embargo, el recurrente solicita como medida cautelar positiva que se le permita circular libremente con su hija menor, reunirse con sus amigos y desplazarse con dicha hija a una segunda residencia que dice poseer en la localidad gerundense de DIRECCION 0000.

Atendiendo a las alegaciones que formula, y en una ponderación de los intereses en presencia, hay que prever que, en caso de que accediéramos a la pretensión que se formula, existirían riesgos de contagio por la enfermedad del llamado Covid-19 que el propio recurrente no niega ni desconoce. Esos contagios irrogarían daños que podrían afectar en forma indudable a la integridad física del recurrente, a su propia vida, a la de su hija o a la de terceros.

De esa afirmación, que no se enerva en las circunstancias de crisis sanitaria que existe en la actualidad, entran en consideración y ponderación necesaria otros derechos fundamentales, como el de la integridad física y el derecho a la vida (artículo 15 CE) que consideramos son prevalentes y superiores a la libertad de circulación o de reunión que se invoca.

La misma posibilidad de salidas de menores que establece la Orden impugnada, aun con limitaciones, nos lleva a denegar la pretensión que se formula, al afirmar además que es posible

para esta Sala resolver en sentencia sobre el fondo de la cuestión que se nos plantea en un plazo razonable.

Por lo que la Sala acuerda denegar la suspensión y la medida cautelar positiva solicitada contra la Orden SND 370/2020, de 25 de abril, sobre las condiciones en las que deben desarrollarse los desplazamientos por parte de la población infantil durante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

Como conclusiones del contenido de estos tres Autos de la máxima instancia jurisdiccional española, en un caso reciente de conflicto entre derechos fundamentales e interés general, se pueden extraer diversas conclusiones; alguna meramente procesales y otras más sustantivas.

Entre las primeras destaca la nunca suficientemente recordada necesidad de que los profesionales de la abogacía evalúen detalladamente sus pretensiones para evitar el absurdo de empeorar su situación jurídica si les resultan estimadas (remedando la antigua chanza típica de las facultades de derecho en la que para destacar la falta de pericia de un letrado se decía eso de que «el Fiscal le pedía 3 años, pero le pusieron 9 tras la intervención de su abogado defensor»). El derecho administrativo es un sector particularmente complejo del ordenamiento jurídico, con una notable profusión de normas y disposiciones de diverso rango que proyectan sus efectos de forma cruzada; por ello, es absolutamente necesario hacerse previamente una composición clara de las normas que regulan el conflicto jurídico que vamos a abordar, no sea que al pedir la suspensión o anulación de la que

nos ocasiona alguna lesión, vayamos a quedar en una posición peor porque vuelvan a entrar en vigor otras normas que nos provocaban aún un perjuicio mayor; éste era precisamente el supuesto de una de las pretensiones del recurrente en el caso que nos ocupa, tal y como el Ministerio Fiscal y el propio Tribunal se toman la molestia de advertirle.

Otra llamada de atención en el orden procesal es la que se contiene al negar al recurrente legitimación para instar el reconocimiento de derechos respecto de individuos o grupos a los que no puede legítimamente representar; tal y como ocurre con nuestro actor al pretender atribuirse la legitimación activa de todos los menores españoles de 14 a 18 años, cosa que, evidentemente, es rechazada por la Sala. Es decir, no sólo tenemos que estudiar muy bien qué es lo que pedimos, sino la legitimación efectiva que podemos ostentar para hacerlo, evitando así admoniciones más o menos veladas por parte de los tribunales de justicia.

