



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

N/REF: Comunicación con Fiscalías nº 124/2017

FECHA: 27 de julio de 2017

ASUNTO: Remisión de repertorio jurisprudencial correspondiente al primer semestre de 2017

Ilmos. Sras. y Sres. Fiscales Delegados de Menores:

Madrid, a 27 de julio de 2017

La Instrucción 3/2008, de 30 de julio sobre el Fiscal de Sala Coordinador de Menores y las Secciones de Menores atribuye al Fiscal de Sala, entre otras funciones, la de promover la remisión de información sobre Derecho de Menores.

En efecto, puede leerse en la referida Instrucción que el Fiscal de Sala Coordinador de Menores dirigirá la Red de Fiscales especialistas de Menores como foro de intercambio de información y difusión de criterios de actuación en todo el territorio nacional.

Más específicamente, en el punto 2) del epígrafe II de la Instrucción, se encomienda al Fiscal de Sala Coordinador de Menores la elaboración de resúmenes jurisprudenciales sobre menores.

Con posterioridad, la Instrucción 1/2015 de la FGE, sobre algunas cuestiones en relación con las funciones de los Fiscales de Sala Coordinadores y los Fiscales de Sala Delegados, extiende ese deber a todos los Fiscales de Sala Coordinadores en sus respectivas especialidades: *los Fiscales de Sala Coordinadores habrán de elaborar al menos semestralmente resúmenes jurisprudenciales de la materia que le es propia, sistematizados por medio de un índice de materias. Tales resúmenes serán remitidos a todos los Delegados de la especialidad por correo electrónico. En cuanto a la publicidad de tales recopilaciones, la Instrucción añade a continuación que los resúmenes jurisprudenciales se publicarán igualmente en la página fiscal.es a disposición de todos los Fiscales, sean o no especialistas.*

Esta Unidad, desde su constitución, y antes de establecer tal deber la citada Instrucción 1/2015, ha confeccionado cada seis meses esos compendios de jurisprudencia que, con idéntica regularidad, se han remitido a los Fiscales Delegados de Menores y a sus respectivos Fiscales Superiores y Jefes Provinciales.

En cumplimiento de tales cometidos hemos elaborado un nuevo resumen con extractos de resoluciones jurisdiccionales de Audiencias Provinciales y, en esta ocasión, una sentencia del Tribunal Supremo.



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Debe tenerse presente que la remisión lo es a los puros efectos informativos, sin que deba colegirse que necesariamente se asumen por esta Unidad los criterios interpretativos contenidos en las resoluciones.

De hecho -y como en resúmenes precedentes- algunas de las sentencias incluidas son contrarias a la doctrina de la Fiscalía General del Estado. En algunos casos esas sentencias van seguidas de una “nota” añadida en negrita, comentando brevemente las razones de la discrepancia, siempre desde el más absoluto respeto a los pronunciamientos judiciales.

Muestra de ello son, a título de ejemplos y por motivos distintos la SAP Madrid, sec. 4ª, nº 104/2017 y en la SAP Navarra, sec. 1ª, nº 97/2017, de 9-5-2017.

La SAP Madrid, sec. 4ª, nº 104/2017, revoca parcialmente la sentencia del Juzgado por un delito de hurto intentado al estimar que infringe el art. 8, párrafo segundo, de la LORPM, por lo que rebaja la medida inicialmente impuesta de seis meses de internamiento semiabierto (siendo el último de LV) a cinco meses de internamiento semiabierto (el último mes de LV). Sin embargo, nuestro parecer es que la sentencia de instancia se ajustaba a la exigencia legal del precepto mencionado, si se tiene en cuenta que de los seis meses de internamiento semiabierto a los que condenaba, el último mes, conforme al art. 7.2 LORPM, se cumplía en libertad vigilada.

Respecto a la SAP Navarra, sec. 1ª, nº 97/2017, de 9-5-2017, contradice otras dictadas por Juzgados de Menores y AP que, en casos semejantes, no estiman que la condena por delito de quebrantamiento vulnera el principio non bis in ídem, pues el fundamento de la medida y la sanción disciplinaria son distintos (Vid. SAP Orense, Sec 2ª, 8-4-2013, nº 122/2013).

Continúan recayendo sentencias contradictorias respecto a cuál debe considerarse el primer acto interruptivo de la prescripción. Se consignan esta vez dos resoluciones sobre dicho particular: la SAP Las Palmas de Gran Canaria, Sec 1ª, nº 304/2014, de 25-1-2017 y el AAP de Cantabria, sec 3ª, nº 2/2017, de 2 de enero. La sentencia de Las Palmas (siguiendo una sentencia anterior de la misma AP) asume íntegramente la tesis principal sostenida en la Circular 9/2011 de la FGE, conforme a la que el decreto de incoación del expediente dictado por el Fiscal, en cuanto instructor, constituye el primer acto que paraliza la prescripción. Por contra, el auto de la AP de Cantabria se adscribe a la línea mayoritaria de las Audiencias: no acepta esa tesis principal de la Circular 9/2011, sino la tesis alternativa allí sostenida, conforme a la que es el auto de incoación de expediente dictado por el Juzgado de Menores el que sí interrumpe la prescripción.



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Las posturas divergentes en este tema, con detrimento del principio de seguridad jurídica, refuerzan, como reiteradamente se viene indicando, la necesidad de una reforma legislativa en esta materia, tal y como propuso en su día la FGE (vid. Memoria 2013), que termine con tales soluciones judiciales contradictorias.

Destaca, en este resumen, una Sentencia de la Sala 2ª del TS por el problema que aborda: un delito continuado de abusos sexuales perpetrado antes y después de alcanzar el infractor los dieciocho años. La Sala entiende que todos los hechos integran un único delito continuado, y establece que para salvaguardar la proporcionalidad de la sanción debe descontarse de la penas el tiempo de duración de las medidas impuestas en la jurisdicción de menores, tanto el internamiento en régimen cerrado, como la LV.

Sin embargo, el caso es muy complejo. A primera vista puede parecer intachable el criterio seguido por la Sala 2ª de salvaguardar el principio de proporcionalidad descontando de las penas el tiempo de duración de las medidas impuestas en la jurisdicción de menores. El problema es que el TS parte de un presupuesto fáctico erróneo: la pretendida unidad o identidad delictiva, que en realidad no existe.

El TS no parece haber tenido en cuenta que en la jurisdicción de menores se condenó por dos delitos continuados de abusos sexuales ocurridos entre 2006 y el 18 de agosto de 2010 (fecha esta última en que el condenado cumplía la mayor edad) contra dos víctimas menores distintas. Una de ellas sólo sufrió tocamientos, pero la otra fue penetrada vaginalmente. Mientras que los hechos ocurridos después de la mayoría de edad (agosto de 2010-verano 2012) se refieren ya sólo a una víctima menor de 13 años, la que había sido penetrada anteriormente. La AP de Sevilla consideró también que había sido penetrada e impuso una pena de prisión de diez años, por un delito continuado de abuso sexual del artículo 183.3 del CP (tras reforma por LO 5/2010). Sin embargo, el TS no estimó probada la penetración y rebajó la pena a cuatro años de prisión, de los que dispone que se descuenten los tres años de internamiento en centro cerrado y los dos de LV impuestos por el Juzgado de Menores.

