

José M^a Asencio Mellado

Olga Fuentes Soriano

Directores

El proceso como garantía

AUTORES

Coral Arangüena Fanego
Alicia Armengot Vilaplana
Silvia Barona Vilar
Ana Beltrán Montoliu
Alicia Bernardo San José
Brian Buchhalter Montero
Sonia Cano Fernández
Marta Cantos Pardo
José Caro Catalán
Rebeca Castrillo Santamaría
Roser Casanova Martí
Elisabet Cerrato Guri
Luis-Andrés Cucarella Galiana
Xulio Ferreiro Baamonde
Olga Fuentes Soriano
Xènia Fuguet Carles
Tamara Funes Beltrán
Gemma García-Rostán Calvín
Fernando Gascón Inchausti
Jordi Gimeno Beviá
Piedad González Granda
Alicia González Navarro
Belén Hernández Moura
Juan F. Herrero Perezagua
Andrea Jamardo Lorenzo
María Nieves Jiménez López
Mar Jimeno Bulnes
Elena Laro González
Christa M. Madrid Boquín

Núria Mallandrich Miret
Diana Marrero Guanche
José Martín Pastor
Pilar Martín Ríos
Rodrigo Miguel Barrio
Ana Montesinos García
Julio Muerza Esparza
Pablo Muyo Bussac
Ana María Neira Pena
Luis Miguel Pérez Aguilera
Agutín-J Pérez-Cruz Martín
Miren Josune Pérez Estrada
María Ángeles Pérez Marín
Francesc Pérez Tortosa
Joan Picó Junoy
Esther Pillado González
Virginia Ramos Febrer
Ana Rodríguez Álvarez
M^a Isabel Romero Pradas
Consuelo Ruiz de la Fuente
Bárbara Sánchez López
Guillermo Schumann Barragán
Mercedes Serrano Masip
David Soto Díaz
Andrea Spada Jiménez
David Vallespín Pérez
Antonio José Vélez Toro
Ana María Vicario Pérez
Nerea Yugueros Prieto

PROGRAMA DEL MEMORIAL

PRÓLOGO	23
<i>José M^º Asencio Mellado y Olga Fuentes Soriano</i>	

I. JURISDICCIÓN, ACCIÓN Y PROCESO. GARANTÍAS

LOS TRIBUNALES DE INSTANCIA, <i>TRENDING TOPIC</i> EN LA REFORMA DE LA ORGANIZACIÓN JUDICIAL ESPAÑOLA.	29
<i>Silvia Barona Vilar</i>	
LA FISCALÍA EUROPEA: UN BREVE RECORRIDO POR LA «INSTITUCIÓN»	59
<i>Mar Jimeno Bulnes</i>	
EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL PARA LA PERSECUCIÓN DE DELITOS CONTRA EL MEDIOAMBIENTE	105
<i>Diana Marrero Guanche</i>	
LA INDEPENDENCIA JUDICIAL EN ESPAÑA. ¿MITO O REALIDAD?	121
<i>Agustín-J. Pérez-Cruz Martín</i>	
REFLEXIONES EN TORNO A LA FUTURA ADAPTACIÓN DE LA DIRECTIVA (UE) 2020/1828 EN MATERIA DE ACCIONES DE REPRESENTACIÓN	153
<i>Alicia Armengot Vilaplana</i>	
EL DERECHO AL JUEZ LEGAL: UNA GARANTÍA PROCESAL A EXIGIR	165
<i>Sonia Cano Fernández</i>	

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reproducere, plagiar, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

© 2023 Los autores

© 2023 Atelier

Santa Dorotea 8, 08004 Barcelona
e-mail: editorial@atelierlibros.es
www.atelierlibrosjuridicos.com
Tel. 93 295 45 60

I.S.B.N.: 978-84-19773-06-7

Depósito legal: B 9801-2023

Diseño de la colección y de la cubierta: Eva Ramos

Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona
www.addenda.es

Impresión: Winihard Gràfics, Avda. del Prat 7, 08180 Moià

LA CONCILIACIÓN DE INTERESES EN ARAS DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN LA RECIENTE DOCTRINA DEL LITISCONSORCIO ACTIVO NECESARIO: CONSIDERACIONES CRÍTICAS	175
<i>Piedad González Granda</i>	
EL RECONOCIMIENTO DE PERSONALIDAD JURÍDICA A LA LAGUNA DEL MAR MENOR Y SU CUENCA: ¿UNA GARANTÍA ADICIONAL PARA LA PROTECCIÓN DE ESTE ECOSISTEMA?	187
<i>Alicia González Navarro</i>	
LOS JUECES DE PAZ: UNA ESPECIE EN PELIGRO DE EXTINCIÓN. REFLEXIONES EN TORNO A ESPAÑA E INGLATERRA	195
<i>Christa M. Madrid Boquín</i>	
LA INTERVENCIÓN DE LAS ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES Y USUARIOS COMO PARTE ACUSADORA EN EL PROCESO PENAL CONFORME CON EL ART. 109.3BIS LECRIM	203
<i>Núria Mallandrich Miret</i>	
LA DIGITALIZACIÓN DE LA JUSTICIA Y EL RETO DE LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y DE LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO.	213
<i>José Martín Pastor</i>	
JUSTICIA 2030: EL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA	237
<i>Miren Josune Pérez Estrada</i>	
LA AVOCACIÓN EJERCIDA POR EL FISCAL DELEGADO Y SU INCIDENCIA EN LA ACUSACIÓN POPULAR: LA PRETENDIDA SUPRESIÓN DE LA ACUSACIÓN POPULAR	247
<i>María Ángeles Pérez Marín</i>	
SILENCIO Y PROCESO PENAL	255
<i>Ana Rodríguez Álvarez</i>	
DESCANSE EN PAZ EL PROCEDIMIENTO DE JURA DE CUENTAS: COMENTARIO DE URGENCIA DE LA STJUE DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 2022, VICENTE Y DELIA, C-335/21.	261
<i>Bárbara Sánchez López</i>	
CONSIDERACIONES SOBRE EL TRIBUNAL UNIFICADO DE PATENTES DESDE LA PERSPECTIVA DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL	273
<i>Mercedes Serrano Masip</i>	
EL ACCESO A LA JUSTICIA EN MATERIA DE MEDIOAMBIENTE	281
<i>Andrea Spada Jiménez</i>	

DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA Y LEGITIMACIÓN MEDIOAMBIENTAL: ASPECTOS CONTROVERTIDOS	293
<i>Nerea Yugueros Prieto</i>	

II. GARANTÍAS EN EL PROCESO CIVIL

LAS GARANTÍAS PROCESALES EN EL ARBITRAJE	307
<i>José Caro Catalán</i>	
RÉGIMEN JURÍDICO DE LA DISCAPACIDAD EN EL PROCESO CIVIL	319
<i>Gemma García-Rostán Calvín</i>	
INSTRUMENTALIDAD E INSTRUMENTALIZACIÓN DEL RÉGIMEN DE LAS COSTAS PROCESALES.	331
<i>Juan F. Herrero Perezagua</i>	
EL JUICIO VERBAL DESDE LA ÓPTICA DEL MODELO CONSTITUCIONAL DE JUICIO JUSTO	361
<i>David Vallespín Pérez</i>	
EFICIENCIA PROCESAL DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA: REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD EN EL PROCESO CIVIL Y DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA	379
<i>Ana Beltrán Montoliu</i>	
EL DERECHO A UNA «AUDIENCIA PÚBLICA» COMO GARANTÍA FUNDAMENTAL DEL DERECHO A UN PROCESO JUSTO. (A PROPÓSITO DE LA FACULTAD DEL JUEZ DE DENEGAR LA SOLICITUD DE CELEBRACIÓN DE VISTA EN EL JUICIO VERBAL SEGÚN LA REFORMA PROYECTADA)	389
<i>Alicia Bernardo San José</i>	
EL NUEVO CRITERIO DE ESPECIALIZACIÓN DE LOS JUZGADOS DE LO MERCANTIL, CONSECUENCIAS EN MATERIA DE PROPIEDAD INDUSTRIAL	399
<i>Marta Cantos Pardo</i>	
EL ACCESO A LAS FUENTES DE LA PRUEBA PERICIAL POR LA PARTE DEMANDADA: UNA MANIFESTACIÓN DE LA GARANTÍA PROCESAL DEL DERECHO A LA PRUEBA ..	411
<i>Rebeca Castrillo Santamaría</i>	
INTERESES DIFUSOS Y LEGITIMACIÓN PARA LA DEFENSA DEL DERECHO A LA IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN	421
<i>Luis-Andrés Cucarella Galiana</i>	

NUEVA INSTITUCIÓN PROCESAL DE FACILITACIÓN DE INFORMACIÓN: EL ACCESO A FUENTES DE PRUEBA.....	431
<i>Xènia Fuguet Carles</i>	
EL DERECHO A LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA Y LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL: EL ALGORITMO COMO SOLUCIÓN A LA DILACIÓN TEMPORAL EN LA RESOLUCIÓN DE LOS EXPEDIENTES	443
<i>Rodrigo Miguel Barrio</i>	
LA PRECLUSIÓN COMO LÍMITE A LA INTERVENCIÓN JUDICIAL EN LOS SUPUESTOS DE INSUFICIENCIA PROBATORIA	455
<i>Luis Miguel Pérez Aguilera</i>	
TRATAMIENTO PROCESAL DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO CIVIL.....	465
<i>Joan Picó Junoy</i>	
ACTOS DE COMUNICACIÓN Y ACCESO AL PROCESO: EL EMPLAZAMIENTO DEL DEMANDADO EN PRONUNCIAMIENTOS RECIENTES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	479
<i>M^a Isabel Romero Pradas</i>	
EL ACCESO A LAS FUENTES DE PRUEBA EN CASOS DE INFRACCIÓN DE LA COMPETENCIA. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA RELATIVA AL CÁRTEL DE CAMIONES	493
<i>Consuelo Ruiz de la Fuente</i>	
PLENARIEDAD Y SUMARIEDAD EN EL JUICIO VERBAL	503
<i>Antonio José Vélez Toro</i>	
III. GARANTÍAS EN EL PROCESO PENAL	
GARANTÍAS PROCESALES EN LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA	515
<i>Coral Arangüena Fanego</i>	
ENTRE «SÓLO SÍ ES SÍ» Y «YO SÍ TE CREO»: ¿PRESUNCIÓN DE INOCENCIA E INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA PERSECUCIÓN DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL TRAS LA REFORMA DE 2022?	535
<i>Fernando Gascón Inchausti</i>	
SOBRE EL ACCESO A LA INFORMACIÓN DEL INVESTIGADO.....	565
<i>Julio Muerza Esparza</i>	