Y ya en el plano sustantivo, lo realmente destacable de las resoluciones estudiadas es el proceso de ponderación y balance que necesariamente se ha de llevar a cabo ante situaciones de conflicto de derecho fundamentales entre sí o entre estos y el interés general; como es sabido, el carácter universal, absoluto, personalísimo e irrenunciable de los derechos fundamentales no les convierte en modo alguno en derechos ilimitados; todos los derechos están sujetos a límites, y en el caso de los que tienen naturaleza fundamental por su íntima conexión con la dignidad de la persona,

esos límites están determinados en la norma constitucional y han de ser ponderados de forma casuística en cada proceso jurisdiccional, sin que sean admisibles decisiones preestablecidas, ni en uno ni en otro sentido. Y así, como el Tribunal Supremo señala, ha de resolverse siempre mediante «una ponderación de los intereses en presencia».

Sobre el alcance de la investigación judicial ante las denuncias por violencia de género

Analizaremos a continuación la Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, número 87/2020, de 20 de julio, dictada en el recurso de amparo número 6127/2018, promovido por doña M.V.A. contra los autos, de 11 de julio de 2018 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 3 de Madrid, que acordó el sobreseimiento provisional y archivo de las diligencias previas núm. 822-2017; y de 25 de octubre de 2018 de la Sección Vigésimoséptima de la Audiencia Provincial de Madrid, que desestimó el recurso de apelación formalizado por aquella contra la anterior resolución. Ha intervenido en el recurso el Ministerio Fiscal y ha sido ponente el magistrado don Antonio Narváez Rodríguez.

Los antecedentes del caso son los siguientes.

El día 11 de agosto de 2017 la ahora demandante de amparo doña M.V.A. presentó escrito de denuncia contra su marido don F.S.C. en el decanato de los juzgados de Madrid, en el que le atribuía la comisión de hechos presuntamente constitutivos de los delitos de coacciones e injurias. De modo resumido, alegaba:

- (i) Que en el mes de abril de 2017 su esposo había abandonado el domicilio familiar, habiendo convenido ambos en la formulación de una demanda de divorcio con liquidación de la sociedad de gananciales.
- (ii) Que, desde la indicada fecha, el denunciado había venido adoptando una serie de comportamientos dirigidos a conseguir que aquella firmara una propuesta de convenio regulador perjudicial para sus intereses, tratando de doblegar para ello su voluntad. A tal efecto, destacaba que el denunciado, con holgada situación económica, habría puesto obstáculos a la actora para acceder al dinero y a otros recursos de carácter ganancial, de los que dependía económicamente, con objeto de que aquella firmara la propuesta de divorcio y abandonara la vivienda familiar, reconociendo así que carece de derechos sobre la misma, pese a haber sido abonada en su mayor parte con dinero ganancial. La demandante acompañaba sus afirmaciones de dos justificantes bancarios de transferencias (por importes de 600 y 1000 €) que, según manifestaba, eran los únicos que habría recibido en fechas 26 de abril y 24 de mayo de 2017, por los conceptos de «adelanto indemnización [de] separación» y «adelanto indemnización [de] divorcio», así como de capturas de pantalla relativas a conversaciones presuntamente habidas entre ambos.
- (iii) Que, al no haber logrado su propósito, el denunciado había conminado a la denunciante con revelar a la hija de ésta (hija no común)

un hecho íntimo y vinculado a su concepción que, hasta entonces, habían decidido mantener reservado. En apoyo de esta afirmación, adjuntaba el contenido de un correo electrónico supuestamente remitido por el denunciado a la hija de la denunciante el día 15 de junio de 2017.

(iv) Que el día 7 de julio siguiente, el denunciado se había personado en una vivienda de su privativa titularidad, sita en la localidad de Noia, pero de uso familiar porque en ella residía los veranos y por motivos vacacionales la hija de la denunciante, para cambiar la cerradura de la puerta del inmueble, aprovechando una ausencia de ésta, y así impedir su acceso a la demandante y a su hija. Agregaba a lo expuesto que, aun cuando tal hecho había sido objeto de denuncia individualizada por parte de la hija de la demandante, el mismo iba acompañado de otras conversaciones entre denunciante y denunciado sobre la conveniencia por parte de aquella de firmar la propuesta de divorcio que le había remitido el denunciado.