Todas las circunstancias indicadas aconsejan tomar con cautela este pronunciamiento de la Sala 2ª del TS antes de extenderlo a otros supuestos, sin perjuicio de un estudio ulterior más sopesado del tema por parte de esta Unidad mediante un Dictamen.

Interesante resulta también la SAP Valladolid, sec. 2ª, nº 11/2017, de 17-1-2017. Esta sentencia corrige un error del Juzgado de Menores al imponer por un delito leve dos medidas de seis meses de duración: una de LV y otra de asistencia a centro de día. La sentencia de instancia infringía el art. 9.1 LORPM que no permite rebasar el límite de seis meses, ni contempla para los delitos leves, como medida imponible, la de asistencia a centro de día.



**FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO**

El Fiscal se adhirió al recurso de la defensa y postuló una medida de seis meses de LV con asistencia a centro de día, como regla de conducta o contenido de la LV, que fue la que finalmente impuso la Sala. Se resuelve así el frecuente problema práctico que se plantea con la medida de centro de día, provocado porque el legislador la contempla en la LORPM como una medida diferenciada de la LV, cuando en realidad no es más que una forma de realización de la LV si las necesidades del menor así lo requieren. La postura de la AP es plenamente congruente con la mantenida por esta Unidad y recogida en el Dictamen 2/2013, *sobre las posibilidades de aplicación cautelar de determinadas medidas no mencionadas en el art. 28 LORPM* (vid Apdo. III.1 y Conclusión 1ª, referidos al centro de día)

Resultan también de particular interés, por lo que pueden suponer de tendencia algunos autos de la AP de Madrid (AAP Madrid, Sec 4ª, nº 363/2017, de 18-5-2017 o AAP Madrid, Sec 4ª, nº 165/2017, de 1-3-2017). En tales resoluciones la AP, siguiendo el criterio de la Fiscalía, fundamenta el internamiento cautelar en régimen semiabierto, para menores implicados en delitos de hurto reiterados, sobre la base de las diferencias con el derecho penal de adultos, la sucesión de conductas delictivas, las condiciones de marginalidad y que la LORPM sólo exige la comisión de delitos graves para el internamiento cerrado, no para el semiabierto.

Esta nueva remisión procede fundamentalmente de la base de datos jurisprudenciales de *El Derecho*, y también de la del *CENDOJ* (CGPJ), accesible la última a través de la Intranet de Fiscalía.

El índice que antecede el resumen jurisprudencial es un estándar que se viene utilizando (sin perjuicio de las ampliaciones que se requieran) con carácter general en las sucesivas entregas, por lo que no siempre se encontrarán resoluciones de todos sus epígrafes.

Con la esperanza de que la nueva selección extractada de sentencias pueda ser de interés y con el ruego de que sea difundido entre los miembros de la Sección aprovecho la ocasión para enviarte un cordial saludo.

Fdo. José Javier Huete Noguerras

Fiscal de Sala Coordinador de Menores de la Fiscalía General del Estado

ILMAS/ILMOS. SRAS/SRES. FISCALES DELEGADOS DE MENORES



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

ÍNDICE:

A.- I. MEDIDAS

A.- II. REGLAS DE DETERMINACIÓN DE LAS MEDIDAS

A.- II. 1 DELITOS DE EXTREMA GRAVEDAD

A.- II. 2 DELITOS DE MÁXIMA GRAVEDAD

A.- II. 3 PROPORCIONALIDAD

A.- II. 4 PRINCIPIO ACUSATORIO

A.- III- CUESTIONES RELATIVAS A TIPOS CONCRETOS:

A.- III.- 1 ACOSO ESCOLAR

A.- III-2 ASOCIACIÓN ILÍCITA. ORGANIZACIÓN Y GRUPO CRIMINAL

A.-III.-3 IMPRUDENCIA CON RESULTADO MUERTE

A.-III.-5 ATENTADO

A.-III.-6 DELITO DE HURTO.

A.-III.-7 GRAFFITIS

A.-III.-8 VIOLENCIA INTRAFAMILIAR CONTRA ASCENDIENTES

A.-III.-9 VIOLENCIA DE GÉNERO

A.-III-10 FALSO TESTIMONIO

A.- IV. VIGENCIA DEL ART. 4 LORPM: APLICACIÓN DE LA LORPM A MAYORES DE 18 AÑOS

A.-V. EXIMENTES

A.-VI ATENUANTES

B.- FASE DE INSTRUCCIÓN

B.-I. CONEXIDAD. ACUMULACIÓN DE EXPEDIENTES

B.-II COMPETENCIA TERRITORIAL. APLICACIÓN DE ART. 20.3 LORPM.

