

SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

24494 *Sala Segunda. Sentencia 131/2023, de 23 de octubre de 2023. Recurso de amparo 3409-2021. Promovido por doña M.C.I.T., en relación con los autos de la Audiencia Provincial de Almería y un juzgado de primera instancia e instrucción de Vera acordando el sobreseimiento provisional de causa por un delito de abusos sexuales. Supuesta vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías: resoluciones judiciales que valoran adecuadamente el interés superior de un menor en la investigación penal. Voto particular.*

ECLI:ES:TC:2023:131

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por la magistrada doña Inmaculada Montalbán Huertas, presidenta, y las magistradas y magistrados doña María Luisa Balaguer Callejón, don Ramón Sáez Valcárcel, don Enrique Arnaldo Alcubilla, don César Tolosa Tribiño y doña Laura Díez Bueso, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 3409-2021, promovido por doña M.C.I.T., representada por la procuradora doña Concepción Hoyos Moliner y asistida por el letrado don José Luis Alabarce Sánchez, contra el auto dictado el 1 de julio de 2020 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Vera, por el que se acordaba el sobreseimiento provisional de las diligencias previas 585-2019, y contra el auto dictado el 26 de marzo de 2021 por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Almería, por el que se desestimó el recurso de apelación interpuesto contra aquella resolución. Ha comparecido en el procedimiento don D.Z.H., representado por el procurador don Enrique Fernández Aravaca y defendido por el letrado don Francisco Torres Arteaga. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido ponente la magistrada doña Inmaculada Montalbán Huertas.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en el registro de este tribunal el 25 de mayo de 2021, la representación procesal de doña M.C.I.T., interpuso demanda de amparo contra las resoluciones que se citan en el encabezamiento.

2. Los hechos relevantes para resolver el recurso de amparo son los siguientes:

a) Denuncia por abusos sexuales sobre menor ante la Guardia Civil y reconocimiento médico: A las 09:30 horas del día 13 de octubre de 2019 doña M.C.I.T., compareció en el cuartel de la Guardia Civil de Garrucha (Almería) con la intención de formular denuncia contra su expareja, don D.Z.H., a quien atribuía la comisión de un delito de abusos sexuales sobre el hijo de ambos, J.Z.I., de cinco años. Los agentes que le atendieron en ese momento le derivaron al hospital La Inmaculada de Huerca Overa (Almería) en ejecución del protocolo para abusos sexuales.

A las 12:00 horas del mismo día el hijo de doña M.C.I.T., y don D.Z.H., fue examinado en el hospital La Inmaculada por el pediatra de guardia y el médico forense asignado al caso por el instituto de medicina legal de Almería. El forense informó por escrito que «[e]l menor relata tocamientos en sus genitales por parte del padre, no se observan lesiones en el área genital, ni en el resto del organismo. Buen estado psíquico».

b) Denuncia formulada ante la Guardia Civil: A las 10:30 horas del día 14 de octubre de 2019 doña M.C.I.T., compareció nuevamente ante la Guardia Civil de Garrucha a fin de prestar declaración y manifestó que: (i) se encontraba separada del padre de su hijo, don D.Z.H., desde hacía cuatro años, habiéndose establecido por el juzgado de Vera un régimen de visitas entre el padre y el hijo consistente en fines de semana alternos, pero que, *de facto*, venía cumpliéndose mediante visitas semanales que se llevaban a cabo todos los sábados; (ii) en el transcurso de la visita que don D.Z.H., realizó a su hijo el sábado 12 de octubre en el domicilio materno porque el menor se encontraba enfermo, sorprendió al padre con la mano derecha introducida en el pantalón del niño por la zona de la pierna izquierda, realizándole tocamientos en los genitales, mientras ambos estaban echados en el sofá *chaise longue* del salón de la vivienda; (iii) en ese momento gritó «¿qué está pasando aquí?», ante lo cual don D.Z.H., retiró la mano y el niño contestó «uyyyy ... que nos han pillao», y, tras desplazarse a otra zona del salón, añadió «estamos jugando con la mano del papá», lo que provocó que don D.Z.H., dirigiera una mirada amenazante al menor, que volvió a insistir «estábamos jugando ... y con el pie»; (iv) en el transcurso de esta acción doña M.C.I.T., pudo observar que el niño estaba en estado de erección y trataba de ocultarlo con las manos; (v) tras el incidente subió con su hijo a la planta superior de la vivienda y don D.Z.H., se quedó en el salón, echado en el sofá; (vi) durante la tarde de ese día trató de hacer que su hijo le contase lo que había sucedido, lográndolo finalmente gracias a la ayuda de unos cuentos infantiles para prevenir abusos sexuales a menores que encontró en Internet, relatándole el niño que cuando la declarante entró en el salón «el papá le estaba tocando el pito» y que con la mirada que le echó entendió que no debía decir nada, manifestaciones que ella misma grabó con su teléfono móvil y aportó a la Guardia Civil de Garrucha; (vii) en otro momento de la tarde del mismo día 12 de octubre el niño le contó que el padre le hacía verificar si ella se encontraba en algún lugar cercano desde donde pudiera verlos, preguntando seguidamente «tú ¿cómo lo has sabido?», y cuando ella respondió que estaba detrás de la puerta al bajar desde la planta de arriba, el niño replicó «si detrás de la puerta no había nadie, ¿cómo lo has sabido?»; (viii) durante esa noche se puso en contacto telefónico con la Fundación Ayuda a Niños y Adolescentes en Riesgo (ANAR), y fueron los profesionales que le atendieron quienes le indicaron que debía formular la correspondiente denuncia, cosa que hizo a la mañana siguiente; (ix) durante la espera en el hospital, al que había sido derivada por la Guardia Civil, el niño volvió a preguntarle «¿es que las otras veces también me has visto?»; (x) ella salió entonces de la consulta para transmitir al agente de la policía judicial que les había acompañado lo que el menor acababa de preguntarle, y cuando el agente preguntó al niño si esto había sucedido más veces, el niño respondió «a lo mejor no, pero creo que sí».

c) Auto del juzgado incoando diligencias previas y ordenando la práctica de diligencias: El 28 de octubre de 2019 el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Vera dictó auto incoando las diligencias previas 585-2019 y acordó, como diligencias de investigación a practicar, la declaración de doña M.C.I.T., con ofrecimiento de acciones, la declaración de don D.Z.H., en calidad de investigado, el reconocimiento forense del menor y la incorporación a las actuaciones de la hoja histórico-penal del investigado.

d) Declaración de la denunciante: El 30 de octubre de 2019 doña M.C.I.T., prestó declaración en sede judicial y ratificó la prestada ante la Guardia Civil de Garrucha, aclarando que tras decirle su hijo que «estaba jugando con la mano del papá», ella decidió no decir nada y subirse a la planta superior de la vivienda sola, mientras don

D.Z.H., y el niño se echaban la siesta en el salón, aunque ella subía y bajaba para controlar y ver lo que iba pasando, y que fue precisamente durante este intervalo de tiempo que buscó en internet pautas para reaccionar ante la situación, y encontró los cuentos infantiles que facilitaron a su hijo el relato de lo ocurrido.

e) Declaración del denunciado en calidad de investigado: El 31 de octubre de 2019 don D.Z.H., prestó declaración como investigado en sede judicial, y negó los hechos relatados por doña M.C.I.T. Manifestó que el día 12 de octubre transcurrió sin incidencia o pelea de ninguna clase hasta el momento en que él se dispuso a abandonar la vivienda de doña M.C.I.T. En ese momento se produjo una discusión entre ellos debido a que él reclamaba su derecho a cumplir las visitas en el modo estipulado en la sentencia –con pernocta– y la madre se negaba a ello porque, como consecuencia de una enfermedad crónica que sufre el niño, tiene un sentido de sobreprotección exagerado y considera que él no se encuentra capacitado para tenerlo consigo. Afirmó que en el transcurso de esa discusión él le dijo a doña M.C.I.T., que tomaría las medidas legales oportunas para que se ejecutase la sentencia en sus propios términos, y doña M.C.I.T., respondió que ella tomaría las medidas legales oportunas para que no se llevara al niño.

f) Oficio a la Fundación Márgenes y Vínculos: El 11 de noviembre de 2019 se dictó por el juzgado providencia acordando oficiar a la Fundación Márgenes y Vínculos, encargada por la Junta de Andalucía de desarrollar el programa de evaluación, diagnóstico y tratamiento de menores víctimas de violencia sexual en la provincia de Almería, a fin de que efectuase seguimiento y evaluación del hijo menor de doña M.C.I.T., y don D.Z.H., y, a la vista del mismo, informase acerca de la conveniencia y utilidad de efectuar una prueba preconstituida de exploración del menor.

g) Personación de doña M.C.I.T., como acusación particular: El 14 de enero de 2020 doña M.C.I.T., solicitó al juzgado el nombramiento de abogado de oficio para su hijo menor, procediendo el Colegio Oficial de Abogados de Almería el mismo día a designar provisionalmente al letrado don Miguel Sánchez Sánchez. El día 20 de enero, el Colegio Oficial de Abogados de Almería comunicó al juzgado la designación de la procuradora doña Isabel María Sáez Alcázar y del letrado don Francisco Campra Madrid para asumir, respectivamente, la representación y defensa de doña M.C.I.T., en la causa.