PRECONSTITUCIÓN DE LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA MENOR DE EDAD	591
<i>Esther Pillado González</i>	
LAS GARANTÍAS DEL PROCESO PENAL EN LA INVESTIGACIÓN PARLAMENTARIA. . .	611
<i>Brian Buchhalter Montero</i>	
ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LA PRUEBA DE LOS DELITOS SEXUALES A LA LUZ DE LA LO 10/2022 DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL	619
<i>Elísabet Cerrato Guri y Roser Casanova Martí</i>	
EL CONTROL JUDICIAL DE LA LEGALIDAD DE LA PRUEBA OBTENIDA A TRAVÉS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL.	629
<i>Xulio Ferreiro Baamonde</i>	
LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL DECOMISO AMPLIADO	641
<i>Tamara Funes Beltrán</i>	
IMPLICACIONES PROCESALES DEL #YOSÍTECREO EN LA VALORACIÓN DEL TESTIMONIO DE LA VÍCTIMA-TESTIGO	653
<i>Belén Hernández Moura</i>	
LA CADENA DE CUSTODIA Y SU INCIDENCIA EN EL DERECHO A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTÍAS EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.	665
<i>Andrea Jamardo Lorenzo</i>	
EL DESALOJO DE BIENES INMUEBLES EN LOS DELITOS DE OCUPACIÓN ILÍCITA: ¿SE CUMPLEN LAS GARANTÍAS PROCESALES EN LA ACTUACIÓN POLICIAL?	677
<i>María Nieves Jiménez López</i>	
LA DECLARACIÓN POR VIDEOCONFERENCIA EN LA COOPERACIÓN JUDICIAL PENAL.	685
<i>Elena Laro González</i>	
«LA PROTECCIÓN DEL MENOR TESTIGO EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL: ¿EL FIN JUSTIFICA LOS MEDIOS?»	695
<i>Pilar Martín Ríos</i>	
AFECTACIÓN DE LOS DERECHOS Y GARANTÍAS PROCESALES POR EL EMPLEO DE ALGORITMOS PREDICTIVOS*	703
<i>Ana Montesinos García</i>	
TRES REFLEXIONES SOBRE LA INSTRUCCIÓN PENAL COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS	715
<i>Pablo Muyo Bussac</i>	

JUSTICIA PREDICTIVA Y PRISIÓN PREVENTIVA. UNA APUESTA GARANTISTA	727
<i>Ana María Neira Pena</i>	
EL DERECHO DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR A UNA INVESTIGACIÓN SUFICIENTE Y EFICAZ EN EL ENJUICIAMIENTO DE LA VIOLENCIA SOBRE LA MUJER EN LA PAREJA ÍNTIMA HETEROSEXUAL Y DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA	737
<i>Francesc Pérez Tortosa</i>	
EL ART. 416 DE LECRIM COMO GARANTÍA EN EL PROCESO PENAL. ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LAS TESTIFICALES DE MENORES	747
<i>Virginia Ramos Febrer</i>	
CUANDO EL DEBER SE TORNA EN PERJUICIO: ¿PUEDE UTILIZARSE COMO PRUEBA CONTRA UN TESTIGO SU DECLARACIÓN EN OTRO PROCESO?	757
<i>Guillermo Schumann Barragán</i>	
LA PROBLEMÁTICA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE PROTECCIÓN DE DATOS AL PROCESO PENAL ESPAÑOL	773
<i>David Soto Díaz</i>	
LA COMPARECENCIA OBLIGATORIA DEL REPRESENTANTE DE LA PERSONA JURÍDICA EN EL JUICIO ORAL A LA LUZ DEL ANTEPROYECTO LECRIM: ¿UNA VULNERACIÓN DE LAS GARANTÍAS PROCESALES?	781
<i>Ana María Vicario Pérez</i>	

EPÍLOGO
LAS GARANTÍAS PROCESALES EN LA DOCTRINA
DEL PROF. GIMENO SENDRA

DESDE LAS GARANTÍAS HACIA LA SIMPLIFICACIÓN DE LA JUSTICIA PENAL EN LA OBRA DEL PROF. GIMENO SENDRA.	793
<i>Jordi Gimeno Beviá</i>	
DISCURSO PRONUNCIADO POR LA PROFESORA OLGA FUENTES SORIANO CON MOTIVO DE LA INAUGURACIÓN DEL <i>AULA VICENTE GIMENO SENDRA</i> EN LA UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ, EL DÍA 17 DE NOVIEMBRE DE 2022.	803

El derecho de la acusación particular a una investigación suficiente y eficaz en el enjuiciamiento de la violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual y de la violencia doméstica¹

Francesc Pérez Tortosa
Universidad de Málaga

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA ACCIÓN PENAL COMO DERECHO AL PROCESO INCARDINADO EN EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. 3. EL CANON REFORZADO DEL DERECHO A UNA INVESTIGACIÓN SUFICIENTE Y EFICAZ: LA STC 87/2020, DE 20 DE JUNIO. 3.1. El riesgo de una utilización del canon reforzado como estrategia dilatoria: derecho a la investigación suficiente y eficaz vs. interés superior del menor. 4. CONCLUSIONES. 5. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El ordenamiento procesal español prevé —entre otras posibilidades— el ejercicio de la acción penal por parte del sujeto pasivo del delito, por lo que, en consecuencia, deviene titular del derecho de acción, que se incardina en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

El Tribunal Constitucional ha establecido —dentro del derecho de acción— un canon general del derecho a una investigación suficiente y eficaz por el que se exige que la decisión de sobreseimiento esté motivada y fundada en derecho. No obstante, y como consecuencia de las exigencias del TEDH, el Tribunal Constitucional ha formulado un canon reforzado del derecho a una investigación suficiente y eficaz en el enjuiciamiento de la violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual y de la violencia doméstica, por el que únicamente se decretará el sobreseimiento cuando se pueda descartar toda sospecha fundada de delito.