B.-III.-DILIGENCIAS DE INSTRUCCIÓN

B.-III.-1 IDENTIFICACIÓN. RUEDAS DE RECONOCIMIENTO

B.-III.-2 ENTRADAS Y REGISTROS

B.-III.-3 BASES DE DATOS DE MENORES EN LAS FISCALÍAS

B.-III.-4 PRUEBAS DE ALCOHOLEMIA

B.-IV.-DECLARACIÓN DE SECRETO

B.-V.- MEDIDAS CAUTELARES

B.-VI.- DESISTIMIENTO Y ARCHIVO. EFECTOS

B.-VII DECLARACIÓN DEL IMPUTADO

B.-VIII SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

B.-IX DOBLE JURISDICCIÓN

B.-X ABSTENCIÓN/ RECUSACIÓN POR HABER PARTICIPADO EL JUEZ DE MENORES EN LA INSTRUCCIÓN

B.-XI SOBRESEIMIENTO

B.-XII INTERVENCIÓN DEL EQUIPO TÉCNICO

B.-XIII ACUSACIÓN PARTICULAR EN INSTRUCCIÓN



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

C.- FASE DE AUDIENCIA

C.- I.- PRUEBA

C.-I.-1 DECLARACIONES DE LOS COIMPUTADOS

C.- I.-2 PRUEBA PERICIAL IMPUGNADA Y NO RATIFICADA

C.- I.-3 VALOR DE LAS DILIGENCIAS PRACTICADAS DURANTE LA FASE DE INSTRUCCIÓN

C.- II CELEBRACIÓN EN AUSENCIA

C.- III CAMBIO EN LA CALIFICACIÓN PENAL

C.- IV SUPUESTOS EN LOS QUE PREEXISTE UNA SENTENCIA CONDENATORIA PARA ADULTOS COIMPUTADOS: VINCULACIÓN

C.-V DERECHO A LA ÚLTIMA PALABRA

C.-VI ACUSACIÓN PARTICULAR EN AUDIENCIA

C.-VII TESTIGOS PROTEGIDOS

C.-VIII PROTECCION DE TESTIGOS MENORES. PRECONSTITUCIÓN DE PRUEBA. PERICIAL CREDIBILIDAD TESTIMONIO

C.-IX CONFORMIDADES

C.-X CONDENAS EN COSTAS

D.- FASE DE EJECUCIÓN

D.- I.- QUEBRANTAMIENTO DE MEDIDA

D.-II.- EXPULSIÓN

D.-III PERMISOS DE SALIDA

D.-IV INGRESO EN CENTRO PENITENCIARIO

D.-V ACUMULACIÓN

D.-VI SUSPENSIÓN DE CONDENAS

D.-VII INDULTO

D.-VIII SUSTITUCIÓN AGRAVATORIA DE MEDIDAS

D.-IX MODIFICACIÓN, CANCELACIÓN O SUSTITUCIÓN ORDINARIA

E.- RESPONSABILIDAD CIVIL

E.- I. CUESTIONES PROCESALES

E.- I.-1 POSICIÓN DE LAS ASEGURADORAS

E.- I.-2 PRUEBA

E.- I.-3 POSICIÓN PROCESAL DE LOS RESPONSABLES CIVILES

E.-I.-4 FUNCIÓN DE LA PIEZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL TRAS LA REFORMA 8/2006

E.-I.-5 PREJUDICIALIDAD

E.-I.-6 COMPETENCIA DEL JUZGADO DE MENORES.

E.- II.- CUESTIONES SUSTANTIVAS



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

E.- II.- 1 RESPONSABILIDAD CIVIL DE COMUNIDADES AUTÓNOMAS
E.- II.-2 SUPUESTOS EN LOS QUE ESTÁN IMPLICADOS ADULTOS
E.- II.-3 MODERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD
E.- II.-4 CUESTIONES RELATIVAS A LA APLICACIÓN DEL BAREMO
E.-II.-5 REPARACIÓN, RESTITUCIÓN E INDEMNIZACIÓN
E.-II.-6 SUJETOS RESPONSABLES. SOLIDARIDAD
E.-II.-7 PADRES SEPARADOS O DIVORCIADOS
E.-II.-8 CENTROS DOCENTES
E.-II. 9 RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO
E.-II.-10 COMPENSACIÓN DE CULPAS
E.-II.-11 PLURALIDAD DE RESPONSABLES
E.-II.-12 MENORES EMANCIPADOS. RESPONSABILIDAD CIVIL PROGENITORES
E.-II.-13 APLICACIÓN DT 4ª de la L.O. 1/2015 de 30 DE MARZO

F.- RECURSOS

G.- PRESCRIPCIÓN

H.- DERECHOS FUNDAMENTALES

I.- PRINCIPIOS

I.-1 NON BIS IN IDEM

I.-2 PUBLICIDAD

I.-3 SUPERIOR INTERÉS DEL MENOR

I.-4 CELERIDAD

I.-5 CONCENTRACIÓN

J.- NULIDAD DE ACTUACIONES



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

A.- I. MEDIDAS

A.- II. REGLAS DE DETERMINACIÓN DE LAS MEDIDAS

Duración general de las medidas. Necesidad de dar audiencia a ET para la aplicación de las reglas especiales del art. 10.1 LORPM, que amplían el plazo general de dos años de duración de las medidas del art. 9.3 LORPM.

SAP Madrid, Sec 4ª, nº 77/2017, de 27-2-2017, Pte: Hervás Ortiz, José Joaquín

“...es necesario destacar que el artículo 7.3. de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante LRRPM), exige que la motivación de la Sentencia se extienda no solo a las razones por las que se aplica una determinada medida, sino también a las razones por las que se aplica en una determinada extensión o duración. Y, en este sentido, si bien la Juzgadora "a quo" sí expone en su Sentencia, de forma suficiente, los motivos por los que entiende necesaria la adopción de la medida de internamiento en régimen semiabierto, que son compartidos en esta alzada a la vista de lo informado por los técnicos sobre los importantes déficits que el menor presenta y la necesidad de adoptar una medida de contención, no es menos cierto que no se explican en la Sentencia las razones por las que la duración de la medida impuesta ha de alcanzar los cuatro años que fueron solicitados por el Ministerio Fiscal, sin que tampoco de los informes técnicos quepa extraer el criterio que justificaría dicha duración.

Es más, debe recordarse también que el artículo 9.3. de la LRRPM determina, por regla general, que la duración de las medidas no podrá exceder de dos años. Y si bien es cierto que el artículo 10 de la misma Ley permite, en supuestos como el que nos ocupa, que las medidas puedan tener una duración superior, que podría alcanzar los seis años si el menor ya había cumplido los dieciséis años a la fecha de los hechos, como aquí ocurre, no es menos cierto que para la aplicación de esa superior duración el mismo precepto exige que el órgano judicial de primera instancia haya escuchado, al respecto, no solo al Ministerio Fiscal y demás partes, sino también al Equipo Técnico, sin que se desprenda de la grabación del acto de la audiencia que la Juzgadora "a quo" reclamase de los técnicos la emisión de su criterio sobre la concreta duración que debería tener la medida de internamiento a imponer.

Es por ello, que al no constar en las actuaciones criterio técnico alguno que permita considerar adecuada a las circunstancias y al interés del menor esa extensión de la medida impuesta, que parece en principio excesiva en atención a la finalidad reeducadora que la medida ha de perseguir, entiende la Sala que debe moderarse esa extensión, estimando que debe imponerse la de dos años de duración, siendo los últimos tres meses de libertad vigilada, por entender que la imposición en tal extensión puede ser suficiente para el estudio y corrección de los déficits detectados en el menor, considerando insuficiente, en cambio, una extensión más reducida.



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

TERCERO.- Procede, por todo lo expuesto, estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto y revocar parcialmente la Sentencia apelada, en el exclusivo sentido de dejar fijada la extensión de la medida de internamiento en régimen semiabierto en dos años, siendo los últimos tres meses de libertad vigilada, confirmando los restantes pronunciamientos.”

A.- I. MEDIDAS

A.- II. REGLAS DE DETERMINACIÓN DE LAS MEDIDAS

Se estima el recurso de MF revocando la sentencia que imponía dos medidas de seis meses de duración a un menor (una de LV y otra de asistencia a centro de día), por un delito leve de apropiación indebida. Se condena a seis meses de LV con obligación de asistir a centro de día, estimando que esa regla de conducta no vulnera el tenor del art. 9.1, que no prevé la medida de asistencia a centro de día para los delitos leves (faltas).