h) Informe de la Fundación Márgenes y Vínculos: El 1 de junio de 2020 fue incorporado a la causa el informe de evaluación y diagnóstico elaborado por la Fundación Márgenes y Vínculos. Tras exponer la metodología seguida para su elaboración –que incluyó tres entrevistas con el menor y dos con la madre, todas ellas desarrolladas en febrero de 2020–, hacía una descripción del niño, de su entorno y del relato que hizo de los episodios de violencia sexual infantil durante las entrevistas. Finalmente recogía las siguientes conclusiones: (i) el menor verbalizó durante las sesiones de evaluación haber sufrido tocamientos en el pene por parte de su padre; (ii) el testimonio del menor podía catalogarse de «poco creíble» en relación a los supuestos hechos relatados, atendiendo a la valoración conjunta de los resultados del análisis de contenido basado en criterios (CBCA; Steller y Köehnken, 1989) y del listado de validez; (iii) pese a que en el análisis del testimonio ofrecido por el menor se detectaban elementos centrales, estos presentaban inconsistencias y falta de coherencia que afectaban directamente a la validez del testimonio, a lo que se sumaban factores, como la diferencia en los vínculos de apego hacia sus dos progenitores y el contexto de revelación, que habían podido influir en sus verbalizaciones y la interpretación que hacía de sus experiencias; (iv) J. verbalizaba otros supuestos episodios que, si bien le incomodaban y disgustaban, carecían de características suficientes que resultasen compatibles con violencia sexual; (v) pese a que el menor expresaba enfado ante el hecho de que su padre hubiera mantenido los supuestos tocamientos hacia él, rechazando esta conducta y valorándola negativamente, en el momento de la evaluación no se detectaba sintomatología clínica significativa relacionada directamente con la hallada en la literatura científica sobre violencia sexual; (vi) el testimonio ofrecido por el menor durante la evaluación no resultaba compatible con una situación de violencia

sexual. Del informe de la Fundación Márgenes y Vínculos se dio traslado al Ministerio Fiscal y al letrado don Miguel Sánchez Sánchez.

i) Petición de sobreseimiento del Ministerio Fiscal: Por informe de 17 de junio de 2020 el Ministerio Fiscal interesó el sobreseimiento provisional de la causa al amparo de los arts. 641.2 y 779.1.1 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrím), por considerar que no quedaba suficientemente acreditada la perpetración de la infracción penal a la vista del referido informe.

j) Personación de doña M.C.I.T., con representación y defensa de libre designación: A través de escrito de 8 de junio de 2020, doña M.C.I.T., solicitó formalmente su personación en la causa, designando procurador y letrado de libre elección para asumir su representación y defensa, respectivamente, y el día 29 de junio llevó a cabo la comparecencia *apud acta* ante el juzgado para formalizar el poder de representación concedido a tales profesionales. En el mismo acto se dio traslado del informe de la Fundación Márgenes y Vínculos a doña M.C.I.T.

k) Auto de sobreseimiento provisional: El 1 de julio de 2020 el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Vera dictó auto de sobreseimiento provisional y archivo de las diligencias previas 585-2019, al amparo de lo dispuesto en los arts. 641.1 y 779.1.1 LECrím, argumentando que «[d]e lo actuado no aparece debidamente justificada la perpetración del delito que ha dado motivo a la formación de la causa».

l) Recurso de reforma y subsidiario de apelación: El 23 de julio se interpuso por la representación procesal de doña M.C.I.T., recurso de reforma y subsidiario de apelación contra el auto de 1 de julio alegando, en síntesis: (i) falta de motivación de la resolución recurrida, absolutamente estándar y estereotipada, que ni siquiera de forma sucinta esgrime los motivos por los que decide acordar el sobreseimiento; (ii) incumplimiento de los presupuestos legales para adoptar la decisión de sobreseimiento provisional al amparo del art. 641.1 LECrím, habida cuenta de que esta decisión se reserva para los supuestos en que, existiendo indicios racionales de criminalidad, no hay expectativas razonables de poder probar la perpetración del hecho criminal al haberse agotado las vías para seguir la instrucción; y en el presente caso no solo no se han agotado las vías para seguir la instrucción, puesto que existen diligencias de investigación útiles y pertinentes que podrían practicarse para esclarecer los hechos denunciados, sino que, además, existe ya suficiente material probatorio en la investigación como para justificar la transformación de la causa en procedimiento abreviado; (iii) vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente con quiebra de los principios de inmediación y contradicción respecto del informe pericial elaborado por la Fundación Márgenes y Vínculos, al impedir el sobreseimiento su ratificación en el juicio oral y, con ello, que las partes pudieran someter a preguntas a sus autores. Se solicitaba, en consecuencia, que se revocase el auto impugnado y se dictara en su lugar auto acordando la transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado. Se interesaba también que con carácter previo a la apertura del juicio oral se procediera a la exploración del menor, J.Z.I., mediante prueba preconstituida que fuera llevada luego al plenario, «para evitar la doble victimización del menor», y a la práctica de pericial de parte, consistente en informe de contraste emitido por experto en abusos sexuales a personas menores de edad, que habrá de ser sometido, como el informe de la fundación antes aludido, a los principios de inmediación y contradicción.

m) Auto desestimatorio del recurso de reforma, dictado el 2 de diciembre de 2020 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Vera en base a que, de las diligencias practicadas, no se estima suficientemente justificada la perpetración de los hechos por los siguientes motivos: (i) la aseveración recogida en el informe forense relativa a que el menor refiere tocamientos ha sido elaborada por el propio médico forense, desconociéndose de qué forma y con qué palabras o expresiones relató el menor lo sucedido; (ii) el dictamen elaborado por los técnicos de la Fundación Márgenes y Vínculos (que la resolución transcribe literalmente) determina que «no cabe otorgar plena credibilidad y verosimilitud a las manifestaciones de la denunciante y del propio menor, a la vista de la existencia de incoherencias»; (iii) en la persona del progenitor

investigado tampoco concurren circunstancias personales que permitan apreciar indicios de dicho tipo de conductas delictivas, a la vista de que el mismo carece de antecedentes penales y «manifiesta tener problemas con la denunciante para poder tener al menor en su compañía desde que se establecieron judicialmente las medidas paterno-filiales, añadiendo que no le permite efectuar pernoctas con el menor y que en su opinión posee un instinto de sobreprotección exagerado debido a una enfermedad que el menor padece»; y (iv) la denunciante también incurre en incoherencias en su testimonio ya que en sede policial afirmó que tras presenciar los hechos se subió con su hijo a la planta superior de la vivienda, y en sede judicial manifestó que en ese momento decidió no decir nada y subir ella sola a la planta superior, mientras padre e hijo se quedaban en el salón echándose la siesta, aunque subía y bajaba para controlar lo que iba pasando.

n) Auto resolutorio del recurso de apelación: El recurso de apelación interpuesto con carácter subsidiario fue resuelto por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Almería mediante auto dictado el 26 de marzo de 2021, que acordó su desestimación y la confirmación de la resolución recurrida por las siguientes razones: (i) la falta de motivación del auto de sobreseimiento provisional de 1 de julio de 2020 quedó subsanada a través del auto resolutorio del recurso de reforma, en que se detallaron minuciosamente las razones de la decisión de sobreseimiento; (ii) concurrencia de los presupuestos legales para la aplicación del sobreseimiento regulado en el art. 641.1 LECrim en relación con el art. 779 LECrim, dado que la instrucción no había permitido acopiar elementos probatorios suficientes para sustentar, siquiera por vía indiciaria, la comisión por el investigado de los delitos que le atribuye la recurrente, juicio que se sustentaba en exactamente las mismas razones expuestas en el auto resolutorio del recurso de reforma, que la Audiencia Provincial transcribió e hizo propias en su resolución.

En relación con las nuevas diligencias de investigación propuestas por la recurrente, la audiencia adujo, con cita de diversas sentencias de este tribunal, que el *ius ut procedatur* que ostentaba el perjudicado personado no equivalía a un derecho absoluto a la apertura y sustanciación del proceso penal, sino tan solo el derecho a obtener una decisión judicial razonada sobre las pretensiones deducidas; de manera que no vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva la resolución que acordase la terminación anticipada del proceso penal, sin apertura de la fase de plenario, cuando se sustentara razonablemente en la concurrencia de los motivos legalmente previstos de sobreseimiento libre o provisional. En el caso concreto, continúa diciendo, «han sido practicadas cuantas diligencias podían contribuir al esclarecimiento de los hechos» y «la instrucción no ha permitido acopiar elementos probatorios suficientes para sustentar siquiera por vía indiciaria la comisión por parte del investigado de los delitos que le atribuye la recurrente». Conclusión que la sala asienta en la revisión de las actuaciones realizadas, que reitera haciendo hincapié en que las psicólogas autoras del informe no recomiendan un nuevo testimonio del menor, «que podría afectar a su adaptación positiva y despertar en el menor inseguridades y miedos que afecten a su bienestar».

3. En la demanda de amparo, la recurrente alega que se han vulnerado su «derecho de defensa y tutela judicial efectiva, con quiebra de los principios de contradicción e inmediatez». Alega en apoyo de dicha afirmación lo siguiente: (i) el auto de sobreseimiento provisional –dictado el 1 de julio por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Vera– es una resolución «tipo» que carece de la motivación mínima necesaria para identificar los detalles del caso y las razones concretas por las que se adopta la decisión de archivo, lo que constituye un incumplimiento claro de la doctrina constitucional en materia de motivación de las resoluciones judiciales; (ii) la decisión de sobreseer y archivar el caso se apoya exclusivamente en el informe emitido por la Fundación Márgenes y Vínculos, cuyo contenido se asume íntegramente por las resoluciones judiciales de forma acrítica, lo que supone un desplazamiento de la función de juzgar del juez al perito, contraria a lo dispuesto en el art. 741 LECrim y en la propia Constitución; (iii) se ha incumplido también la obligación de valoración conjunta de la prueba dado que se ignoran los restantes medios de prueba obrantes en las actuaciones

–declaración de la propia recurrente que fue testigo directa de los hechos, informe forense y grabación de las manifestaciones del menor incorporada a las actuaciones–, así como las nuevas diligencias de investigación propuestas por la recurrente, que resultaban útiles y pertinentes; (iv) ese informe de la Fundación Márgenes y Vínculos – utilizado como elemento nuclear para justificar la decisión de sobreseimiento y archivo– no ha sido sometido a contradicción de las partes con todas las garantías, señaladamente la garantía de inmediación, dado que la ratificación de los informes periciales está prevista por la LECrim para la fase de juicio oral y las resoluciones recurridas vedan precisamente el acceso a dicha fase, de modo que el incumplimiento del requisito de ratificación de los peritos ante el tribunal sentenciador ha privado a la recurrente (que ostenta la condición de acusadora particular en las diligencias previas) de toda posibilidad de formular preguntas, pedir aclaraciones a los peritos, presentar objeciones a las aseveraciones contenidas en el informe, o presentar, incluso, informe pericial contradictorio en el momento procesal oportuno, lo que «podría dar lugar a la insatisfacción del derecho a la prueba» y constituye una clara vulneración del principio acusatorio y de su derecho a un proceso con todas las garantías; (v) las resoluciones recurridas no tienen en cuenta el principio de protección del interés superior del menor, que en estos casos se concreta en la necesidad de impulsar la investigación y proteger a las víctimas menores, teniendo presente la dificultad intrínseca de probar hechos de esta naturaleza –dada la ausencia de secuelas físicas y la edad (en este caso muy corta) de tales víctimas, y el riesgo de reincidencia en la conducta–, lo cual exige aplicar un componente de máxima cautela en el cumplimiento de las obligaciones de protección que incumben al Estado.