En ocasiones, cuando de la pendencia del proceso penal se deriven especialidades en las medidas paterofiliales, este canon reforzado puede entrar en conflicto con el interés superior del menor.

1. Comunicación presentada al VIII Memorial Manuel Serra Domínguez: «El proceso como garantía» (Universidad de Alicante y Universidad Miguel Hernández de Elche, 17 y 18 de noviembre de 2022), resultado del proyecto de I+D+i de Generación de Conocimiento, titulado Sostenibilidad ambiental, social y económica de la justicia. Retos de la Agenda 2030. (SOST JUST 2030), con referencia PID2021-126145OB-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/ y «FEDER Una manera de hacer Europa».

1. Introducción

El régimen del ejercicio de la acción penal en el ordenamiento jurídico español está informado por la norma general de que «la acción penal es pública» (art. 101 LECrim). Así, nos situamos ante una regulación —en opinión de Gimeno, de una «extremada generosidad»²— que atribuye la legitimación para acusar tanto al Ministerio Fiscal cuanto a la ciudadanía. De esta forma, la *publicidad* de la acción penal tiene en el ordenamiento jurídico español dos propiedades esenciales³: en primer lugar, la *oficialidad*, en la medida en la que se impone al Ministerio Fiscal el deber de acusar (art. 105 LECrim); y, en segundo lugar, la *popularidad*, reconociéndose la legitimación para acusar a los ciudadanos, hayan sido o no ofendidos por el delito⁴. Esta popularidad de la acción tiene dos fundamentos: en primer lugar, se constituye como un instrumento de participación de la ciudadanía en la Administración de Justicia; y, en segundo lugar, deviene en un mecanismo de fiscalización de la actividad del Ministerio Fiscal ante la desconfianza que puede generar su proceder en determinados procesos. La doctrina destaca estos dos fundamentos —especialmente el de la desconfianza en la actuación del Ministerio Fiscal— respecto de la acción popular⁵, sin embargo, en nuestra opinión, ambas justificaciones son aplicables, igualmente, respecto de la acusación particular. Por un lado, el acusador parti-

cular también es un ciudadano que participa en la Administración de Justicia y que, pese a ser el ofendido o el perjudicado por el delito, no atesora la titularidad del *ius puniendi*. Por otro lado, existen casos, por ejemplo, de corrupción política —un delito de prevaricación en un concurso público con varias ofertas—, o un delito medioambiental en el que haya un ofendido directo —v. gr., el propietario de unas plantaciones arruinadas por un vertido tóxico—, en el que la personación del ofendido o del perjudicado como acusación particular también podría estar inspirada, entre otras circunstancias, por la desconfianza en la actuación del Ministerio Fiscal.

De esta forma, la ciudadanía asume un papel similar al del Ministerio Fiscal en la medida en la que se pretende promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, procurando la tutela del interés público ante la existencia de hechos aparentemente constitutivos de delito⁶. Esta alta responsabilidad —cuando no encomienda— es ejercida por los particulares a través del ejercicio de la acción penal, entendida como un derecho al proceso garantizado constitucionalmente como una de las manifestaciones del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

2. La acción penal como derecho al proceso incardinado en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva

El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24.1 CE⁷ es un derecho de contenido indeterminado en el texto constitucional. En este sentido, ha sido el Tribunal Constitucional el que ha ido subsu-
miendo en el mismo: a) el derecho al proceso; b) el derecho a una resolución de fondo fundada en derecho; c) el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales; y d), el derecho a los recursos legalmente establecidos⁸. Además, el Tribunal Constitucional ha resuelto que las normas procesales han de interpre-

2. GIMENO SENDRA, V., 2019. *Derecho Procesal Penal*. 3ª ed. Cizur Menor: Civitas. ISBN 9788413086286, p. 218.

3. CORDÓN MORENO, F., 2002. *Las garantías constitucionales del procesal penal*. 2ª ed. Cizur Menor: Aranzadi. ISBN 9788497670494, pp. 31-32.

4. La acusación particular —ya sea la ejercida por los ofendidos o perjudicados, o por los no ofendidos— tiene una cierta contestación en la actualidad en parte de la doctrina, apostándose por el sistema de acusación en régimen de monopolio por el Ministerio Fiscal. GUIBERT OVEJERO-BECERRA, S., 2017. *El Ministerio Fiscal en el siglo XXI*. Valencia: Tirant lo Blanch. ISBN 9788491195245, p. 345; CASTILLEJO MANZANARES, R., 2010. *Hacia un nuevo proceso penal: cambios necesarios*. Las Rozas: La Ley. ISBN 9788481266894, p. 51; y LANZAROTE MARTÍNEZ, P., 2008. *La autonomía del Ministerio Fiscal en el proceso penal y la reforma de su Estatuto Orgánico*. Las Rozas: La Ley. ISBN 9788497259774, pp. 63-64. En este sentido, el Tribunal Supremo ha afirmado que la atribución del *ius puniendi* del Estado en forma monopolística al Ministerio Público es una opción «que caracteriza al derecho penal moderno» y ello con el único argumento —ciertamente vago— de que en el derecho comparado se apuesta por un sistema más restrictivo. STS, Sala de lo Penal, 1045/2007, de 17 de diciembre [ECLI:ES:TS:2007:8025], FD 1º. Por el contrario, nos posicionamos con los que —como Fuentes Soriano— defienden la vigencia de nuestro sistema acusatorio y de las distintas formas de ejercicio y mantenimiento de la acción penal que «no sólo deben mantenerse sino que son perfectamente compatibles con la existencia de un derecho procesal penal moderno». FUENTES SORIANO, O., 2003. *El Ministerio Fiscal. Consideraciones para su reforma* [en línea]. Documento de trabajo 16/2003. Fundación Alternativas. [Consulta: 2 agosto 2022]. ISBN 8496204154. Disponible en: <https://www.fundacionalternativas.org/laboratorio/documentos/documentos-de-trabajo/el-ministerio-fiscal-consideraciones-para-su-reforma>, p. 34.