(v) Que, en fechas 20 y 21 de julio de 2017, se cruzaron varios correos electrónicos entre el denunciado y la hija de la denunciante, en los que aquel se refería a la denunciante con términos como «ladrona», «psicópata» y «parásito».

(vi) Que, finalmente, durante los años de convivencia el denunciado había venido sometiendo a la denunciante a gritos y alusiones continuas a su escasa valía y a sus supuestos problemas psicológicos,

manteniéndola bajo una continua tensión emocional que había desembocado en una depresión, para cuya curación estaba precisando tratamiento farmacológico y terapéutico. Tal circunstancia había sido reconocida por el propio denunciado en algunos de sus correos electrónicos, en los que mostraba su arrepentimiento hacia la denunciante, adjuntándose copia de los mismos en forma de capturas de pantalla.

La denuncia fue turnada al Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 3 de Madrid, que abrió diligencias previas y acordó la práctica de las siguientes actuaciones de investigación:

- (i) Oír en declaración a la denunciante, con instrucción de sus derechos y ofrecimiento de acciones;
- (ii) Oír en declaración al denunciado, con instrucción de sus derechos y acordar, dado el caso, su reconocimiento médico forense para la emisión del informe oportuno; y
- (iii) Recabar la hoja histórico penal del denunciado.

Tras prestar declaración, la denunciante se personó en la causa como acusación particular e interesó la práctica de más diligencias de investigación, a saber:

- (i) La unión a las actuaciones, como prueba documental, del certificado médico adjuntado al escrito y extendido el 6 de noviembre anterior, en el que se hacía constar que la demandante acudió a consulta en el verano de

2015, siendo su segunda vez, y refirió ya entonces preocupación «por su marido, que de forma progresiva la agrede verbalmente», presentando «un estado depresivo-ansioso grave, reactivo a la consolidación de maltrato psicológico», que llevó a que un año antes de la fecha de emisión de este certificado se le prescribieran antidepresivos y ansiolíticos, recomendando baja laboral;

- (ii) Con fundamento en dicho certificado médico, solicitaba la emisión de informe pericial por parte del psicólogo adscrito a la unidad de valoración forense integral de ese juzgado, con el fin de que analizara posibles rasgos psicológicos en la demandante, compatibles con vivencias de maltrato continuado;
- (iii) Finalmente, interesaba nueva citación para el cotejo de cuantos mensajes y correos electrónicos reflejaba la denuncia, «al no haber sido posible su realización en la última fecha en que fue citada» (31 de octubre de 2017).

La magistrada actuante denegó las diligencias interesadas hasta que no se tomase declaración al denunciado y, como ésta no se pudo practicar al no localizarle, acordó el sobreseimiento provisional; lo que fue recurrido por la denunciante.

El juzgado penal consiguió al fin localizar al denunciado el día 11 de julio de 2018, con ocasión de su comparecencia en el proceso civil de divorcio. En su declaración negó los hechos, narró que la hija había sido concebida como

consecuencia de una violación, no reconoció la remisión de los correos electrónicos aportados por la denunciante y que ignoraba que ésta hubiese recibido tratamiento psicológico.

El mismo día, el Juzgado de Violencia núm. 3 de Madrid dictó auto por el que acordó el sobreseimiento provisional de las actuaciones, al no apreciar indicios de la comisión de los delitos de maltrato habitual y coacciones en el ámbito familiar, que había sido objeto de denuncia.

La denunciante recurrió en apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid, en donde la Sección Vigésimoséptima de su Sala Penal, por Auto de 25 de octubre, desestimó el recurso confirmado el sobreseimiento y archivo de las actuaciones.

Frente a ello, la denunciante presentó ante el Tribunal Constitucional demanda de amparo se dirige contra el Auto, dictado por el juzgado instructor de las diligencias, que acordó el sobreseimiento provisional y subsiguiente archivo de las actuaciones, así como contra el posteriormente dictado, en trámite de apelación, por la Audiencia Provincial de Madrid, que confirmó aquella decisión.