SAP Valladolid, sec. 2ª, nº 11/2017, de 17-1-2017, Pte: Torre Aparicio, Miguel Ángel de la

“...la parte apelante plantea su disconformidad con la imposición de las dos medidas acordadas en la sentencia, estimando que se vulnera el artículo 9.1 de la LORPM pues son medidas muy restrictivas y no es posible imponer la de asistencia a Centro de Día para este tipo de infracciones leves, conforme lo previsto en dicho precepto, siendo así además que el equipo técnico entendió que lo recomendable era imponer solo una de las medidas propuestas. El Ministerio Fiscal entiende que debe modificarse la sentencia en este punto en el sentido de imponer únicamente la medida de libertad vigilada pero incluyendo la asistencia a centro de día dentro de los contenidos de la misma.

La medida de asistencia a Centro de día no está prevista en el citado artículo 9.1 para los supuestos de comisión de delito leve (antigua falta), por lo que no cabe aplicarla en este caso como medida autónoma o independiente.

Ahora bien, el citado artículo sí permite imponer la medida de libertad vigilada para este tipo de infracciones leves hasta un máximo de 6 meses, sin que haya óbice para que dentro del contenido de esa libertad vigilada pueda contemplarse e incluirse como norma de conducta la asistencia a Centro de día por ser conveniente para la reeducación del menor. Así entre las reglas de conducta que cabe adoptar en la libertad vigilada, según el artículo 7.1.h de la LORPM, se encuentra la obligación de someterse a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional...y otros similares, en cuyo ámbito se puede comprender la asistencia a centro de día que es un centro abierto perteneciente a la Comunidad para organizar las actividades educativas, culturales y de ocio del menor.



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Resulta paradójico que en estos casos pueda imponerse la libertad vigilada y no la de asistencia a centro de día cuando aquella implica un mayor control y restricción. Ello permite la interpretación de que el legislador ha querido que esta última medida únicamente tenga sentido, para los supuestos de comisión de delito leve, dentro de los contenidos de la libertad vigilada, si fuere precisa, pero no como independiente de ella. Esta solución, patrocinada por el Fiscal, responde al supremo interés del menor expedientado (art. 7-3 de la LORPM) y viene avalada por el equipo técnico de menores, conforme a su exposición en el acto de la vista de apelación considerando que dentro de la libertad vigilada el menor precisa como norma de conducta esa asistencia a centro de día a fin de reforzar las actividades escolares y obtener hábitos de estudio, trabajo y responsabilidad.”

NOTA: Interesante esta sentencia de la AP de Valladolid. Por un lado corrige un error del Juzgado de Menores al imponer por un delito leve dos medidas de seis meses de duración: una de LV y otra de asistencia a centro de día. Se infringía así el art. 9.1 LORPM que no permite rebasar el límite de seis meses, ni contempla para los delitos leves, como medida imponible, la de centro de día.

El Fiscal se adhiere al recurso de la defensa en ese punto y postula una medida de seis meses de LV con asistencia a centro de día, como regla de conducta o contenido de la LV. El Fiscal y la Sala resuelven así el frecuente problema práctico que se plantea con la medida de centro de día, provocado porque el legislador la contempla en la LORPM como una medida diferenciada de la LV, cuando en realidad no es más que una forma de realización de la LV si las necesidades del menor así lo requieren.

La postura de la AP es plenamente congruente con la mantenida por esta Unidad y recogida en el Dictamen 2/2013, *sobre las posibilidades de aplicación cautelar de determinadas medidas no mencionadas en el art. 28 LORPM* (vid Apdo. III.1 y Conclusión 1ª, referidos al centro de día)

A.- II. REGLAS DE DETERMINACIÓN DE LAS MEDIDAS

A.- II. 1 DELITOS DE EXTREMA GRAVEDAD

Se estima recurso de acusación particular, apreciando extrema gravedad en abusos sexuales reiterados de un menor de dieciséis años a su primo de menos de trece. Los hechos imputados y demás circunstancias concurrentes desaconsejan la medida de libertad vigilada recaída en la instancia, condenando al menor a un año y seis meses de internamiento cerrado, medida más idónea para su reeducación y resocialización.

SAP Las Palmas, sec. 1ª, nº 36/2017, de 10-2-2017, Pte: Parramon i Bregolat, Miguel Angel



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

“...para examinar la individualización de la medida impuesta al menor Marco Antonio hay que tener en cuenta la especial gravedad de los hechos imputados y la pluralidad de bienes jurídicos atacados dignos de la mayor protección -libertad sexual e integridad moral-, así como las concretas circunstancias en que aquellos se producen, con acceso anal incluido en los abusos sexuales, la reiteración tanto de los abusos como de los malos tratos, la connivencia con otro menor para el acoso moral, la edad del menor infractor -16 años y medio- y la de la víctima -menor de 13 años-, la relación parental entre ellos -primos- y la especial afectación psicológica que los mismos causan a la víctima, con ideaciones suicidas e incluso intento fallido por precipitación que ocasionó importantes lesiones al perjudicado.

Y, esa intensa gravedad de los hechos imputados y demás circunstancias concurrentes desaconsejan a nuestro entender la medida impuesta de libertad vigilada con tratamiento psicoterapéutico en el bien entendido que por las razones dichas la misma no se estima la mas adecuada para cumplir adecuadamente la función reeducadora que es propia de cualquier medida, siendo nuestro parecer que dicha finalidad de prevención especial tuitiva requiere de una intervención educativa y resocializadora mas intensa que pasa por la medida de internamiento interesada por la acusación particular, sin perjuicio de la modificación de la misma ante la evolución del menor.

La Sala es plenamente consciente, como no puede ser menos, de que la finalidad de las medidas prevista en la jurisdicción de menores es la prevención y educación del menor infractor, no la simple represión del hecho delictivo, pero es que dicha finalidad tuitiva mal puede conseguirse sin la adecuada asunción por parte de este de la extrema gravedad de su conducta, lo cual parece de difícil concepción sin una intervención mas intensa que la propia de la libertad vigilada.

Y, es que pese al respeto que desde luego nos merece el parecer del equipo Técnico, que informa a favor de la medida discutida, estima la Sala que la adecuada comprensión e interiorización de los hechos por el menor y su extrema gravedad pasan por una medida mas enérgica y preventiva que la impuesta, la cual se considera necesaria por mucho que el joven forme parte de una familia estructurada, dato que no es determinante en el caso que nos ocupa, pues lo cierto es que se trata de una situación preexistente anterior que no impidió la comisión del delito.

Por todo ello, se modifica la medida impuesta y se establece la de 1 año y 6 meses de internamiento en régimen cerrado interesada por la Acusación Particular recurrente.”