5. Martínez García, en GÓMEZ COLOMER, J.-L. y BARONA VILAR, S. (coords.), 2022. *Proceso penal. Derecho Procesal III*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch. ISBN 9788411472319, p. 84; Banacloche, en BANACLOCHE PALAO, J. y ZARZALEJOS NIETO, J., 2021. *Aspectos fundamentales de Derecho procesal penal*. 5ª ed. Las Rozas: Wolters Kluwer. ISBN 9788418662522, pp. 100-101; Calaza, en ASENCIO MELLADO, J.M. (dir.), y FUENTES SORIANO, O. (coord.), 2020. *Derecho Procesal Penal*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch. ISBN 9788413559544, p. 61; GUIBERT OVEJERO-BECERRA, S., 2017. *El Ministerio Fiscal en el siglo XXI*, óp. cit., p. 343; ASENCIO MELLADO, J.M., 2015. *Derecho Procesal Penal*. 7ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch. ISBN 9788491190448, pp. 62-63; y OCHOA MONZÓ, V., 2011. La acción popular. En: J.M. ASENCIO MELLADO y O. FUENTES SORIANO (dirs.), y C. CUADRADO SALINAS (coord.), *La reforma del proceso penal*. Las Rozas: La Ley. pp. 113-164. ISBN 9788481268706, cita en p. 120.

6. En el mismo sentido, Montero, en MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.-L., BARONA VILAR, S., ESPARZA LEIBAR, I. y ETXEBERRIA GURIDI, J.F., 2019. *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*. 27.ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch. ISBN 9788413139258, p. 80; y OROMI VALL-LLOVERA, S., 2003. *El ejercicio de la acción popular (Pautas para una futura regulación legal)*. Madrid y Barcelona: Marcial Pons. ISBN 9788497680813, p. 33. En la jurisprudencia, STS, Sala de lo Penal, 895/1997, de 26 de septiembre [ECLI:ES:TS:1997:5661], ponente: Gregorio García Ancos, FD XI.

7. De interés, Asencio, en ASENCIO MELLADO, J.M. (dir.), y FUENTES SORIANO, O. (coord.), 2019. *Introducción al Derecho Procesal*. Valencia: Tirant lo Blanch. ISBN 9788413362304, pp. 164-168; MARTÍN DIZ, F., 2019. El derecho fundamental a justicia: Revisión integral e integradora del derecho a la tutela judicial efectiva. *Revista de Derecho Político*, n.º 106, pp. 13-42. ISSN 21745625. DOI 10.5944/rdp.106.2019.26146; De la Oliva, en DE LA OLIVA SANTOS, A., Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J., 2004. *Derecho procesal. Introducción*. 3ª ed. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces. ISBN 9788480046466, pp. 417-441. En relación con las personas jurídicas, GIMENO BEVIÁ, J., 2015. Los derechos fundamentales de la persona jurídica en el proceso penal. En: N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO y E. DEMETRIO CRESPO (dirs.), y Á. SANZ HERMIDA (coord.), *Legalidad y Defensa: Garantías Constitucionales del Derecho y la Justicia Penal*. Madrid: Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, pp. 311-334. ISBN 9788494276415.

8. Por todas, STC, Sala Segunda, 26/1983, de 13 de abril [ECLI:ES:TC:1983:26], ponente: Francisco Rubio Lorente, FJ 2.

tarse en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva⁹, dando cobertura en este derecho tanto al resto de derechos del artículo 24 CE cuanto a cualquier queja o reclamación constitucional en relación con el ordenamiento procesal¹⁰. De esta forma, Gimeno apunta que el artículo 24.1 CE se ha convertido en una suerte de «cajón de sastre» donde tienen cabida todos los derechos fundamentales de incidencia procesal que no pueden ser subsumidos en los demás derechos del artículo 24 CE que, por separado y con un contenido perfectamente delimitado con respecto a los demás, vendrán a fundamentar el derecho a un proceso debido o con todas las garantías¹¹.

En cualquier caso, en el proceso penal, el derecho al proceso del que goza la acusación particular no se constituye —en todo caso— como un derecho ilimitado a la incoación del procedimiento y a la obtención de una sentencia¹². Ahora bien, el archivo de las actuaciones sin practicar las mínimas diligencias de investigación sí puede vulnerar el derecho de acción —en definitiva, el derecho al proceso— de la acusación particular.

3. El canon reforzado del derecho a una investigación suficiente y eficaz: la STC 87/2020, de 20 de junio

El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva debe consagrarse en el proceso respecto de todas las partes personadas y no solo, en el proceso penal, del sujeto pasivo del mismo, sino también de las acusaciones¹³. Además, el dere-

cho fundamental a la tutela judicial efectiva se manifiesta en el derecho de la acusación a una investigación suficiente y eficaz de los hechos objeto del proceso iniciado a su instancia.