En el suplico de la demanda la recurrente solicita que: (i) se reconozca vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva por falta de motivación del auto de 1 de julio de 2020; (ii) se reconozca vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva, por quiebra de los principios de inmediación y contradicción respecto del informe pericial obrante en autos de la Fundación Márgenes y Vínculos, lo que conlleva necesariamente la continuación de las diligencias previas en procedimiento abreviado; (iii) se declare la nulidad del auto de sobreseimiento provisional dictado el 1 de julio de 2020 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Vera y de la resolución que lo confirma, dictada el 26 de marzo de 2021 por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Almería; y (iv) se restablezca a la recurrente en la integridad de sus derechos.

4. El 4 de abril de 2022 la Sala Primera del Tribunal Constitucional dictó providencia en la que acordó admitir a trámite el recurso de amparo, apreciando que el recurso plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este tribunal [STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2 a)]. En la misma providencia se acordó requerir al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Vera la remisión del testimonio de las actuaciones y el emplazamiento de quienes hubieran sido parte en el procedimiento para que pudiesen comparecer en el plazo de diez días en el proceso de amparo, excepto la parte demandante.

5. Mediante escrito presentado ante este tribunal el 26 de mayo de 2022, el procurador don Enrique Fernández Aravaca compareció en el procedimiento en nombre y representación de don D.Z.H.

6. Por diligencia de ordenación de 27 de mayo de 2022 la Sala Primera del Tribunal tuvo por personado a don D.Z.H., y concedió a la recurrente en amparo, a la parte personada y al Ministerio Fiscal [de conformidad con el art. 52 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC)] el plazo común de veinte días para formular alegaciones.

7. La representación procesal de doña M.C.I.T., presentó escrito de alegaciones el 27 de junio de 2022, reiterando en esencia el contenido de su demanda inicial.

8. La representación procesal de don D.Z.H., presentó escrito de alegaciones el mismo día 27 de junio de 2022, oponiéndose al recurso de amparo por las siguientes

razones: (i) no se ha producido vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente en amparo por falta de motivación de las resoluciones recurridas ya que, si bien es cierto que el auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Vera el 1 de julio de 2020 puede ser «poco profuso» en su motivación, no es menos cierto que el auto de 2 de diciembre de 2020 –que resuelve el recurso de reforma interpuesto contra aquel y confirma el sobreseimiento– explica pormenorizadamente los motivos por los que fue adoptada dicha decisión, motivos que el auto dictado el 26 de marzo de 2021 por la Audiencia Provincial de Almería expuso igualmente y confirmó; (ii) tampoco hay vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías por quiebra de los principios de contradicción e inmediación, pues no es en la fase de instrucción en la que se interroga a los peritos, sino en la fase de juicio oral, con lo que el cierre del procedimiento en fase de instrucción sin que se haya llevado a cabo una ratificación judicial del informe emitido por la Fundación Márgenes y Vínculos es conforme a derecho; (iii) la decisión de sobreseer el procedimiento en fase de instrucción resulta razonable teniendo en cuenta las contundentes conclusiones del informe de la Fundación Márgenes y Vínculos en cuanto a la falta de credibilidad del menor, sumadas a las contradicciones en que incurrió la propia recurrente en sus declaraciones ante la Guardia Civil y en sede judicial.

9. Mediante escrito de 13 de julio de 2022 el fiscal ante el Tribunal Constitucional interesó el otorgamiento del amparo por vulneración del derecho fundamental de la recurrente en amparo a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y de sus derechos fundamentales a un proceso con todas las garantías y a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (art. 24.2 CE).

Tras realizar una síntesis de los hechos que han dado lugar al proceso constitucional y de la doctrina constitucional elaborada en torno al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción mediante el ejercicio de la acción penal, el fiscal concluye que se han vulnerado los derechos fundamentales de la recurrente por cuanto: (i) ninguna de las diligencias de investigación practicadas en la causa ha sido sometida a contradicción de las partes, pese a estar debidamente personados en los autos tanto la recurrente (en calidad de acusación particular) como el denunciado (en calidad de investigado); (ii) esta falta de sometimiento a contradicción resulta relevante habida cuenta de que tanto el informe emitido por el médico forense como el informe emitido por la Fundación Márgenes y Vínculos contenían afirmaciones que hubieran precisado de ratificación, aclaración y desarrollo por parte de sus respectivos autores; (iii) en ningún momento se llegó a resolver de manera expresa acerca de la práctica de las diligencias de investigación que la representación procesal de la recurrente en amparo había propuesto en tiempo y forma; (iv) el auto de sobreseimiento provisional inicial, dictado el 1 de julio de 2020, carece de una mínima fundamentación y la motivación recogida en los autos resolutorios de la reforma y la apelación no es suficiente para restaurar el derecho fundamental lesionado, porque estas resoluciones tampoco dicen nada acerca de las diligencias de investigación solicitadas en tiempo y forma por la recurrente, señaladamente acerca de la exploración del menor, y porque las mismas se basan exclusivamente en los documentos obrantes en autos que no han sido sometidos a las pertinentes ratificaciones y aclaraciones practicadas con arreglo a los principios de contradicción e inmediación.

El fiscal termina su informe interesando que el otorgamiento del amparo se limite a la anulación de las resoluciones recurridas y retroacción de las actuaciones al momento de dictarse la primera de ellas para que las diligencias solicitadas y denegadas indebidamente se practiquen, en primer término, en la propia fase de instrucción de las diligencias previas.

10. Por providencia de 19 de octubre de 2023 se señaló para deliberación y votación de la presente sentencia el día 23 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. Objeto del recurso y orden de enjuiciamiento.

a) El objeto del presente recurso de amparo es el auto de 1 de julio de 2020 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Vera, que acordó el sobreseimiento provisional de las diligencias previas iniciadas tras denuncia de la recurrente en amparo contra su expareja, por posible delito de abusos sexuales al hijo común de cinco años. También se solicita la anulación del auto de 26 de marzo de 2021, de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Almería, que confirmó tal decisión. Finalmente, habrá que incluir dentro del objeto del presente recurso el auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Vera el 2 de diciembre de 2020, por el que se desestimó el recurso de reforma interpuesto contra el auto de 1 de julio de 2020 y se admitió a trámite el recurso subsidiario de apelación, por aplicación de la doctrina, sólidamente establecida por este tribunal, con arreglo a la cual «cuando se impugna en amparo una resolución judicial confirmatoria de otras que han sido lógica y cronológicamente presupuestas de aquélla, han de darse por recurridas también las precedentes resoluciones confirmadas aunque las mismas no lo hayan sido de forma expresa» (SSTC 232/1993, de 12 de julio, FJ 1, y 204/2001, de 15 de octubre, FJ 1).

b) Dada la naturaleza de los hechos se acuerda que la sentencia no incluya los datos de identificación personal del menor, ni de quienes figuran como denunciante y denunciado en las diligencias penales de las partes; y ello en ejercicio de las potestades atribuidas a este tribunal por el art. 86.3 LOTC, en materia de protección de datos de carácter personal en el ámbito de la publicación y difusión de sus resoluciones, así como en aplicación del acuerdo del Pleno de este tribunal de 23 de julio de 2015, por el que se regula la exclusión de los datos de identificación personal en la publicación de las resoluciones jurisdiccionales («Boletín Oficial del Estado» núm. 178, de 27 de julio de 2015), decisión adoptada en sentencias precedentes tales como las SSTC 66/2022, de 2 de junio, FJ 1, y 38/2023, de 20 de abril, FJ 2, del Pleno.

c) La demanda del recurso de amparo imputa a los órganos judiciales la vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) en base a los siguientes motivos: (i) ausencia de motivación del auto de 1 de julio de 2020; (ii) indebido dictado de un auto de sobreseimiento, dada la existencia de indicios incriminatorios, e incumplimiento por los órganos judiciales del principio de protección del interés superior del menor (art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor), al no haber favorecido e impulsado dicha investigación, dada la dificultad de prueba en los delitos de abusos sexuales en casos de ausencia de secuelas físicas y corta edad de los menores; (iii) infracción de los principios de contradicción e intermediación en relación con el informe pericial emitido por la Fundación Márgenes y Vínculos, que no fue ratificado ni sometido a contradicción de las partes al no celebrarse el juicio oral y, sin embargo, resultó decisivo para la decisión de archivo.

La representación procesal del investigado se opuso a la estimación del recurso de amparo, por entender que la decisión de sobreseimiento se motivó debidamente en los autos impugnados y que el cierre del procedimiento no lesiona los principios de contradicción e intermediación, ya que es en la fase de juicio oral cuando se interroga a los peritos. Por el contrario, el fiscal interesó el otorgamiento del amparo con diversos argumentos que confluyen en la falta tanto de contradicción respecto de las diligencias de investigación practicadas como de pronunciamiento sobre las propuestas en tiempo y forma por la recurrente.