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

A.- II. REGLAS DE DETERMINACIÓN DE LAS MEDIDAS

A.- II. 3 PROPORCIONALIDAD

Idoneidad de la medida de internamiento semiabierto para una menor por un delito de hurto intentado, dada su situación de marginalidad con otros veinte expedientes incoados por hechos similares.

No obstante, se revoca parcialmente la sentencia al estimar la Sección de la AP infracción del art. 8, párrafo segundo de la LORPM, por lo que rebaja la medida inicialmente impuesta de seis meses de internamiento semiabierto (siendo el último de LV) a cinco meses de internamiento semiabierto (el último mes de LV).

SAP Madrid, sec. 4ª, nº 104/2017, de 6-3-2017, Pte: Hervás Ortiz, José Joaquín

“...Igual suerte adversa ha de correr el recurso de apelación interpuesto en lo que se refiere a la pretensión de que se imponga una medida no privativa de libertad en lugar de la medida de internamiento en régimen semiabierto, por las razones que se exponen a continuación.

En el informe del Equipo Técnico de 24 de febrero de 2.016 se indica que la menor, de origen rumano, se encuentra en España sin acompañamiento familiar claro y desconociéndose su red social de apoyo, teniendo abiertos otros seis expedientes en Fiscalía de Menores por delitos de hurto y manteniendo un estilo de vida impropio de su edad (15 años a la fecha de los hechos), sin que la menor se cuestione sus actuales hábitos y rutinas.

Se añade en el informe que de la actual situación de la menor y de la ausencia de figuras de referencia en su entorno que respondan por su conducta se desprende que la misma carece de contención y supervisión alguna, siendo bajo su nivel de instrucción y habiendo sido muy escaso el mantenimiento de su escolarización.

También se indica que se relaciona con otros jóvenes de similares características y con las mismas circunstancias y que se desenvuelve en un entorno marginal y de exclusión social, siendo su estilo de vida incompatible con la normalización de su situación.

El informe concluye señalando, en síntesis, que se aprecian factores de riesgo en todos los ámbitos explorados y que la menor requiere una intervención desde un marco de contención.

Por otra parte, en la vista celebrada ante este Tribunal, la representante del Equipo Técnico actualizó la información sobre la menor, afirmando que tenía abiertos veinte expedientes en la Fiscalía de Menores, casi todos por hurtos, y que permanece casi todo el día en la calle, manteniendo un estilo de vida asocial que no se cuestiona, reiterando la presencia de factores de riesgo en todas las áreas e indicando que se relaciona con compatriotas de las mismas características y que carece de un entorno que la supervise, por lo que acabó orientando una medida de contención.

A la vista de lo informado, difícilmente puede mantenerse que resulte inadecuada la medida de internamiento en régimen semiabierto que se impone en la Sentencia

12



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

apelada, siendo evidente, en cambio, la absoluta inadecuación de una medida no privativa de libertad en orden a la reeducación de la menor.

Ahora bien, debe ser reducida la duración de la medida por las razones que se exponen a continuación.

La medida de internamiento en régimen semiabierto ha sido impuesta con una duración de seis meses; y el delito de hurto en grado de tentativa por el que se declara la responsabilidad penal de la menor llevaría aparejada una pena que, en atención a lo dispuesto en los artículos 16, 62, 70.1.2^a y 234.1. del Código Penal, tendría una extensión máxima de seis meses menos un día.

Por su parte, el artículo 8 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, impide que la duración de las medidas privativas de libertad (entre ellas la de internamiento en régimen semiabierto) pueda exceder, en ningún caso, del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad que se le hubiese impuesto por el mismo hecho, si el sujeto, de haber sido mayor de edad, hubiera sido declarado responsable, de acuerdo con el Código Penal.

Sobre la base de los preceptos citados, la medida de internamiento impuesta a la menor por el delito de hurto intentado no podía alcanzar la duración de seis meses que le ha sido impuesta en la Sentencia apelada, por lo que debe reducirse la duración de esa medida, estimando adecuado la Sala imponerla en una duración de cinco meses, siendo el último mes en régimen de libertad vigilada.

TERCERO.- Procede, por todo lo expuesto, estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto y revocar parcialmente la Sentencia apelada, en el exclusivo sentido de fijar en cinco meses la duración de la medida de internamiento en régimen semiabierto, siendo el último mes en régimen de libertad vigilada, confirmando los restantes pronunciamientos de la Sentencia recurrida.

NOTA: sin perjuicio de nuestro más estricto respeto a las resoluciones jurisdiccionales, no resulta acertada la revocación parcial de la sentencia por el motivo que aduce la Sala. Conforme al art. 8, párrafo 2º, de la LORPM no cabe imponer a un menor una medida privativa de libertad que exceda del tiempo máximo de prisión que se podría imponer a un adulto por el mismo hecho. Pero la sentencia de instancia se ajustaba escrupulosamente a esa exigencia legal, si se tiene en cuenta que de los seis meses de internamiento semiabierto a los que condenaba, el último mes, conforme al art. 7.2 LORPM, se cumplía en libertad vigilada. Carece de sentido que por eso se revoque la sentencia para reducirla a cinco meses de internamiento semiabierto (el último mes de LV).

A.- II. 3 PROPORCIONALIDAD

Proporcionalidad de la medida de doce meses de libertad, recaída por un delito de robo con fuerza en tentativa, a los hechos y situación socio-familiar del menor.



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

SAP Madrid, sec. 4ª, nº 166/2017, de 7-4-2017, Pte: García-Galán San Miguel, María José

“...la medida no sólo se impone teniendo en cuenta los hechos por los que el menor ha sido acusado, sino que se tiene en cuenta también la situación del mismo. El propio menor en el plenario ha admitido que siendo entre las 23:30 y 24:00 se encontraba en la calle con sus amigos. Por otro lado, del informe del Equipo Técnico, habiendo asistido una de sus representantes al acto de la vista, se pone de manifiesto una situación de riesgo, la cual es tenida en cuenta en la sentencia que motiva su imposición en la pertenencia del menor a un grupo familiar desestructurado y disfuncional, con un marco punitivo laxo, sin referentes de autoridad, fracaso y desmotivación escolar, actualmente se encuentra ocioso, sin ocupación conocida y en compañía de iguales con comportamiento disocial, por lo que la medida así como la extensión de la misma se consideran justificadas en la necesidad de actuar sobre todos los déficits apreciados.

Hay que recordar, que la medida de libertad vigilada consiste en que el menor infractor esté sometido durante el tiempo establecido en la sentencia a una vigilancia y supervisión a cargo de personal especializado, con el fin de que adquiera las habilidades, capacidades y actitudes necesarias para un correcto desarrollo personal y social es, pues, una medida orientada a evitar una situación de riesgo para el menor en medio abierto.