A este respecto, el Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de pronunciarse¹⁴ en un asunto en el que una mujer denunció a su marido por los presuntos delitos de coacciones e injurias y que, en su declaración durante la instrucción, amplió la denuncia al delito de maltrato habitual. Tras personarse como acusación particular, la denunciante solicitó la práctica de una serie de diligencias de investigación, como un informe de la Unidad de valoración forense integral adscrita al juzgado. Tras oír a la denunciante y, posteriormente, al investigado, el juzgado decretó el sobreseimiento provisional por no apreciar indicios de la comisión de ninguno de los delitos por los que el marido venía investigado, y ello sin acordar la práctica de ninguna de las diligencias de investigación solicitadas por la mujer. Tras el recurso de amparo interpuesto por la acusación particular, el Tribunal Constitucional estimó que se había vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de la mujer denunciante.

El Tribunal, tras recordar el contenido del derecho de acción, hace referencia —en un primer momento de la sentencia— el canon general de protección del derecho del acusador particular a una investigación suficiente. Así,

[l]a 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. FJ 3.

Seguidamente, el Tribunal se hace eco de la jurisprudencia del TEDH en relación con el deber de los Estados de establecer un canon de investigación reforzado en los delitos de violencia doméstica y de violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual¹⁵, y establece que —en estos supuestos— la investigación solo se agotará cuando se pueda «descartar toda sospecha fundada de delito»¹⁶. En este sentido, la sentencia establece que el canon reforzado del

GARCÍA, *Nuevas tendencias en la interpretación de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Universitas, pp. 507-526. ISBN 9788479914257.

14. STC, Sala Segunda, 87/2020, de 20 de julio [ECLI:ES:TC:2020:87], ponente: Antonio Narváez Rodríguez.

15. Entre otras, STEDH de 9 de junio de 2009 [ECLI:CE:ECHR:2009:0609JUD003340102], Opuz vs. Turquía; STEDH de 15 de enero de 2009 [ECLI:CE:ECHR:2009:0115JUD004659806], Branko Tomašić y otros vs. Croacia; STEDH de 31 de mayo de 2007 [ECLI:CE:ECHR:2007:0531JUD000751004], Kontrová vs. Eslovaquia; y STEDH de 28 de octubre de 1998 [ECLI:CE:ECHR:1998:1028JUD002345294], Osman vs. Reino Unido.

16. «para que la investigación penal concretamente desplegada satisfaga el derecho a la tutela judicial efectiva de quien se encuentra en posición de víctima en supuestos de violencia de género o cometida en un entorno familiar o

9. Por todas, STC, Sala Segunda, 29/1985, de 28 de febrero [ECLI:ES:TC:1985:29], ponente: Francisco Pera Verdaguier, FJ 2.

10. CORDÓN MORENO, F., 2002. *Las garantías constitucionales...*, óp. cit., p. 45. A este respecto, añade el autor (Id.) que «[l]a lesión de cualesquiera de aquellos derechos o garantías comporta la violación del derecho a la tutela, pero no a la inversa: no toda violación de la tutela judicial efectiva es subsumible en aquellas garantías».

11. GIMENO SENDRA, V., 2019. *Derecho Procesal Penal*, óp. cit., p. 115. Para González Navarro, «el cajón sería menos desastre si se delimitaran con nitidez las garantías que protege cada derecho, evitando de esta forma las colisiones entre unos y otros derechos». GONZÁLEZ NAVARRO, A., 2004. *Acusación y defensa en el proceso penal*. Barcelona: Bosch. ISBN 9788497900911, p. 97.

12. «Es doctrina reiterada de este Tribunal que la primera nota esencial del derecho a la tutela que han de cumplir los Tribunales es la de posibilitar el libre acceso de las partes al proceso. En nuestro proceso penal dicho libre acceso, y en lo que a la constitución de las partes acusadoras se refiere, se garantiza mediante la consagración de la acción penal popular (art. 125 C.E.) y, por ende, de la acusación particular y privada, cuya protección se encuentra garantizada por el derecho a la tutela del art. 24 C.E., pues es un interés digno de protección el que el ofendido tiene en orden a solicitar la actuación del ius puniendi del Estado a fin de obtener la plena vigencia del principio sustantivo de legalidad (STC 37/1993). Es cierto que este ius ut procedatur que ostenta el querellante no contiene ni un derecho absoluto a la incoación de toda instrucción penal, ni un derecho incondicionado a la apertura del juicio oral, pues el derecho de querrela no conlleva el de la obtención de una Sentencia favorable a la pretensión penal (SSTC 203/1989 y 191/1992, entre otras)». STC, Sala Primera, 40/1994, de 15 de febrero [ECLI:ES:TC:1994:40], ponente: Vicente Gimeno Sendra, FJ 2.

13. STC, Sala Segunda, 89/1985, de 19 de julio [ECLI:ES:TC:1985:89], ponente: Francisco Rubio Lorente, FJ 2. De interés, CAMPANER MUÑOZ, J., 2015. Derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas vs. derecho a un proceso con todas las garantías y a la defensa del absuelto en la instancia: ¿el fin del laberinto? En: V. GIMENO SENDRA y M.T. REGUEIRO

deber de investigación suficiente y eficaz en estos delitos incluye: a) agotar las posibilidades de investigación que se estimen necesarias; y b) impedir retrasos injustificados en el desarrollo de la instrucción que impida el éxito de la investigación y la eficaz protección de la presunta víctima¹⁷. Ahora bien, este canon reforzado. Ahora bien, este canon reforzado podría llegar a ser utilizado de forma torticera para alargar en el tiempo la investigación, lo que, en algunos casos, podría ser contrario al interés superior del menor.