Con la finalidad de responder a las cuestiones constitucionales planteadas de una forma ordenada y coherente, el punto de partida será la exposición de la doctrina elaborada por este tribunal en relación con las lesiones iusfundamentales que se aducen, para pasar, seguidamente, al análisis de cada una de las vulneraciones invocadas desde la perspectiva de la doctrina expuesta, siguiendo el mismo orden en que han sido enunciadas.

2. Doctrina constitucional relativa al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su doble dimensión de exigencia de motivación de las resoluciones judiciales y derecho a una investigación suficiente y eficaz.

Como se ha expuesto con mayor detalle en los antecedentes, la recurrente denuncia un doble menoscabo del derecho a la tutela judicial efectiva. De un lado, se habría infringido el art. 24.1 CE en tanto la decisión de sobreseer es inmotivada, queja que atañe a la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales como vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva. De otro lado, se duele del cierre prematuro del proceso penal, que considera insostenible a la luz de las diligencias practicadas y lesivo de los principios de inmediación y contradicción, vulnerando el derecho de acceso a la jurisdicción penal (art. 24.1 CE) con respeto a las garantías del art. 24.2 CE.

a) El Tribunal ha reiterado, desde temprana jurisprudencia, que la obligación de motivar las resoluciones judiciales no es solo una exigencia impuesta a los órganos judiciales por el art. 120.3 CE, sino también, y principalmente, un derecho de los intervinientes en el proceso que forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado por el art. 24.1 CE, que únicamente se satisface si la resolución judicial, de modo explícito o implícito, contiene los elementos de juicio suficientes para que el destinatario y, eventualmente, los órganos encargados de revisar sus decisiones, puedan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión, constituyéndose en una garantía esencial para el justiciable mediante la cual es posible comprobar que la decisión judicial es consecuencia de la aplicación razonada del ordenamiento jurídico y no fruto de la arbitrariedad. Partiendo de ello, podrá considerarse que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva desde la perspectiva del deber de motivación de las resoluciones judiciales cuando el razonamiento que funda dicha resolución resulte arbitrario, irrazonable o incurso en error patente, ya que no pueden admitirse como decisiones motivadas y razonadas aquellas en que se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o que siguen un desarrollo argumental incurso en quiebras lógicas de tal magnitud que conduzcan a la evidencia de no poder considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas [SSTC 87/2022, de 28 de junio, FJ 4 B), y 39/2023, de 8 de mayo, FJ 3, por todas].

b) El derecho a una investigación judicial suficiente y eficaz, esto es, el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción mediante el ejercicio de la acción penal, se ha configurado en la doctrina de este tribunal como un *ius ut procedatur*; «es decir, no como parte de ningún otro derecho fundamental sustantivo, sino, estrictamente, como manifestación específica del derecho a la jurisdicción (SSTC 31/1996, FFJJ 10 y 11, y 199/1996, FJ 5, [...]), que ha de enjuiciarse en sede de amparo constitucional desde la perspectiva del art. 24.1 CE y al que, desde luego, son aplicables las garantías del 24.2» (SSTC 41/1997, de 10 de marzo, FJ 5; 218/1997, de 4 de diciembre, FJ 2, y 26/2018, de 5 de marzo, FJ 3).

Sus notas características se detallan, entre otras, en las SSTC 87/2020, de 20 de julio, FJ 3, y 53/2022, de 4 de abril, FJ 3, y para resolver el presente caso destacamos las siguientes consideraciones:

(i) El querellante o denunciante ostenta, como titular del *ius ut procedatur*, el derecho a poner en marcha un proceso penal, a que el mismo se sustancie de conformidad con las reglas del proceso justo y a obtener en él una respuesta razonable y fundada en derecho (SSTC 120/2000, de 10 de mayo, FJ 4, o 12/2006, de 16 de enero, FJ 2). El ejercicio de la acción penal no otorga a sus titulares el derecho material a obtener una condena y a la imposición de una pena, o un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, ni 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 5 de junio, FFJJ 2 y 4; 34/2008, de 25 de febrero, FJ 2, o 26/2018, de 5 de marzo, FJ 2).

(ii) La tutela judicial efectiva del denunciante o querellante se verá 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).

(iii) 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 adecuada y efectiva, ya que la tutela que se solicita consiste inicialmente en que se indague sobre lo acaecido. Se trata de una obligación de medios, no de resultados, de modo que es posible que esa investigación adecuada y efectiva, no cumpla plenamente su propósito de averiguación de los hechos e identificación y castigo del culpable.

(iv) 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 se deniegue o se clausure la instrucción existiendo sospechas razonables de la posible comisión de un delito y tales sospechas sean susceptibles de ser despejadas mediante la investigación. Ahora bien, tampoco existe un derecho a la práctica ilimitada de la prueba, de manera tal que imponga la realización de cuantas diligencias de investigación se perciban como posibles o imaginables, propuestas por las partes o practicadas de oficio, particularmente si resulta evidente que el despliegue de mayores diligencias deviene innecesario. Semejante obligación conduciría a instrucciones inútiles en perjuicio del interés general en una gestión racional y eficaz de los recursos de la administración de justicia (SSTC 34/2008, FJ 6; 63/2010, de 18 de octubre, FJ 2; 131/2012, de 18 de junio, FJ 2, y 153/2013, de 9 de septiembre).

(v) Más específicamente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia de la Gran Sala de 12 de noviembre de 2013, asunto *Söderman c. Suecia*, declara que, en lo que respecta a actos graves como la violación y el abuso sexual de menores, la obligación positiva del Estado en virtud de los arts. 3 y 8 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH) de salvaguardar la integridad física del individuo también puede extenderse a cuestiones relacionadas con la eficacia de la investigación penal, aunque no existe un derecho absoluto a obtener el enjuiciamiento o la condena de una persona concreta cuando no haya habido fallos culpables en el intento de responsabilizar a los autores de delitos penales (§ 83).

En el mismo sentido, en la sentencia de la Gran Sala de 2 de febrero de 2021, asunto *X y otros c. Bulgaria*, el Tribunal Europeo afirma, de manera específica, que en los casos en los que los niños pueden haber sido víctimas de abusos sexuales, el cumplimiento de las obligaciones positivas derivadas del art. 3 CEDH requiere, en el contexto de los procedimientos internos, la aplicación efectiva del derecho de los niños a que su interés superior sea una consideración primordial y a que se atienda adecuadamente la vulnerabilidad particular del niño y sus correspondientes necesidades, debiendo interpretarse la obligación procesal del art. 3 del Convenio de llevar a cabo una investigación efectiva a la luz de las obligaciones derivadas de los demás instrumentos internacionales aplicables, y más concretamente del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007 y ratificado por el Estado español el 22 de julio de 2010, Convenio de Lanzarote (§ 192).

c) Este tribunal ha declarado la aplicabilidad al derecho de acción penal –concebido como *ius ut procedatur* en los términos que acaban de exponerse– de las garantías recogidas en el art. 24.2 CE (SSTC 41/1997, de 10 de marzo, FJ 5; 218/1997, de 4 de diciembre, FJ 2, y 26/2018, de 5 de marzo, FJ 3). El derecho a la tutela judicial efectiva de la víctima del delito, personada como acusación particular en la causa penal, no se agota o no puede quedar reducido «a un mero impulso del proceso o una mera

comparecencia en el mismo, sino que de él derivan con naturalidad y necesidad los derechos relativos a las reglas esenciales del desarrollo del proceso» (SSTC 218/1997, FJ 2; 178/2001, de 17 de septiembre, FJ 3, y 81/2002, de 22 de abril, FJ 2). Entre las garantías que comprende el art. 24 CE para todo proceso penal destacan, por ser principios consustanciales al mismo, las de contradicción e igualdad de armas (STC 178/2001, FJ 3).

Interesa aquí destacar que la posibilidad de contradicción es una de las «reglas esenciales del desarrollo del proceso» (SSTC 41/1997, de 10 de marzo; 218/1997, de 4 de diciembre; 138/1999, de 22 de julio, y 91/2000, de 30 de marzo), sin la cual «la idea de juicio justo es una simple quimera» (STC 93/2005, de 18 de abril, FJ 3); y exige que los órganos jurisdiccionales velen por que en las distintas fases e instancias de todo proceso las partes posean idénticas posibilidades de alegación y prueba de sus derechos e intereses, y puedan ejercitar su derecho de defensa; exigencia que rige con especial intensidad en el proceso penal dada la trascendencia de los intereses en juego (SSTC 25/1997, de 11 de febrero, FJ 2; 41/1997, de 10 de marzo; 102/1998, de 18 de mayo, FJ 2; 18/1999, de 22 de febrero, FJ 3; 109/2002, de 6 de mayo, FJ 2, y 12/2006, de 16 de enero, FJ 3). Manifestación específica de esta garantía es que se concedan a todas las partes en el proceso las facultades de alegar, probar e intervenir en la prueba ajena para controlar su correcta práctica y contradecirla (por todas, SSTC 176/1988, de 4 de octubre; 122/1995, de 18 de julio, y 76/1999, de 26 de abril). Cabe recordar que el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa de las posiciones de las partes también es una garantía procesal constitucionalizada. En relación con este derecho hemos manifestado que, desde una perspectiva formal, corresponde al litigante la carga de proponer la prueba y explicar razonablemente su conexión con el objeto procesal y su importancia para la decisión del pleito; y al juzgador corresponde, como exigencia simétrica, decidir sobre su admisión o inadmisión y razonar adecuadamente tal decisión, atendiendo a su naturaleza y relación con cuanto se intenta verificar, ya que la ausencia de dicho razonamiento constituiría una arbitrariedad vulneradora del derecho fundamental en cuestión (STC 11/1997, de 27 de enero, FJ 4).