Alega en su demanda que ambas resoluciones vulneran su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), como garantía de una resolución judicial motivada, razonada y razonable. Tal queja es tributaria de la vertiente de aquel mismo derecho fundamental que consiste en obtener una investigación eficaz de lo denunciado, acorde con el canon establecido en el art. 49.2 del Convenio de Estambul, sobre prevención y lucha

contra la violencia sobre la mujer y la violencia doméstica. Argumenta al efecto que:

1. El origen de la infracción de sus derechos proviene de la decisión de sobreseer, dictada de forma irrazonable y erróneamente motivada por parte del juzgado, que ha impedido una investigación efectiva de los hechos, a pesar de que podrían haber quedado acreditados con las diligencias que había solicitado la demandante, en cuanto acusación particular personada, y que dejó aquel sin proveer, al haber decidido sobreseer inmediatamente después de que el denunciado prestara declaración en calidad de investigado.
2. Que el Auto judicial recoge información que no se encuentra en el procedimiento penal y cuya fuente no cita, para insinuar cierto ánimo espurio en la denunciante. Así, cita al respecto un pasaje de la resolución que dice: «es significativo que la denunciante formule precisamente la denuncia cuando el investigado presentó la demanda de divorcio en el mes de julio de 2017». Sin embargo, la demandante señala que lo cierto fue que los mensajes del denunciado habían sido enviados entre mediados y finales de julio de 2017 y la denuncia fue interpuesta a primeros de agosto; por tanto, en fecha anterior a que la demanda de divorcio que presentó el denunciado ante un juzgado de primera instancia de Madrid fuera admitida a trámite, que lo fue el día 26 de septiembre de 2017, por lo que difícilmente la demandante podía tener

conocimiento de su existencia o, por lo menos, no consta en tal sentido en las actuaciones.

3. Que el juzgado también minimiza el contenido de los mensajes remitidos por el denunciado —incluso de aquellos en los que reconoce haber sido agresivo con la denunciante, solicitando su perdón— desde una valoración psicológica, en lugar de jurídica, y describe lo que la doctrina denomina «ciclo de violencia» —agresividad, maltrato, arrepentimiento, perdón y vuelta a empezar— con actitud benevolente, tildando lo ocurrido de victimismo por parte de quien quiere reconducir una relación, reconociendo aquello que ha hecho mal.
4. Por otro lado, y, en relación a la resolución de la Audiencia Provincial de Madrid, la demandante considera que el órgano de apelación ha venido a desmarcarse del criterio de instancia para reconocer —también desde una valoración alejada de lo jurídico— que la denunciante ha sido el sujeto pasivo de una actitud por parte del denunciado que debe calificarse de inmoral y poco ética, mas no delictiva.
5. Para la actora, aun aceptando que su declaración y la del denunciado puedan entenderse contradictorias entre sí, debió profundizarse en la investigación de los hechos a tenor del informe médico aportado, dada la referencia que en él se hace a las consultas realizadas desde el año 2015 como consecuencia de una situación de agresividad verbal, que habría llevado a la denunciante a un cuadro de depresión. Ello debería haber

conducido a que, tal y como solicitó, el juzgado hubiera profundizado sobre la cuestión recabando una valoración profesional de índole psicológica sobre la situación de maltrato alegada.

6. En lugar de ello, el juzgado cerró la investigación mediante una resolución que no motivó las razones por las que había obviado la práctica de las diligencias expresamente interesadas por la demandante, como acusación personada en las actuaciones, que habían sido apoyadas por el Ministerio Fiscal, por lo que, con este proceder, el juzgado ha infringido el canon de motivación reforzada que, más allá del art. 24 CE, se desprendería del Convenio de Estambul anteriormente citado, lesionándole su derecho a la tutela judicial efectiva. Agrega a lo expuesto que, similar criterio cabe extraer de la doctrina establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 2 de mayo de 2017, asunto B.V. c. Bélgica, § 56 y 57, por remisión al asunto Armani Da Silva c. Reino Unido). En suma, el derecho de la demandante a una investigación y un procedimiento efectivos no devino garantizado por el juzgado de violencia sobre la mujer.