En el presente supuesto el Equipo Técnico, en el acto de la vista, ha puesto de manifiesto que se trata de un joven que en la actualidad se encuentra en situación de ociosidad, la madre tiene una situación de salud mental delicada, el padre ha regresado a Colombia, por lo que la supervisión resulta necesaria, teniendo en cuenta que no tiene hábitos de trabajo, todo lo cual justifica la adopción de la medida en este momento y la extensión en razón a la necesidad de seguir un proceso que se desarrolla en el tiempo.

Adecuación de la medida de seis meses de libertad impuesta a una menor rumana por un delito leve de hurto en tentativa, dada su situación de marginalidad y antecedentes, con otros nueve expedientes por hechos similares.

SAP Madrid, sec. 4ª, nº 141/2017, de 28-3-2017, Pte: García-Galán San Miguel, María José

“...En lo que respecta a la medida impuesta de seis meses de libertad vigilada por un delito leve de hurto en tentativa, que se considera excesiva, en razón a la falta de gravedad de los hechos y circunstancias personales de la acusada, debe seguir la misma suerte, a pesar de tratarse de un delito leve de hurto en grado de tentativa.



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Debemos recordar que en esta jurisdicción, la justificación de la medida es el beneficio de los menores. La proporcionalidad como regla de juicio es el resultado de comparar el gravamen que supone para la menor y la finalidad que se persigue con la medida. En este caso el gravamen de una medida de libertad vigilada, consiste en la imposición de determinadas obligaciones a la menor para poder actuar en su beneficio y que suponen ejercer por parte de profesionales expertos, una actividad de control, educativa y formativa de las que ha carecido y que se consideran necesarias para su buen desarrollo psicológico y social. Con la medida se persigue actuar sobre los déficits que se han puesto de manifiesto, evitando que la misma quede abocada a una situación de exclusión y marginación social. Por último, debe tenerse en cuenta de que tal actuación en beneficio de la menor es un proceso y, como tal, necesita un tiempo mínimo para poder conseguir su finalidad.

Partiendo de lo anterior, en este caso, debemos destacar la exposición efectuada por la representante del Equipo Técnico y que se ha recogido en el acta. La menor no consta que conviva con su familia, sino que fue acompañada de otro adulto de origen rumano, que carecía de documentación acreditativa de la tutela sobre la misma, la menor no estaba escolarizada, pasaba el tiempo en un local en San Fernando de Henares con adultos que se dedican a la chatarra y sin realizar ninguna actividad. Posteriormente se revisó la situación permaneciendo igual, salvo entonces la existencia de nueve expedientes por hechos de la misma naturaleza. Por todo ello, la menor se encuentra en clara situación de riesgo no sólo de una situación de marginalidad social sino de especial vulnerabilidad respecto de la posible explotación por parte de terceros.

Por todo ello la actuación es necesaria y la comisión de los hechos en tal contexto, justifica la medida adoptada sin que pueda ser calificada de desproporcionada y excesiva.”

Proporcionalidad de la medida de 40 horas de servicios en beneficio de la comunidad al delito leve de hurto en grado de tentativa y circunstancias de la menor. No obstante y al no haber prestado la menor su consentimiento a esa medida se revoca parcialmente para recabar su asentimiento, imponiéndole la AP, para caso de negarse, la medida de dos meses de tareas socio-educativas.

SAP Valladolid, sec. 2ª, nº 77/2017, de 22-3-2017, Pte: Torre Aparicio, Miguel Angel de la

“...por lo que se refiere a la duración de 40 horas, entendemos que ha de mantenerse habida cuenta que se encuentra dentro de los límites legales sin llegar al máximo de las 50 horas y esa extensión viene justificada no sólo en base a la comisión de los hechos en grupo con dos niñas menores que ella, las cuales no tenían siquiera catorce años, sino también atendiendo a las circunstancias de Paula expuestas por el equipo técnico en su dictamen, a las que hemos hecho referencia, de lo que se infiere la



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

necesidad de dotar de cierta duración a la medida para que produzca el oportuno efecto socializador.

Ahora bien, las prestaciones en beneficio de la comunidad no pueden imponerse sin el consentimiento del menor sometido a la misma, como previene el artículo 7.1.k de la LORPM. En este caso el Fiscal solicitó dicha medida en su escrito de acusación que elevó a definitivo en la audiencia. Y aun cuando la defensa de la menor no ha mostrado realmente oposición a esa medida, centrando su objeción -para el caso de apreciarse responsabilidad penal- más bien respecto a su duración, lo cierto es que no se ha evidenciado con claridad el consentimiento de la interesada con lo que, a los efectos de cumplir dicho presupuesto legal, resulta procedente que el Juez recabe dicho consentimiento y, en caso de que Paula no lo prestare, se le aplique la medida de tareas socioeducativas durante dos meses, dado que es la más semejante u homogénea a aquella, cumple los mismos fines de intervenir sobre la competencia social de la menor y queda justificada por los motivos antes expuestos.”

Idoneidad y proporcionalidad de la medida impuesta por el Juez (100 horas de PBC), para que el menor asuma las consecuencias de su conducta y el reproche formal que merece, frente a la amonestación propuesta por el ET que ni se adecuaba a la gravedad del hecho (daños por incendio de 850 euros) ni a la actitud del menor .

SAP Almería, sec. 2ª, nº 72/2017, de 23-2-2017, Pte: Giménez de Cisneros Cid, Soledad

“...Si bien es cierto que el equipo técnico propuso amonestación, no es menos cierto que el Juzgador justifico la imposición de otra medida, prestaciones en beneficio de la comunidad, 50 horas. No podemos olvidar que ya en la Exposición de motivos de la ley del menor se dice que las prestaciones en beneficio de la comunidad la finalidad es que el menor comprenda que actuó de modo incorrecto que merece el reproche formal de la sociedad y que la prestación de los trabajos es un acto de reparación justo por el sufrimiento injustificado de la colectividad por su conducta. La medida así adoptada no supera el límite máximo, 100 horas y se justifica en sentencia por ir acompañada de risas y gritos del menor ante el esfuerzo de los vecinos por apagar al fuego, denotando un plus de maldad en el menor.

Este Tribunal de Apelación comparte los atinados pronunciamientos del juzgador de instancia, estando suficientemente motivada la adopción de la medida que, por otro lado, cumple los requisitos de legalidad y acusatorio, siendo la medida solicitada por el Ministerio Fiscal y prevista en la Ley del Menor, medida que no es desproporcionada, tal y como pretende la parte apelante, atendiendo a las circunstancias personales, familiares y sociales del menor, así como a la gravedad de los hechos...”



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Proporcionalidad de la medida de un año de libertad vigilada impuesta a una menor por delito contra la integridad moral, (art. 173.1 CP), por reiteradas vejaciones a una profesora. Aunque el ET no aprecie factores de riesgo, estos se infieren de la propia naturaleza del delito y su reiteración.