La inmediación, a la que también apela la recurrente, supone que el juicio y la práctica de la prueba tienen lugar en presencia del órgano judicial competente. En nuestra jurisprudencia sobre el proceso penal, esa garantía procesal se ha contemplado vinculada al derecho a la presunción de inocencia en tanto que requisito de validez de la prueba, que debe tener lugar en el debate contradictorio que en forma oral se desarrolle ante el mismo juez o tribunal que ha de dictar sentencia, de manera que la convicción sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios de prueba aportados a tal fin por las partes. En instrucción, sin embargo, se desarrolla una actividad de investigación, sin duda necesaria para articular la prueba en el juicio y cuya práctica debe respetar todas las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen, pero no una actividad probatoria propiamente dicha en presencia judicial (por todas, con ulteriores referencias, STC 206/2003, de 1 de diciembre, FJ 2). Tanto es así que hemos admitido conferir valor probatorio a las diligencias sumariales desde el reconocimiento de que en ellas no puede satisfacerse el principio de inmediación, ya que la prueba se anticipa a la fase del plenario, siempre y cuando se colme, entre otros requisitos, la exigencia de contradicción, entendida como posibilidad de contradicción, no de contradicción real y efectiva (entre muchas, SSTC 206/2003, FJ 2; 345/2006, de 11 de diciembre, FJ 3, y 134/2010, de 2 de diciembre, FJ 3).

Debe subrayarse, por lo demás, que no toda irregularidad u omisión procesal provoca por sí misma indefensión material constitucionalmente relevante. A tal efecto, este tribunal ha exigido reiteradamente que concurren dos circunstancias: por una parte, que la irregularidad, denegación o inejecución de prueba, resulten imputables al órgano judicial; y, por otra, que la irregularidad cometida –o la prueba denegada o no practicada– resulte decisiva en términos de defensa, de suerte que, de no haberse producido tal irregularidad, la resolución final del proceso hubiese podido ser distinta en el sentido de resultar favorable a quien denuncia la infracción del derecho fundamental.

Solo en tal caso –comprobado que el fallo del proceso *a quo* pudo, tal vez, haber sido otro– podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo solicita el amparo constitucional (por todas, SSTC 247/2004, de 20 de diciembre, FJ 3; 23/2007, de 12 de febrero, FJ 6; 94/2007, de 7 de mayo, FJ 3; 185/2007, de 10 de septiembre, FJ 2; 240/2007, de 10 de diciembre, FJ 2, y 22/2008, de 31 de enero, FJ 2).

d) «[E]l derecho de acción penal se configura esencialmente como un *ius ut procedatur*, no como parte de ningún otro derecho fundamental sustantivo. Es, estrictamente, manifestación específica del derecho a la jurisdicción, a enjuiciar en sede de amparo constitucional desde la perspectiva del artículo 24.1 CE, siéndole aplicables las garantías del artículo 24.2 CE (SSTC 41/1997, de 10 de marzo, FJ 5; 218/1997, de 4 de diciembre, FJ 2; 31/1996, de 27 de febrero, FFJJ 10 y 11, o 199/1996, de 3 de diciembre, FJ 5)» (STC 26/2018, FJ 3). En tal medida, el control constitucional queda limitado a enjuiciar si las resoluciones judiciales impugnadas han respetado las garantías de la recurrente, denunciante personada en la causa penal, como manifestación de su *ius ut procedatur*, esto es, debe verificarse si la terminación anticipada del procedimiento penal se fundó de forma razonable, no arbitraria ni incurra en error patente, en alguna de las causas legalmente previstas (STC 26/2018, FJ 3).

3. Protección constitucional de las personas menores de edad.

En el presente caso, la doctrina sobre el *ius ut procedatur* reseñada, como indican ya las referencias a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos hechas más arriba, debe ponerse en relación con la protección constitucional de las personas menores de edad y su proyección a la investigación penal de delitos que les conciernen.

Existe una amplia doctrina de este tribunal relativa a la obligación de los poderes públicos de proteger el interés superior de las personas menores de edad en cualesquiera actuaciones que deban entenderse con estas o hayan de afectarles de manera directa o indirecta. Deben procurarlo incluso si ello significa atemperar la rigidez de algunas normas procesales o sacrificar los legítimos intereses y perspectivas de terceros (SSTC 187/1996, de 25 de noviembre, FJ 2, y 77/2018, de 5 de julio, FJ 2).

A este mandato de protección se refiere el art. 39.4 CE, que declara lo siguiente: «Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos». Entre estos acuerdos destaca la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. A los preceptos de la Convención remiten –en aplicación del canon interpretativo recogido en el art. 10.2 CE– las SSTC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5, y 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4. En esta última declaramos que «[e]l interés superior del menor es la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores ‘que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos’, según el art. 3.1 de la Convención sobre los derechos del niño ratificada por España mediante instrumento de 30 de noviembre de 1990».

Los preceptos de la Convención han encontrado desarrollo normativo específico dentro de nuestro ordenamiento jurídico en diversas leyes, entre las que destaca la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor –reformada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia–, cuya exposición de motivos atribuye al concepto «interés superior del menor» un triple contenido o significación: a) como derecho sustantivo del menor a que cuando se adopte una medida que le concierna sus intereses hayan sido evaluados y, en caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución; b) como principio general interpretativo, que exige que las disposiciones jurídicas sean interpretadas en la forma que mejor responda a los intereses de las personas menores de edad afectadas; y c) como norma o garantía de procedimiento, encaminada a asegurar que la opinión de la persona menor de edad afectada por cualquier procedimiento pueda acceder al mismo por alguna de las vías previstas en la legislación y ser tenida en cuenta a la hora de adoptar la resolución procedente.

En relación con la valoración que los órganos judiciales ordinarios realicen en cada caso concreto del interés superior del menor, hemos puesto de manifiesto que «el canon de razonabilidad constitucional deviene más exigente por cuanto que se encuentran implicados valores y principios de indudable relevancia constitucional, al invocarse por el demandante de amparo el principio del interés superior del menor que tiene su proyección constitucional en el art. 39 CE y que se define como rector e inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos, tanto administrativas como judiciales» (SSTC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5; 217/2009, de 14 de diciembre, FJ 5; 127/2013, de 3 de junio, FJ 6, y 138/2014, de 8 de septiembre, FJ 3, entre otras). Y si bien corresponde a los jueces y tribunales ordinarios determinar en cada caso cuál es el interés superior del menor, atendiendo para ello a los criterios generales que establece el art. 2 de la Ley Orgánica de protección jurídica del menor, a este tribunal corresponde, por su parte, examinar la correcta aplicación de aquellos y la ponderación de intereses realizada en mayor beneficio del menor, con el fin de comprobar que no se han lesionado sus derechos fundamentales (STC 221/2002, de 25 de noviembre, FJ 4, y ATC 28/2001, de 1 de febrero).

4. Aplicación de la doctrina constitucional al caso concreto.

Expuesta la doctrina constitucional y el canon de enjuiciamiento aplicable procede analizar las distintas quejas deducidas en la demanda de amparo.

a) Vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por infracción de la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales.

Para justificar esta vulneración se aduce en la demanda de amparo que el auto de sobreseimiento provisional y archivo dictado por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Vera el 1 de julio de 2020 es una resolución «tipo» que no contiene una mínima concreción fáctica que permita identificar los detalles del caso y decide el sobreseimiento sin motivación alguna. Ello se traduce en un total desconocimiento del proceso lógico jurídico que llevó al juzgado a la decisión de sobreseer provisionalmente el procedimiento, de modo que deja de servir de base a un control de la resolución por medio de recurso.

Efectivamente, encontramos que la citada resolución se limita a justificar la decisión de sobreseimiento y archivo alegando que «[d]e lo actuado no aparece debidamente justificada la perpetración del delito que ha dado motivo a la formación de la causa», sin hacer referencia alguna al caso concreto examinado o a los particulares que, de manera específica y en el supuesto analizado, llevaron a tal conclusión.

Ahora bien, la insuficiencia en la motivación de esta resolución, puesta de manifiesto por la demandante de amparo en el recurso de reforma y subsidiario de apelación, fue subsanada por los órganos judiciales en las resoluciones que sucesivamente confirmaron la decisión de sobreseimiento y archivo: el auto dictado el 2 de diciembre de 2020 por el mismo juzgado resolviendo el recurso de reforma y el auto dictado por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Almería el 26 de marzo de 2021, resolutorio del recurso de apelación subsidiario.

Ambas resoluciones contienen una exposición detallada de los motivos que, atendiendo al caso concreto y al resultado de las diligencias de investigación practicadas en los autos, justifican la decisión de sobreseimiento y archivo. La motivación de estas resoluciones cumple adecuadamente con el canon constitucional exigible. Así, permite conocer de manera clara y directamente referenciada al caso concreto las razones de hecho que justifican la decisión adoptada; tales razones están vinculadas adecuadamente con las normas legales que sirven de fundamento jurídico al sobreseimiento y archivo de la causa; y la conclusión alcanzada en el proceso de subsunción de las razones expuestas en la norma aplicable no puede calificarse de arbitraria o patentemente errónea.

No obstan a lo expuesto las alegaciones contenidas en la demanda en cuanto a que la decisión de sobreseer y archivar el caso se apoyó exclusivamente en el informe emitido por la Fundación Márgenes y Vínculos, asumido por las resoluciones judiciales de forma acrítica, ignorándose los restantes medios de prueba obrantes en las actuaciones. La simple lectura de los autos resolutorios de los recursos de reforma y apelación muestra que la decisión de sobreseimiento y archivo se apoyó en una valoración conjunta del resultado de las diligencias de investigación practicadas en autos: (i) el informe emitido por la Fundación Márgenes y Vínculos, al que, de manera razonable, se concedió un peso muy relevante atendidas su autoría –dos psicólogas integradas en un programa específico de evaluación, diagnóstico y tratamiento de menores víctimas de violencia sexual–, y su calidad –se trata de un trabajo minucioso y fundado en criterios y procedimientos aceptados por la comunidad científica–; (ii) la declaración inculpatoria de la denunciante, hoy recurrente en amparo, cuya credibilidad se estimó minorada atendidas las contradicciones que se apreciaban entre la versión de los hechos dada a la Guardia Civil y el relato efectuado en presencia judicial; y (iii) la declaración autoexculpatoria del investigado, a la que se otorgó plena credibilidad, dado que «tampoco concurren [en él] circunstancias personales que permitan apreciar indicios de dicho tipo de conductas delictivas», carece de antecedentes penales y «manifiesta tener problemas con la denunciante para poder tener al menor en su compañía desde que se establecieron judicialmente las medidas paternofiliales».

b) Vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por insuficiencia de la investigación desarrollada, atendiendo al deber del Estado de proteger el interés superior de las personas menores de edad (art. 39.4 CE).