3.1. El riesgo de una utilización del canon reforzado como estrategia dilatoria: derecho a la investigación suficiente y eficaz vs. interés superior del menor

El canon reforzado de protección no puede convertirse en una suerte de cheque en blanco a favor de la acusación particular para dilatar el procedimiento y retrasar el —en ocasiones— inevitable sobreseimiento. Mantener abierto un proceso de forma artificial puede tener una serie de consecuencias que, en no pocas ocasiones en el foro, están detrás de la solicitud de diligencias de investigación¹⁸.

Téngase presente, por ejemplo, que, como consecuencia de la sistémica falta de medios personales en la Administración de Justicia, los informes de las unidades de valoración pueden tardar meses en realizarse. Así, cuando de forma coetánea a un procedimiento penal por violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual —o de cualquier otro procedimiento por violencia en la pareja íntima— se está tramitando un procedimiento de medidas paternofilia-

afectivo, será necesario no solo activar sin demoras —cuando corresponda— las medidas de protección personal adecuadas al caso, sino también desplegar una instrucción que profundice sobre los hechos denunciados con el fin de descartar toda sospecha fundada de delito.

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». FJ 3.

17. «la investigación penal requiere en estos casos que la intervención judicial colme dos necesidades muy concretas: (i) emplear cuantas herramientas de investigación se presenten como racionalmente necesarias, suficientes y adecuadas ante toda sospecha fundada de delito, y (ii) evitar demoras injustificadas que puedan perjudicar el curso o el resultado de la investigación, además de la adecuada protección de quien figure como víctima, allí donde dicha protección se revele necesaria». FJ 3.

18. A este respecto, el Tribunal Constitucional señala en la sentencia comentada que «el conflicto emocional que, con frecuencia, subyace a este tipo de denuncias ha de ser igualmente ponderado por el juez, sopesando cuantos detalles puedan evidenciar animadversión hacia la persona denunciada con el fin de diferenciar los supuestos en los que este sesgo denote posibles móviles espurios en la denuncia de aquellos otros en los que es la propia victimización la que genera sentimientos de odio, recelo, resentimiento, inseguridad o incluso miedo hacia el presunto agresor, sin empañar por ello la idoneidad del testimonio». FJ 3.

les, la diferencia entre que se sobresea o no deviene fundamental, por ejemplo, para que se pueda aplicar o no el artículo 92.7 CC. Este precepto establece la prohibición de la guarda y custodia compartida de los hijos menores cuando cualquiera de los progenitores esté sujeto a un proceso penal por violencia sobre el otro miembro de la pareja íntima o contra los hijos que convivan con ellos, o haya indicios fundados de violencia doméstica¹⁹.

El Tribunal Supremo ha señalado que la aplicación de —entre otros— el artículo 92.7 CC no deviene automática, sino que debe primar el interés superior del menor²⁰, por lo que no solo no hay que descartar la guarda y custodia compartida, sino que —en nuestra opinión— no se puede eliminar de forma automática y generalizada esta modalidad de guarda y custodia en estos supuestos²¹. De esta forma, entendemos que para que en un determinado asunto se aplique el canon reforzado de investigación deberá verificarse —cuando de la existencia del procedimiento penal se puedan derivar medidas paternofiliales— que el interés superior de los menores queda salvaguardado.

4. Conclusiones

I. El derecho de acción en el proceso penal se articula como un derecho al proceso incardinado en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Este derecho, no obstante, no consagra de forma absoluta que se tramite el procedimiento y que se dicte una sentencia sobre el fondo, menos aún, condenatoria.

II. El canon general del derecho a una investigación suficiente y eficaz exige que la decisión de sobreseimiento esté motivada y fundada en derecho.

19. «No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica». Coincidimos con Guilarte Martín-Calero en que esta previsión supone una desconfianza absoluta en el sistema judicial, al tiempo que introduce un indeseado automatismo en la labor de los sentenciadores. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., 2014. *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Valencia: Tirant lo Blanch. ISBN 9788490536148, p. 29.

20. «[l]a interpretación del artículo 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurran alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 [...]». STS, Sala de lo Civil, 200/2014, de 25 de abril [ECLI:ES:TS:2014:1699], ponente: José Antonio Seijas Quintana, FD 4º.

21. En el mismo sentido, ÁGUEDA RODRÍGUEZ, R., 2016. *La guarda compartida y el interés superior del menor*. Sevilla: Hispalex. ISBN 9788460875390, pp. 306, 310 y 316. De interés, además, desde el derecho sustantivo, MÚRTULA LAFUENTE, V., 2016. *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*. Madrid: Dykinson. ISBN 9788490859735, pp. 154-174; y GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., 2014. *La concreción del interés del menor...*, óp. cit.; y, desde el derecho procesal, CALAZA LÓPEZ, S., 2015. La tutela del «interés superior del menor» en el proceso judicial. *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, n.º 7. ISSN 23410566.

III. El CEDH —y la aplicación de este por el TEDH— exige a los Estados una actuación especial en los delitos de violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual y de violencia doméstica. A este respecto, el Tribunal Constitucional ha establecido un canon reforzado del derecho a una investigación suficiente y eficaz, por el que únicamente se decretará el sobreseimiento cuando se pueda descartar toda sospecha fundada de delito.