SAP Alicante, sec. 2ª, nº 222/2017, de 25-5-2017, Pte: Costa Hernández, Mª Cristina

“...De todas las medidas que pudieran haber sido interesadas, no cabe dudar que la de libertad vigilada no es de las más restrictivas de derechos, por el contrario, en este caso, resulta adecuada a las circunstancias concurrentes, pues como se razona en la sentencia, y aun cuando el Equipo Técnico no aprecie factores de riesgo ajenos al periodo evolutivo en que se encuentra la menor, si se intuyen tales factores de riesgo de la comisión del delito y de su reiteración y naturaleza, siendo preciso un seguimiento y una valoración psicológica de la menor, lo que no implica que tenga una patología grave, pero sí que deba estudiarse y, en su caso corregirse, aquello que haya llevado a la menor a cabo la conducta gravemente perjudicial para una persona y de una forma tan duradera y reiterada, a la vista que ya con anterioridad a los hechos enjuiciados, en el año 2011, también, como la menor reconoció, ya utilizó las redes sociales para insultar a la misma persona...”

A.- III- CUESTIONES RELATIVAS A TIPOS CONCRETOS:

A.- III.- 1 ACOSO ESCOLAR

Condena por delito contra la integridad moral (art. 173.1 CP) por hechos de acoso escolar. Proporcionalidad de las medidas de libertad vigilada, con asistencia a recurso formativo, adecuadas a la entidad de los hechos.

SAP Castellón, sec. 1ª, nº 61/2017, de 10-2-2017, Pte: Solaz Solaz, Esteban

“...La Juez a quo, por su parte, cumpliendo el deber de motivar las resoluciones judiciales (art. 120.3 CE), expone, con detalle y ordenadamente, las razones de su convicción inculpatoria contra el recurrente Juan Pablo, de modo particular por el testimonio de la víctima Edemiro que relata las burlas sistemáticas, el maltrato físico y verbal reiterado a lo largo de todo el curso 2014-2015 por parte de Estanislao y del menor ahora recurrente (llamándole "cara de rata" y "joker", empujones cuando bebía, collejas propinadas en el patio, lanzamiento de objetos como bote de tipex y otros insultos y burlas semejantes), testimonio de la víctima que viene corroborado por multitud de datos objetivos periféricos que constituyen verdaderas pruebas directas de su comisión, como lo son: a) el testimonio de los menores Everardo, Florentino, Ismael y Jorge relatando los diversos sucesos en que los menores acusados se burlaban de

17



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Edemiro y lo maltrataban física y verbalmente, sin que se tratara de bromas; b) el informe médico forense (F.205) dictaminando la credibilidad de las manifestaciones de Edemiro describiendo los hechos sufridos; c) el informe elaborado por Oscar concluyendo que el menor Edemiro había sido molestado en diversas ocasiones y que posiblemente algunas de las conductas descritas en las quejas han sido infracciones intolerables de las normas de convivencia del centro educativo; d) el testimonio del trabajador social de DIRECCION001 Teodosio manifestando cómo la madre de Edemiro le manifestó que sufría acoso escolar y dio los nombres de los autores, entre ellos el menor Juan Pablo; e) el testimonio de la psicóloga Marí Trini, que trató al menor a partir del 30.04.2015, manifestando que el menor fue refiriendo las distintas situaciones de acoso en el centro escolar y la intervención en ellas del menor Juan Pablo; y f) el informe médico forense dictaminando que el menor Edemiro presenta en la actualidad un "leve afecto depresivo" y la existencia de "una relación causal entre los hechos que motivan este procedimiento y el estado mental del menor"(...)

(...)La Juez de Menores impuso la medida de libertad vigilada de doce meses al menor Juan Pablo en atención a la entidad y naturaleza de los hechos y su gravedad, en cuanto que se subsumen en un delito contra la integridad moral del art. 173.1 CP que lleva consigo una penalidad para los mayores de edad de prisión de seis meses a dos años, y a esta medida le añadió como contenido específico la asistencia a recurso formativo y/u ocupacional con aprovechamiento para atajar el bajo rendimiento académico del menor con pocas actividades organizadas que tenía el mismo, para así garantizar un control de las actividades formativas y lúdicas del menor.

. Por todo ello, la Juez de Menores consideró más adecuada la imposición de la medida de libertad vigilada que la de amonestación -limitada ésta a las faltas, hoy delitos leves-, con razones que la Sala estima correctas y ajustadas a Derecho en orden a redundar en el interés del menor..."

A.-III.-8 VIOLENCIA INTRAFAMILIAR CONTRA ASCENDIENTES

Menor acusado de agresión a su madre, acogiéndose ambos en la audiencia a sus respectivos derechos a no declarar. Se estima insuficiente, en este caso, para desvirtuar la presunción de inocencia, el testimonio de referencia de los Mossos D'Esquadra, a quienes la progenitora relató la supuesta agresión.

SAP Tarragona, sec. 4ª, nº 116/2017, de 27-3-2017, Pte: Revuelta Muñoz, Francisco José

"...tras analizar los argumentos que se contienen en la sentencia de instancia, resulta que la prueba esencialmente incriminatoria tenida en cuenta por el Juzgador se basa en la declaración de los dos testigos Mossos D'Esquadra con nº TIP NUM004 y 18



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

NUM005, a la que anuda el informe forense en que se describe la asistencia prestada a la Sra. Celia el día de los hechos. El Juez, fundamenta su convicción en las manifestaciones de los dos Mossos d'Esquadra, quienes relataron que actuaron eses día, se desplazaron al lugar de los presuntos hechos relatándoles la Sra. Celia que su hijo le había pegado, puesto un cojín en la cara como con intención de asfixiarla. Asimismo los testigos constataron el estado de nervios y alteración que presentaba la misma y que el menor estaba especialmente frío. Uno de ellos apreció como signo externo de lesión una rojez en la cara, mientras que el otro definió que apreció como erosiones o rojeces en el cuello. Junto a ello, valora el Juzgador la pericial médico forense y la documental médica obrante en la causa consistente en el parte de asistencia a la presunta víctima, en el que no se describen lesiones objetivas en la Sra. Celia constando únicamente la referencia que la misma realiza acerca del dolor que tiene.

Cuestiona el apelante la valoración de la prueba practicada. En concreto, afirma que la condena se funda en el testimonio ofrecido por testigos de referencia, que no presenciaron lo sucedido.

En este aspecto hemos expuesto con reiteración en resoluciones anteriores, en relación con el alcance probatorio de las referencias transmitidas por la supuesta víctima, que, en la medida en que contienen datos " auditio alieno ", deben someterse a las reglas de valoración aplicables a los testigos de referencia. Así, nuestro Tribunal Constitucional tiene establecido que si bien puede ser uno de los actos de prueba en los que fundar una decisión condenatoria, despierta importantes reservas para su aceptación sin más como instrumento apto para desvirtuar la presunción de inocencia, manifestando que « el recurso al testigo de referencia ha de quedar limitado a aquellas situaciones excepcionales de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo y principal » (SSTC 79/1994, de 14 de marzo; 68/2002, de 21 de marzo; y 155/2002, ya citada, FJ 17), lo que aquí no concurre dado que los testigos directos se han acogido a su derecho a no declarar.