Se afirma en la demanda de amparo que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en supuestos de denuncias relativas a abusos sexuales a menores debe ser interpretado de una forma especial, favoreciendo siempre el impulso de la investigación, y que las resoluciones recurridas no tienen en cuenta el principio de protección del interés superior del menor, que en estos casos se concreta en la necesidad de impulsar la investigación y proteger a las víctimas menores, teniendo presente la dificultad intrínseca de probar hechos de esta naturaleza dada la ausencia de secuelas físicas y la edad (en este caso muy corta) de tales víctimas, y el riesgo de reincidencia en la conducta, lo cual exige aplicar un componente de máxima cautela en el cumplimiento de las obligaciones de protección que incumben al Estado.

Esta queja debe desestimarse. La investigación llevada a cabo por la juzgadora fue suficiente y se ajustó al canon reforzado aplicable a las víctimas vulnerables de la violencia que tiene lugar en el seno de la familia, recogido en la citada STC 87/2020, FJ 3 C). La actividad investigadora no se limitó a constatar la existencia de versiones contradictorias entre la madre denunciante y el padre investigado, sino que incluyó otras diligencias directamente encaminadas a contrastar la veracidad de tales versiones, entre ellas y de manera señalada, la petición de una pericia psicológica especializada sobre el menor afectado directamente por los hechos investigados. Esta pericia especializada tenía un doble objeto orientado de manera específica a proteger el interés del menor: uno, llevar a cabo una evaluación de su estado y seguimiento de su evolución, para protegerlo de la denunciada violencia sexual y para proporcionarle la ayuda profesional que pudiera precisar (las psicólogas que se encargaron del caso consideraron que no necesitaba tratamiento al respecto); dos, valorar la conveniencia y utilidad de efectuar una prueba testifical preconstituida, lo que significa que a la juzgadora le preocupaba, antes que la eficacia de la acción penal, la integridad del menor, de cinco años, que debía anteponerse a cualquier otro interés público. El informe fue emitido por una asociación con la que la administración autonómica tenía concertado, en el ámbito de la Audiencia Provincial de Almería, el asesoramiento a jueces y tribunales sobre agresiones sexuales a menores. Lo firmaban dos psicólogas, una encargada del estudio y seguimiento del menor, la otra en funciones de control de la experticia. La simple lectura del informe muestra que se trataba de un trabajo riguroso, profesional y de calidad, en

que se indicaban con precisión la metodología del estudio y las técnicas utilizadas, procedimientos aceptados por la comunidad científica para el análisis de credibilidad del testimonio de menores (CBCA). No se detectan contradicciones ni inconsistencias en el mismo.

Esta diligencia, su objeto y la especialidad de los profesionales a los que se dirigía el requerimiento de la jueza es fundamental para entender que el órgano judicial tuvo en cuenta, en primer lugar, el interés superior del menor, antes que el de la acción penal. La queja de la demandante de amparo en este punto debe, por ello, desestimarse.

c) Vulneración de las garantías constitucionales de intermediación y contradicción y del derecho a usar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE).

Se afirma en la demanda que el informe de la Fundación Márgenes y Vínculos –utilizado como elemento nuclear para justificar la decisión de sobreseimiento y archivo– no ha sido sometido a contradicción de las partes con todas las garantías, señaladamente la garantía de intermediación, dado que la ratificación de los informes periciales está prevista por la Ley de enjuiciamiento criminal para la fase de juicio oral y las resoluciones recurridas vedan precisamente el acceso a dicha fase, con lo que se ha privado a la recurrente (que ostenta la condición de acusadora particular en las diligencias previas) de toda posibilidad de formular preguntas, pedir aclaraciones a los peritos, presentar objeciones a las aseveraciones contenidas en el informe o presentar, incluso, informe pericial contradictorio, lo que constituye una clara vulneración del principio acusatorio y de su derecho a un proceso con todas las garantías.

También esta queja debe ser desestimada al no apreciarse que la actividad judicial produjera indefensión material a la demandante de amparo. Conviene tener en cuenta en este punto la cronología del proceso. La denuncia se formuló el 14 de octubre de 2019, se incoaron diligencias previas el día 30 de ese mismo mes y la causa fue sobreseída el día 1 de julio de 2020. El 14 de enero de 2020, la denunciante y madre del menor solicitó abogado de oficio para el menor, y al cabo de escasos días fueron nombrados procurador y abogado de oficio que asumieron su representación y defensa en la causa. A partir de ese momento, todas las providencias y diligencias (entre ellas la que acordó la pericia psicológica) le fueron notificadas a través de su procurador, y pudo haber propuesto todas las diligencias de investigación que considerase necesarias o pertinentes.

En ningún momento la denunciante, constituida ya en acusación particular, solicitó la práctica de diligencias de investigación. No fue hasta un momento posterior, una vez la causa había sido ya sobreseída y archivada que, por la vía del recurso de reforma, solicitó la exploración judicial del menor y la práctica de pericial de contraste, con el añadido de que esa solicitud se hizo desde la premisa de que debía abrirse juicio oral y a efectos de la práctica de la prueba en el plenario, no para introducir elementos opuestos a la decisión de sobreseer, que la recurrente consideraba infundada desde la consideración de que las diligencias ya practicadas aportaban el material incriminatorio preciso para pasar a la siguiente fase procesal. De forma semejante, la recurrente no denuncia en sus recursos de reforma y apelación y tampoco en su recurso de amparo la falta de contradicción en instrucción respecto del informe pericial encargado por el órgano instructor, sino que el sobreseimiento ha impedido que pudiera impugnarlo y rebatirlo en el juicio oral, en el «momento procesal oportuno», según dice en la demanda de amparo.

En todo caso, y de conformidad con la doctrina expuesta en el anterior fundamento, los argumentos de la recurrente no pueden ser acogidos. Debe recordarse, de un lado, que la garantía de contradicción que ampara al acusador particular en fase de instrucción como principio esencial del proceso penal en aras de garantizar su tutela judicial efectiva no se ha visto lesionada, pues tuvo posibilidad de rebatir el citado informe, sin que el principio de intermediación se vea lesionado en la realización de la actividad investigadora. De otro lado, las peticiones de que se practicaran nuevas diligencias probatorias –la exploración del menor a través de prueba preconstituida y

pericial de parte– fueron rechazadas razonada y razonablemente. En concreto, el auto desestimatorio del recurso de apelación opone la ausencia de elementos probatorios suficientes para sustentar la comisión del delito por el investigado y la recomendación de las psicólogas autoras del informe pericial de no proceder a un nuevo testimonio del menor, que podría afectar a su adaptación positiva y despertar en él inseguridades y miedos que afecten a su bienestar, argumento también destacado en el auto desestimatorio de la reforma.

El repaso de lo aducido en el proceso *a quo* y en la demanda de amparo revela que esas diligencias de investigación se pidieron, no como diligencias de instrucción en sentido estricto, sino como diligencias complementarias. En otras palabras, la hoy recurrente no solicitó en momento alguno –tampoco lo hace en su demanda de amparo– la reapertura de la fase de instrucción a fin de que se pudiera someter a contradicción el informe pericial ante la jueza instructora y se practicasen, en su caso, las diligencias interesadas y cuantas otras hubieran podido derivar de ellas. Lo solicitado por ella –también en la demanda de amparo– fue la sustitución de la decisión de sobreseimiento y archivo por otra que, manteniendo el cierre de la fase investigadora o de instrucción, diera paso a la fase intermedia del proceso penal, acordando la transformación de la causa en procedimiento abreviado y la celebración de juicio oral (ya con el resultado de la exploración del menor como prueba preconstituida y con un segundo informe pericial propio para contradecir el elaborado durante la instrucción como fuente de prueba), que es cuestión bien distinta. Para atender a tal petición, este tribunal debería realizar una labor de valoración de los resultados de las diligencias desarrolladas durante la instrucción de la causa que corresponde a los órganos de la jurisdicción ordinaria, y queda fuera de la competencia y funciones de esta jurisdicción constitucional. La jurisdicción constitucional podrá, a lo sumo, revisar que la decisión adoptada por los órganos de la jurisdicción ordinaria se asienta 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), requisito que, como ya se ha indicado en el apartado a) de este fundamento jurídico, se cumple en este caso. Esta pretensión debe ser, por ello, desestimada.

Como consecuencia de todo lo anteriormente expuesto, procede la íntegra desestimación del recurso de amparo.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación española, ha decidido desestimar el recurso de amparo interpuesto por doña M.C.I.T.

Publíquese esta sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintitrés de octubre de dos mil veintitrés.–Inmaculada Montalbán Huertas.–María Luisa Balaguer Callejón.–Ramón Sáez Valcárcel.–Enrique Arnaldo Alcubilla.–César Tolosa Tribiño.–Laura Díez Bueso.–Firmado y rubricado.

Voto particular que formulan las magistradas doña Inmaculada Montalbán Huertas y doña María Luisa Balaguer Callejón respecto de la sentencia pronunciada en el recurso de amparo núm. 3409-2021

En el ejercicio de la facultad que nos confiere el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y con el máximo respeto a la opinión de la mayoría, formulamos el presente voto particular tanto por discrepar con su fundamentación jurídica como con el fallo desestimatorio de la sentencia. A nuestro juicio, la sentencia aprobada por la mayoría de la Sala realiza un análisis en exceso formalista del asunto sometido a enjuiciamiento y omite pronunciarse acerca de la cuestión de fondo que justificó la

admisión a trámite del recurso; esto es, la exhaustividad exigible a la investigación criminal cuando esta afecta a la protección de las personas menores de edad frente a la violencia sexual. Consideramos que, de haberse abordado el asunto desde esta perspectiva, el resultado final habría sido necesariamente estimatorio de las dos quejas de la recurrente en amparo. Tanto por la vulneración de la tutela judicial en el acceso al proceso (art. 24.1 CE), como en el derecho a un proceso con todas las garantías, incluyendo la garantía de contradicción en la fase de instrucción judicial (art. 24.2 CE).