Interesa finalmente, en el suplico,

que se declare vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente, anulando el auto de sobreseimiento, así como el dictado en apelación y confirmatorio de la decisión, acordándose una retroacción de las actuaciones “compatible con los principios y derechos del

Convenio de Estambul, sobre la práctica de las pruebas solicitadas por la acusación particular.

Tras la admisión a trámite del recurso de amparo, se dio traslado del mismo al denunciado y al Ministerio Fiscal; éste último pidió el otorgamiento del amparo solicitado.

Pues bien, con estos antecedentes y ante los alegatos de las partes, el Tribunal Constitucional dicta sentencia sobre las siguientes consideraciones:

1. El ejercicio de la acción penal no otorga a sus titulares un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso penal; tampoco impone a los órganos judiciales la obligación de realizar una investigación más allá de lo necesario, alargando indebidamente la instrucción o el proceso (SSTC 176/2006, de junio, FFJJ 2 y 4; 34/2008, de 25 de febrero, FJ 2, o 26/2018, de 25 de febrero, FJ 2).
2. La tutela judicial efectiva del denunciante o querellante es satisfecha por la resolución judicial que acuerde la terminación anticipada del proceso penal, sin apertura de la fase de plenario, cuando aquella se asiente sobre una razonada y razonable concurrencia de los motivos legalmente previstos para acordar el sobreseimiento, libre o provisional (arts. 637 y 641 LECrim y, dado el caso, art. 779.1.1 LECrim). Por el contrario, habrá vulneración de este derecho si la decisión judicial de no proseguir con la indagación penal afecta, en cualquiera de esos momentos procesales, a diligencias oportunamente solicitadas por el

- recurrente, parte en el proceso judicial, que incidan en su derecho a la utilización de medios de prueba; o también cuando, realizadas estas de modo bastante, se vea afectada la determinación de lo sucedido a partir de las mismas o bien la calificación jurídica de los hechos que se constatan (STC 26/2018, de 5 de marzo, FJ 3).
3. La efectividad del derecho a la tutela judicial coincidirá en estos casos con la suficiencia de la indagación judicial. Dependerá, pues, no solo de que la decisión de sobreseimiento esté motivada y jurídicamente fundada, sino también de que la investigación de lo denunciado haya sido suficiente y efectiva, ya que la tutela que se solicita consiste inicialmente en que se indague sobre lo acaecido. La suficiencia y efectividad de la investigación solo pueden evaluarse valorando las concretas circunstancias de la denuncia y de lo denunciado, así como la gravedad de lo denunciado y su previa opacidad (SSTC 34/2008, FJ 4, y 26/2018, FJ 3), de tal manera que habrá vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva cuando no se abra o se clausure la instrucción existiendo sospechas razonables de la posible comisión de un delito y revelándose tales sospechas como susceptibles de ser despejadas mediante la investigación.
 4. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha recalcado el deber que incumbe a los Estados firmantes del Convenio de Roma de reforzar su actuación en las áreas de prevención, protección y castigo de aquellas conductas que, dentro de su respectiva jurisdicción, puedan implicar una vulneración de los derechos a la vida y a la interdicción de la tortura y los tratos inhumanos y degradantes (arts. 2 y 3 CEDH) en el ámbito de la vida privada y la intimidad familiar (art. 8 CEDH), de modo tal que se elimine toda pasividad, omisión, ineficacia o negligencia del Estado en las labores de prevención y protección, pero también de falta de la debida diligencia en las labores de investigación allí donde se revele necesaria. Lógicamente, el deber de protección eficaz solo puede concurrir si en el caso concreto existió un efectivo conocimiento de los hechos o la posibilidad de conocerlos por parte de las autoridades y sus agentes, adoptando medidas tendentes a reducir o minimizar ese riesgo, siempre desde el pleno respeto a los derechos y garantías procesales del investigado (SSTEDH de 28 de octubre de 1998, asunto Osman c. Reino Unido, § 116, y de 9 de junio de 2009, asunto Opuz c. Turquía § 129).
 5. Más recientemente, con ocasión del asunto Talpis c. Italia (STEDH de 2 de marzo de 2017), el Tribunal de Estrasburgo ha reiterado el deber de diligencia en el tratamiento de las denuncias por violencia doméstica. Recuerda, en este sentido, que los niños y demás personas vulnerables en el ámbito familiar tienen derecho a una prevención eficaz, preservándolos frente a formas particularmente graves de ofensa a la integridad de su persona. Ello implica el deber de establecer un sistema judicial eficaz e independiente que permita determinar las