IV. El canon reforzado del derecho a una investigación suficiente y eficaz puede significar que, en ocasiones, ciertas diligencias de investigación puedan retrasar significativamente el inevitable sobreseimiento. En esos casos —cuando de la pendencia del proceso penal dependan las medidas paternofiliales— a la hora de acordar esas medidas, se debe ponderar el derecho a la investigación junto con el interés superior de los menores.

5. Bibliografía

- AGUEDA RODRÍGUEZ, R., 2016. *La guarda compartida y el interés superior del menor*. Sevilla: Hispalex. ISBN 9788460875390.
- ASENCIO MELLADO, J.M., 2015. *Derecho Procesal Penal*. 7ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch. ISBN 9788491190448.
- ASENCIO MELLADO, J.M. (dir.), y FUENTES SORIANO, O. (coord.), 2019. *Introducción al Derecho Procesal*. Valencia: Tirant lo Blanch. ISBN 9788413362304.
- ASENCIO MELLADO, J.M. (dir.), y FUENTES SORIANO, O. (coord.), 2020. *Derecho Procesal Penal*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch. ISBN 9788413559544.
- BANACLOCHE PALAO, J. y ZARZALEJOS NIETO, J., 2021. *Aspectos fundamentales de Derecho procesal penal*. 5ª ed. Las Rozas: Wolters Kluwer. ISBN 9788418662522.
- CALAZA LÓPEZ, S., 2015. La tutela del «superior interés del menor» en el proceso judicial. *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, n.º 7. ISSN 23410566.
- CAMPANER MUÑOZ, J., 2015. Derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas vs. Derecho a un proceso con todas las garantías y a la defensa del absuelto en la instancia: ¿el fin del laberinto? En: V. GIMENO SENDRA y M.T. REGUEIRO GARCÍA, *Nuevas tendencias en la interpretación de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Universitas, pp. 507-526. ISBN 9788479914257.
- CASTILLEJO MANZANARES, R., 2010. *Hacia un nuevo proceso penal: cambios necesarios*. Las Rozas: La Ley. ISBN 9788481266894.
- CORDÓN MORENO, F., 2002. *Las garantías constitucionales del procesal penal*. 2ª ed. Cizur Menor: Aranzadi. ISBN 9788497670494.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J., 2004. *Derecho procesal. Introducción*. 3ª ed. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces. ISBN 9788480046466.
- FUENTES SORIANO, O., 2003. *El Ministerio Fiscal. Consideraciones para su reforma* [en línea]. Documento de trabajo 16/2003. Fundación Alternativas. [Consulta: 2 agosto 2022]. ISBN 8496204154. Disponible en: <https://www.fundacionalternativas.org/laboratorio/documentos/documentos-de-trabajo/el-ministerio-fiscal-consideraciones-para-su-reforma>.
- GIMENO BEVIÁ, J., 2015. Los derechos fundamentales de la persona jurídica en el proceso penal. En: N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO y E. DEMETRIO CRESPO (dirs.), y Á. SANZ HERMIDA (coord.), *Legalidad y Defensa: Garantías Constitucionales del Derecho y la Justicia Penal*. Madrid: Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, pp. 311-334. ISBN 9788494276415.
- GIMENO SENDRA, V., 2019. *Derecho Procesal Penal*. 3ª ed. Cizur Menor: Civitas. ISBN 9788413086286.
- GÓMEZ COLOMER, J.-L. y BARONA VILAR, S. (coords.), 2022. *Proceso penal. Derecho Procesal III*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch. ISBN 9788411472319.
- GONZÁLEZ NAVARRO, A., 2004. *Acusación y defensa en el proceso penal*. Barcelona: Bosch. ISBN 9788497900911.
- GUIBERT OVEJERO-BECERRA, S., 2017. *El Ministerio Fiscal en el siglo XXI*. Valencia: Tirant lo Blanch. ISBN 9788491195245.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., 2014. *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Valencia: Tirant lo Blanch. ISBN 9788490536148.
- LANZAROTE MARTÍNEZ, P., 2008. *La autonomía del Ministerio Fiscal en el proceso penal y la reforma de su Estatuto Orgánico*. Las Rozas: La Ley. ISBN 9788497259774.
- MARTÍN DIZ, F., 2019. El derecho fundamental a justicia: Revisión integral e integradora del derecho a la tutela judicial efectiva. *Revista de Derecho Político*, n.º 106, pp. 13-42. ISSN 21745625. DOI 10.5944/rdp.106.2019.26146.
- MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.-L., BARONA VILAR, S., ESPARZA LEIBAR, I. y ETXEBERRIA GURIDI, J.F., 2019. *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*. 27ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch. ISBN 9788413139258.
- MÚRTULA LAFUENTE, V., 2016. *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*. Madrid: Dykinson. ISBN 9788490859735.
- OCHOA MONZÓ, V., 2011. La acción popular. En: J.M. ASENCIO MELLADO y O. FUENTES SORIANO (dirs.), y C. CUADRADO SALINAS (coord.), *La reforma del proceso penal*. Las Rozas: La Ley, pp. 113-164. ISBN 9788481268706.
- OROMÍ VALL-LLOVERA, S., 2003. *El ejercicio de la acción popular (Pautas para una futura regulación legal)*. Madrid y Barcelona: Marcial Pons. ISBN 9788497680813.