1. Especial trascendencia constitucional del recurso de amparo: canon de constitucionalidad aplicable a la investigación judicial de delitos relacionados con la violencia sexual cometidos sobre personas menores de edad

La cuestión planteada en este recurso de amparo gozaba de especial trascendencia constitucional (art. 50.1 LOTC) porque ofrecía al Tribunal la ocasión para fijar doctrina sobre un problema o faceta de un derecho fundamental [STC 155/2009, FJ 2 a)], sobre el que la doctrina preexistente resultaba insuficiente; en concreto, la determinación del alcance y exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su dimensión de derecho a una investigación adecuada y eficaz, cuando estaba afectada la protección de las personas menores de edad frente a la violencia sexual.

La necesidad de investigación exhaustiva y eficaz ha sido objeto de amplio tratamiento en la doctrina de este tribunal en supuestos de denuncias por delitos de torturas y tratos inhumanos o degradantes cometidos por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado (por todas, SSTC 34/2008, de 25 de febrero; 131/2012, de 18 de junio, y 53/2022, de 4 de abril). También nos hemos pronunciado acerca de esta materia cuando se trata de la investigación de hechos relacionados con la violencia de género, cometidos bajo el ámbito de privacidad característico de las relaciones entre particulares unidos por un vínculo familiar y/o afectivo (STS 87/2020, de 20 de julio). No existe, sin embargo, hasta la fecha, ninguna decisión de este tribunal que de modo específico determine el canon constitucionalmente exigible a la investigación judicial cuando lo investigado sean hechos de apariencia delictiva cometidos sobre personas menores de edad.

En definitiva, el caso sometido a examen ofrecía a este tribunal la ocasión de fijar doctrina sobre el derecho a la tutela judicial efectiva y sus garantías constitucionales en el proceso penal, desde la óptica del principio de protección del interés superior del menor (art. 39 CE).

La sentencia aprobada por la mayoría hace una somera exposición de la doctrina elaborada por este tribunal en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su dimensión de acceso a la jurisdicción mediante el ejercicio de la acción penal –investigación suficiente y eficaz–, así como acerca de la tutela del interés superior de la persona menor de edad (art. 39 CE). Sin embargo, no conecta ambas doctrinas a efectos de derivar la que, con todo respeto, consideramos era consecuencia lógica de tal proceso: la necesidad de aplicar un canon de exigencia reforzado a la investigación de delitos relacionados con la violencia sexual de los que aparezca como víctima una persona menor de edad. En otras palabras, la sentencia aprobada por la mayoría de la Sala se limita a recordar los reiterados pronunciamientos de este tribunal relativos a la obligación de los poderes públicos de proteger el interés superior de las personas menores de edad, pero no concreta esta obligación genérica en la aplicación de un canon de exigencia reforzado a esta clase de investigaciones.

Este canon reforzado (deber de investigación suficiente y eficaz) implicaría –en los términos expresados en la STC 87/2020, de 20 de julio, FJ 3 b)– la exigencia de una instrucción que profundizase sobre los hechos denunciados con el fin de descartar toda sospecha fundada de delito lo que, a su vez, requeriría abundar en la investigación allí donde no se hubieran agotado las posibilidades razonables de indagación sobre los hechos de apariencia delictiva, vulnerándose el derecho a la tutela judicial efectiva si el órgano judicial clausurase precipitada o inmotivadamente la investigación penal.

Esta es, por lo demás, la doctrina asumida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 2 de febrero de 2021, Gran Sala, asunto *X y otros c. Bulgaria*. Declara que, en los casos en los que personas menores de edad pueden haber sido víctimas de abusos sexuales, el cumplimiento de las obligaciones positivas derivadas del art. 3 CEDH requiere, en el contexto de los procedimientos internos, la aplicación efectiva del derecho de los niños a que su interés superior sea una consideración primordial y a que se atienda adecuadamente su particular vulnerabilidad y sus correspondientes necesidades, debiendo interpretarse la obligación procesal del art. 3 del Convenio de llevar a cabo una investigación efectiva a la luz de las obligaciones derivadas de los demás instrumentos internacionales aplicables, y más concretamente del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007 y ratificado por el Estado español el 22 de julio de 2010, Convenio de Lanzarote, (§ 192).

Esta es también, a nuestro juicio, la conclusión que deriva de forma inevitable de los tratados internacionales en materia de derechos humanos válidamente ratificados por el Estado español, que han de servir como guía para la interpretación de los derechos fundamentales y libertades que la Constitución reconoce (art. 10.2 CE). Entre estos acuerdos destaca la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, cuyo art. 19 recoge expresamente la obligación de los Estados parte de adoptar todas las medidas apropiadas para proteger a las personas menores de edad contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual. El Convenio de Lanzarote, que viene a desarrollar este mandato en el ámbito del Consejo de Europa, establece, por su parte, art. 30, apartado 1, la obligación de los Estados parte de adoptar «las medidas legislativas y de otro tipo que sean necesarias para garantizar que las investigaciones y actuaciones penales se lleven a cabo en el interés superior del niño y dentro del respeto a sus derechos»; e insiste, art. 30, apartado 5, en la necesidad de que cada parte garantice la investigación y enjuiciamiento efectivos de los delitos tipificados con arreglo al propio Convenio (abusos sexuales, prostitución infantil, delitos relacionados con la pornografía infantil y corrupción de personas menores de edad).

2. Aplicación del canon de constitucionalidad reforzado al supuesto de autos.

Si trasladamos al supuesto analizado el canon reforzado de eficiencia exigible a las investigaciones penales que acaba de exponerse, habremos de concluir que en este caso se ha producido la denunciada vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de la recurrente, en su dimensión de acceso a la jurisdicción mediante el ejercicio de la acción penal (art. 24.1 CE).

Las resoluciones judiciales justifican el cierre anticipado de la instrucción penal con los siguientes argumentos: 1) la falta de credibilidad del menor, afirmada por el informe emitido por la Fundación Márgenes y Vínculos; 2) la falta de credibilidad de la denunciante-testigo, debido a las contradicciones observadas entre sus declaraciones prestadas ante la Guardia Civil y en sede judicial; 3) la plena credibilidad de las declaraciones autoexculpatorias del investigado, dada la ausencia de circunstancias que «permitan apreciar indicios de dicho tipo de conductas», que se deduce de la ausencia de antecedentes penales y del reproche a la recurrente de generar problemas para que pueda tener al niño en su compañía desde que se establecieron judicialmente las medidas paterno-filiales, ya que «posee un instinto de sobreprotección exagerado».

Consideramos que esta motivación no satisface las exigencias derivadas de ese canon reforzado por las razones que se exponen a continuación y que son proyecciones de la doctrina contenida en el anterior apartado.

(i) Las resoluciones impugnadas no han tomado adecuadamente en consideración la protección del interés superior del menor afectado, interés superior que –aplicando los criterios generales recogidos en el art. 2, apartado 2, letra c) de la Ley Orgánica 1/1996

de protección jurídica del menor– se identifica con «[l]a conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia». Es cierto que el interés superior del menor se valora en el auto dictado por la Audiencia Provincial, pero a los solos efectos de justificar por qué no se considera procedente su exploración judicial. Ese interés superior no se tiene en cuenta, sin embargo, por ninguno de los órganos judiciales a la hora de justificar la decisión de cierre de la investigación y archivo del caso. Esta decisión se adopta sin ponderar en modo alguno la manera en que el sobreseimiento acordado podría afectar a su seguridad y a su desarrollo personal.

En realidad, las resoluciones recurridas resuelven el pleito siguiendo un esquema más propio de la contienda familiar entre dos partes (denunciante-madre, investigado-padre) y obvian, en esa dinámica, que también están en juego, y de modo destacado, los intereses de una tercera persona, que en ese momento contaba con tan solo cinco años; y más específicamente, el interés en asegurarle una adecuada protección frente a eventuales conductas de violencia sexual.

(ii) Las resoluciones impugnadas no justifican de manera razonable la suficiencia de la investigación realizada. Se limitan a realizar una valoración del resultado de las diligencias de investigación practicadas hasta ese momento para concluir, de forma liminar, que no cabe considerar suficientemente acreditada la comisión del delito. No explican, sin embargo, los motivos por los que entienden que la investigación está completa y no es pertinente la práctica de otras diligencias de investigación. A ello se suma el hecho de que la propia resolución del juzgado de instrucción de 2 de diciembre de 2020 reconoce que existen todavía algunas dudas o incógnitas que no han podido despejarse, señaladamente las circunstancias en que el menor transmitió al médico forense las manifestaciones inculpativas que este recoge en su informe. Con esta aseveración es el propio órgano judicial el que pone claramente de manifiesto la existencia de lagunas en la instrucción, susceptibles de ser colmadas a través de nuevas diligencias de investigación, y, por ende, lo incompleto de esta.

(iii) La naturaleza de los hechos objeto de la investigación judicial –abuso sexual sobre persona menor de edad– y el entorno estrictamente doméstico en que se situó su eventual comisión, traen consigo una mayor dificultad probatoria, que reclama una exigencia adicional de diligencia en la investigación por parte de los órganos judiciales – con la necesaria colaboración de fiscales, policía judicial y equipos técnicos de apoyo– cuya labor de indagación habrá de ser tanto más minuciosa y exhaustiva cuanto mayor sea su dificultad probatoria intrínseca, derivada del entorno de privacidad y de sigilo en que se suelen desenvolver las relaciones personales entre los componentes de un núcleo familiar o afectivo (STC 87/2020, de 20 de julio).