causas de delito cometido, así como de sus responsables (STEDH de 2 de marzo de 2017, asunto Talpis c. Italia, § 98 y 99, por remisión a la STEDH de 9 de junio de 2009, asunto Opuz c. Turquía, § 159). El tribunal, asimismo, ha insistido en que, en estos casos, el deber de diligencia exigible a las autoridades estatales resulta inherente a la obligación de investigar e implica, también, rapidez de respuesta o reacción a la hora de recabar y custodiar los vestigios de delito de forma inmediata o, al menos, tan pronto como sea posible, así como de practicar cuantas diligencias de prueba resulten pertinentes en un plazo razonable, evitando en esta tarea toda discriminación o desigualdad entre las partes (STEDH de 12 de abril de 2016, asunto M.C. y A.C. c. Rumanía, § 71-73 y 110-113).

6. El comportamiento exigible del órgano judicial en modo alguno implica la obligación de admitir o practicar cualesquiera diligencias, sino únicamente aquellas que se evidencien como pertinentes y relevantes a los fines pretendidos. Pero deberá continuar la tarea de investigación mientras, subsistiendo la sospecha fundada de la comisión de los hechos de que se ha tenido noticia y de su relevancia penal, resulte necesario profundizar en su indagación. Hay que tener en consideración que, en ocasiones, el marco de privacidad o clandestinidad en el que aparecen contextualizados los hechos objeto de una denuncia de esta naturaleza, o bien sus propias características fácticas, determinan que se carezca de evidencias físicas que apoyen la versión del suceso que puedan

proporcionar quienes aparecen en el proceso como denunciante o como denunciado. Con frecuencia, sus respectivos testimonios no solo presentan diferencias, sino que entran en abierta contradicción entre sí.

Aplicando la doctrina expuesta al caso de autos, el Tribunal Constitucional dirige a los órganos judiciales instructores los siguientes reproches:

1. El juzgado, en la investigación de unos hechos en los que la ahora recurrente había denunciado, además de la comisión de un presunto delito coacciones, el haber sufrido maltrato psicológico habitual en el ámbito familiar por parte del esposo, no dio respuesta alguna acerca de si las diligencias que habían sido promovidas por la demandante, constituida como acusación particular, tenían o no relación con los hechos denunciados y podían servir o no para su acreditación y esclarecimiento.
2. Aceptada por el juzgado la incorporación a las actuaciones, como documental, de un certificado médico en el que se describían circunstancias anímicas en la demandante, que invocaba esta como susceptibles de acreditar una conexión con los hechos objeto de denuncia, la solicitud que, ligada al mismo, efectuó proponiendo someterse a una exploración forense de índole psicológica, era una diligencia de investigación que, prima facie, no podemos considerar como inconveniente por insólita, inadecuada o extraña a los hechos denunciados (STEDH de

- 30 de octubre de 2012, asunto E.M. c. Rumanía).
3. Una vez recibida la declaración a don F.S.C. en calidad de investigado, el juzgado acordó en el mismo día el sobreseimiento provisional y el archivo de las actuaciones. Decidió que los mensajes y correos que obraban en el atestado no tenían ninguna relevancia penal, sin ni siquiera haber cotejado judicialmente los mismos y desarrollado una investigación sobre su contenido. En el mismo sentido, tampoco resolvió sobre las diligencias de investigación propuestas por la denunciante, en su calidad de acusación particular personada, a los efectos de poder acreditar el supuesto maltrato habitual que había denunciado. No reflejó razón ni pronunciamiento alguno sobre la práctica de la pericial psicológica que aquella había propuesto y que, en una primera aproximación, no cabría entender como extravagante en relación con los hechos, sino, por el contrario, en consonancia con tales alegaciones de maltrato. La pretensión de práctica de prueba quedó así irrazonablemente incontestada, omitiéndose todo juicio de relevancia que permitiera a la demandante conocer y, en su caso, rebatir en vía de recurso las razones por las que cabría entender impertinente, inconveniente o innecesaria su realización
 4. La investigación de los hechos se ciñó, en fin, a recabar la declaración de ambas partes en el conflicto y adjuntar al proceso la documental aportada por la denunciante. Obvió, en

cambio, la instructora realizar cualesquiera otras diligencias que, bien interesadas por las partes, bien deducibles de oficio, pudieran presentarse como idóneas a resultados de esos mismos testimonios. Al proceder de este modo el juzgado a quo incumplió su deber de investigar sobre los hechos desde la específica atención a las circunstancias del caso, habiendo decidido archivar las actuaciones sin antes haber despejado la sospecha fundada sobre los hechos y su relevancia penal, siendo estos susceptibles de una indagación más profunda.

5. En definitiva, las resoluciones judiciales impugnadas lesionaron de este modo el derecho de la actora a obtener una investigación suficiente y eficaz que demandaba sus exigencias de tutela judicial efectiva. Tal conclusión hace innecesario el examen de la segunda de las quejas expresadas en la demanda, vinculada a la motivación desde la que las resoluciones judiciales traídas en amparo acuerdan el archivo del proceso.

Por todo ello, la decisión del Tribunal es unánime y la Sala acuerda:

1. Declarar vulnerado el derecho de la demandante a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), en su vertiente del derecho a obtener una investigación suficiente y eficaz en el curso de un proceso penal.
2. Restablecerla en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad del auto de 11 de julio de 2018 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer

núm. 3 de Madrid (diligencias previas núm. 822-2017), así como del auto de 25 de octubre de 2018 de la Sección Vigésimoséptima de la Audiencia Provincial de Madrid (recurso de apelación núm. 2114-2018).

3. Retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictarse la primera de las mencionadas resoluciones, con el fin de que el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 3 de Madrid dicte otra nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

Dos conclusiones, a efectos prácticos, podemos extraer de la sentencia analizada; la primera se refiere a la necesidad de no cejar en la defensa de los intereses que se le encomiendan al abogado, agotando todas las instancias procesalmente viables, sin tirar la toalla frente a decisiones que consideremos injustas o no ajustadas a Derecho; como en el caso estudiado, al final, es posible encontrar satisfacción para nuestras pretensiones si persistimos en la lucha; la segunda, en un orden sustantivo -aunque vinculado al ámbito procesal-, supone una llamada de atención sobre la necesaria naturaleza de las diligencias de investigación penal en sede judicial, que no pueden limitarse a una mera formalidad aparente, sino que deben entrañar actuación investigadora real, eficaz y contradictoria, máxime en contextos sobre los

que se proyecta habitualmente la privacidad y la opacidad, como la familia, en los que no puede considerarse nunca suficiente una simple mirada superficial, sino que el juez -de oficio o a instancia del abogado- debe agotar sus posibilidades instructoras en favor de la justicia y de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Conflicto de intereses:

El autor declara que no existen conflictos de intereses

Fecha de enviado: 24/08/2020

Fecha de aceptado: 30/08/2020