(iv) Las resoluciones impugnadas omiten la exigencia adicional de diligencia y exhaustividad en la investigación, y se conforman con las diligencias de investigación ordenadas al inicio del proceso, sin plantearse la posibilidad de practicar otras posibles encaminadas a avanzar en las líneas de investigación abiertas por las ya practicadas, que hubieran podido aportar elementos probatorios útiles y pertinentes al caso. Así, sin entrar a contradecir la decisión de no practicar la exploración del menor por las mismas razones recogidas en el informe de la Fundación Márgenes y Vínculos y acogidas por la Audiencia Provincial, nada se hizo para verificar si realmente existía la grave situación de conflicto familiar puesta de manifiesto por el investigado para justificar las declaraciones de la denunciante (que parece contradictoria con el hecho de que las visitas se llevasen a cabo regularmente y sin incidencias relevantes en el domicilio de la madre); tampoco se ha hecho nada para tratar de determinar cuáles fueron las circunstancias en que el menor refirió al médico forense haber sufrido tocamientos de su padre o los detalles de tal manifestación; nada se ha realizado tampoco para tratar de corroborar la veracidad de los detalles de la declaración de la denunciante-testigo (llamada a ANAR, búsqueda en internet de protocolos de actuación en caso de abusos sexuales la tarde de autos, situación que afirma se produjo con el agente de la policía judicial durante la espera hospitalaria); y nada se ha resuelto tampoco acerca de las diligencias de investigación

propuestas por la acusación particular encaminadas a contradecir el informe de la Fundación Márgenes y Vínculos.

En definitiva, hay vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente, en su dimensión de acceso a la jurisdicción mediante el ejercicio de la acción penal (art. 24.1 CE), y de su derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes a su defensa (art. 24.2 CE) porque las decisiones judiciales de no proseguir con la indagación penal (i) no explican en modo alguno las razones por las que se cierra la investigación en ese momento procesal concreto considerando innecesaria la práctica de nuevas diligencias de investigación, cuando había diligencias que habrían podido resultar útiles y pertinentes; (ii) dejan sin respuesta la petición de diligencias de investigación oportunamente formulada por la recurrente, parte en el proceso judicial (STC 26/2018, de 5 de marzo, FJ 3); y (iii) no responden al deber de investigar sobre los hechos teniendo en cuenta la específica dificultad probatoria derivada de las circunstancias del caso y el interés superior del menor en quedar adecuadamente protegido de cualesquiera situaciones de violencia. Se archivan las actuaciones sin despejar la sospecha fundada sobre los hechos y su relevancia penal, siendo estos susceptibles de una indagación más profunda (SSTC 34/2008, FJ 4; 26/2018, FJ 3, y 87/2020, FJ 4).

Desde este punto de vista, la sentencia carece de la perspectiva de protección del menor frente a la violencia, que ha de presidir la resolución de todas las cuestiones referidas a situaciones en que se ven comprometidos, de manera prioritaria, los intereses de una persona menor de edad.

3. Vulneración de la garantía de contradicción (art. 24.2 CE).

La sentencia aprobada por la mayoría llega a la conclusión de que la recurrente no ha visto vulnerada la garantía de contradicción al no apreciarse que la actividad judicial le produjera indefensión. Esta conclusión se apoya en los siguientes argumentos: (i) la hoy demandante de amparo no solicitó la práctica de ninguna diligencia de investigación mientras la instrucción se encontraba abierta, pese a que pudo hacerlo al tener nombrado abogado de oficio desde un momento muy anterior a su cierre; (ii) cuando la demandante solicitó la exploración del menor y la pericial de contraste ya se había dictado el auto de sobreseimiento y archivo de la causa, y tal solicitud no tenía por objeto la reapertura de la fase de instrucción, sino la apertura de la fase de juicio oral, por considerar la demandante que las diligencias practicadas aportaban el material incriminatorio preciso para pasar a dicha fase procesal; y (iii) esta misma es la petición deducida en la demanda de amparo y, para atenderla, este tribunal debería realizar una labor de valoración de los resultados de las diligencias desarrolladas durante la instrucción de la causa que corresponde a los órganos de la jurisdicción ordinaria, y queda fuera de la competencia y funciones de esta jurisdicción constitucional.

Pese a que tales argumentos resultan conformes con la doctrina de este tribunal, consideramos, con todos los respetos a la mayoría de la Sala, que era posible –y adecuado en el caso sometido a enjuiciamiento– efectuar un juicio menos formalista y más enfocado en la afectación material del derecho de la recurrente de amparo a un juicio con todas las garantías (art. 24.2 CE), en concreto, la garantía de contradicción, que estimamos sí resultó vulnerada por los órganos judiciales. Así, si bien es cierto que el punto segundo del suplico de la demanda indica que el reconocimiento de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de doña M.C.I.T., por quiebra de los principios de inmediación y contradicción, conlleva «innecesariamente [sic] la continuación de las diligencias previas en procedimiento abreviado», también lo es que la solicitud que se dirige al Tribunal consiste única y exclusivamente en que «[s]e declare la nulidad de pleno derecho del auto de fecha 1 de julio de 2020, dictado por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 3 de Vera, recurrid[o], así como de la posterior resolución que la confirmó, que no es otra que el auto de fecha 26 de marzo de 2021, dictado por la Ilustrísima Audiencia Provincial de Almería, Sección Tercera» (punto tercero del suplico), y que «[s]e restablezca a mi mandante en la integridad de sus

derechos, y en particular del derecho a la tutela judicial efectiva» (punto cuarto del suplico). En otras palabras, no se pide al Tribunal que se pronuncie sobre la apertura de juicio oral en la causa, sino tan solo que anule la resolución que acordó el sobreseimiento provisional y archivo de la causa penal, así como aquella que la confirmó, y que restablezca a la recurrente en la integridad de sus derechos. Se deja así abierta al Tribunal la determinación del modo en que debe producirse el restablecimiento de esos derechos fundamentales, caso de estimarse el amparo, lo que nos habría permitido hacer un pronunciamiento anulatorio de las resoluciones recurridas con retroacción de actuaciones al momento anterior a su dictado, sin exceder en modo alguno las competencias y funciones que este tribunal tiene asignadas.

Consideramos que esta es la resolución que debió adoptarse por los motivos, también expresados durante la deliberación, que pasamos a exponer:

(i) El elemento clave que determinó el cierre de la instrucción con la conclusión de que no había indicios de delito fue el informe emitido por la Fundación Márgenes y Vínculos. De hecho, el contenido de este informe, literalmente transcrito en los fundamentos jurídicos de las resoluciones judiciales impugnadas, pasó a constituir el grueso de la argumentación jurídica de la decisión de sobreseimiento y archivo de la causa. Pese a la relevancia que tanto el juzgado de instrucción como la Audiencia Provincial atribuyeron a dicho informe, no se concedió a las partes, en concreto a la hoy demandante –entonces denunciante–, la posibilidad de pedir aclaraciones o formular objeciones en los términos previstos por el art. 483 LECrim.

(ii) La falta de sometimiento del informe a contradicción no es imputable a la actuación procesal de la propia demandante de amparo. Es cierto que meses antes a la decisión de archivo, y a petición de la demandante de amparo, se había procedido al nombramiento de abogado y procurador de oficio al menor. En ese momento la causa se encontraba pendiente de la emisión del informe solicitado a la Fundación Márgenes y Vínculos. Cuando el informe se incorporó a la causa, el juzgado dio traslado del mismo por error a un letrado diferente del que tenía asignada la defensa del menor en ese momento. Ello no obstante, la entonces denunciante –hoy recurrente en amparo– tardó escasos días en presentar un escrito interesando su personación en la causa como acusación particular, y nombrando abogado y procurador de libre designación para asumir su defensa y representación. Del mismo modo, la hoy recurrente en amparo acudió al juzgado a formalizar *apud acta* la representación conferida a dichos profesionales antes de la fecha señalada por el juzgado al efecto. En ese momento, el 29 de junio de 2020, se dio traslado de todo lo actuado –incluido el informe de la Fundación Márgenes y Vínculos– a los nuevos profesionales designados por doña M.C.I.T. Dos días después se dictó el auto de sobreseimiento y archivo de la causa. En estas circunstancias parece razonable considerar que la primera vía que tuvo la demandante de amparo para reclamar la contradicción del informe fue precisamente la utilizada, el recurso de reforma frente a la resolución de sobreseimiento y archivo.

(iii) Compartimos lo manifestado por el Ministerio Fiscal en el sentido de que el informe de la Fundación Márgenes y Vínculos contenía afirmaciones que hubieran precisado de ratificación, aclaración y desarrollo por parte de sus autoras. Así encontramos, en primer lugar, que el juzgado había solicitado de la Fundación que «efectuase seguimiento y evaluación del hijo menor de doña M.C.I.T., y don D.Z.H., y, a la vista del mismo, informase acerca de la conveniencia y utilidad de efectuar una prueba preconstituida de exploración del menor». El informe emitido rebasó de manera patente el objeto de la encomienda y, además de afirmar la inconveniencia de explorar judicialmente al menor, se extendió a la emisión de una opinión negativa en relación con la credibilidad tanto del menor como de la propia denunciante, y favorable a la ampliación del régimen de visitas entre el menor y el padre investigado (que se justifica con argumentos más propios de un pleito civil de familia que de una investigación penal sobre abusos sexuales en que esta cuestión no se ha planteado). Pero además, el informe dejaba abiertas cuestiones muy relevantes que, desde luego, habrían precisado de alguna aclaración, como el hecho de que la incredibilidad del menor se extendiera

únicamente al episodio de autos pero no a otros episodios relatados por el niño, entre los que se encontraban algunos que indicaban una cierta carga sexual en la relación paterno-filial o la transmisión del padre al hijo de comportamientos de denigración de la madre, rayanos con la violencia de género.

Por estas razones consideramos que la denegación de la posibilidad de someter ese informe, esencial para la continuación del proceso penal, a contradicción de las partes, hecha de forma tácita y sin expresar las razones que la justifican, constituye una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en concreto la garantía de contradicción.

Madrid, a veintitrés de octubre de dos mil veintitrés.–Inmaculada Montalbán Huertas.–María Luisa Balaguer Callejón.–Firmado y rubricado.