En segundo lugar, debemos precisar que en el relato ofrecido por los testigos deben distinguirse dos planos: el primero, contraído a las referencias transmitidas por la supuesta víctima (contiene datos " auditio alieno ") y el segundo, en el que se relata lo que vieron y oyeron personalmente (contiene datos " auditio propia ").

Así, la declaración de los Agentes únicamente puede aportar fehaciencia en cuanto a lo que vieron y oyeron personal y directamente no en cuanto a las referencias de tipo inculpativo que les fueron realizadas por la presunta víctima, que no resultan aptas para fundar en ellas un pronunciamiento condenatorio. Si se ha venido considerando nulas las declaraciones sumariales de este tipo de testigos cuando se han prestado sin advertencia de la dispensa legal de declarar en contra del pariente, con mayor razón deben ser excluidas dichas referencias, que no se realizan en presencia judicial y que tampoco van precedidas de la advertencia contenida en el artículo 416 LECrim, no pudiendo, por tanto, acceder al cuadro probatorio.



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Como habíamos anticipado, debe extraerse del cuadro probatorio las manifestaciones que la presuntamente perjudicada realizó de manera espontánea y voluntaria a los Agentes de Mossos. Excluidas del cuadro probatorio tales referencias, resta un cuadro probatorio insuficiente para fundar la condena dictada en la instancia. De las manifestaciones de los Mossos no cabe extraer como juicio de inferencia necesariamente que el hoy apelante hubiera agredido a su madre. El estado de la misma, de nervios y alteración, así como el enrojecimiento - no sabemos si en el rostro o en el cuello- pudo ser consecuencia de la situación de desavenencia y discusión entre ambos. El juzgador no despeja otros elementos circunstanciales esenciales tales como el motivo de la actuación de los agentes, el tiempo de respuesta por parte de los mismos, la presencia en el domicilio de otras personas o cual era el estado en que se encontraba tal domicilio, no pudiendo inferirse de los indicios referidos un juicio de autoría de carácter indubitado o con el grado de conclusividad que un pronunciamiento penal condenatorio exige. Por tanto el recurso de apelación debe ser estimado.”

A.-VI ATENUANTES

Irrelevancia de las circunstancias atenuantes previstas en el CP. La LORPM no prevé un catálogo cerrado de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, y el fundamento de esa omisión es atender en cada caso de manera individualizada a las circunstancias personales y al interés general del menor.

SAP Málaga, Sec. 8ª, nº 345/2017, de 25-5-2017, Pte: Caballero-Bonald Campuzano, Manuel

“...En el recurso de apelación presentado en nombre del menor condenado Leonardo se impugna la sentencia por estimar que se ha producido una incongruencia omisiva ya que en la misma no existe pronunciamiento alguno relativo a las atenuantes de confesión y reparación del daño, a pesar de que su aplicación fue solicitada expresamente por la defensa. Igualmente se recurre la sentencia error de valoración de la prueba en lo referente a los bienes sustraídos, pues el menor no se apropió de cantidad alguna de dinero, sino, en su caso, una tercera persona mayor de edad que intervino igualmente en el robo.

Ninguno de tales motivos puede prosperar. La LORPM no contiene mención expresa a ningún tipo de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, aunque sí contiene referencias a circunstancias y criterios de valoración análogas a algunas de las circunstancias recogidas en los artículos 21 y 22 del Código Penal . Tal omisión debe estimarse que no es un error u olvido del legislador pues sí se contemplan en las Ley, por ejemplo,eximentes y eximentes incompletas, sino que el fundamento de esta omisión se encuentra en la propia naturaleza especial de la norma penal de menores que atiende de un modo más individualizado a las circunstancias personales y al

20



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

interés general del menor. Es por ello que el Juez de Menores no está limitado por un catálogo cerrado de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal aplicables al menor.

No obstante, ello no quiere decir que la concurrencia de una de tales circunstancias atenuantes no debe ser tenida en cuenta, de algún modo, por el Juez de Menores, que es precisamente lo que ha ocurrido en nuestro caso. Y así, en el fundamento Jurídico Tercero de la sentencia dedicado a la medida a imponer y a las circunstancias tenidas en cuenta para la elección de la más adecuada, se señala "teniendo en cuenta el arrepentimiento parcial del menor que procedió a devolver voluntariamente en Comisaría la mayor parte de los efectos sustraídos ", circunstancia tenida en cuenta para fijar la duración de la medida, lo que supone la desestimación del motivo del recurso antes señalado.

B.- FASE DE INSTRUCCIÓN

B.-VII DECLARACIÓN DEL IMPUTADO

La declaración del investigado ante la Policía es nula, por falta de asistencia letrada, vulnerando lo previsto en el art. 17.2 LORPM. Pero no determina la nulidad ni de la denuncia, ni del resto de actuaciones, ni de la prueba practicada en audiencia.

SAP Ávila, Sec. 1ª, nº 26/2017, de 23-2-2017, Pte: García García, Jesús

“...Recurre la defensa del menor tal calificación por entender que se realizó una investigación por la Policía Judicial en relación con los hechos, a la que debe aplicársele la doctrina del "fruto envenenado", ya que las pruebas de un delito obtenidas de manera ilícita impedirán que puedan ser utilizadas en el proceso judicial o contra cualquier persona, considerando así la prueba obtenida como prueba nula.

Concretamente la parte que recurre se está refiriendo a la violación por la Policía Judicial del art. 17.2 de la LO 8/2006 de 4 de diciembre por la que se modificó la LO 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, que establece que el menor detenido tendrá derecho a la entrevista con su abogado con anterioridad y al término de la diligencia de toma de declaración.

Concretamente se refiere la parte apelante a que se exploró al menor Julián por la Policía Judicial sin asistencia de Letrado. Solamente intervino en su exploración los Inspectores instructores del atestado de la Policía Judicial.

Dicha exploración, desde luego es nula, y no se tuvo en cuenta por el Juzgador de instancia, pero no lo es la denuncia que presentó la denunciante Covadonga, madre del menor Ernesto, de 13 años de edad, pues dicha denuncia es anterior a la exploración del denunciado, aquí apelante; y tampoco es nula la investigación que realizó la Policía Judicial, debido a varios hechos que habían ocurrido en la C/ CALLE000 de Ávila, que hicieron que se sospechara del denunciado.



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Y, principalmente es válida la Audiencia que se celebró ante el Juzgado de Menores en la que el menor Julián declaró llanamente que era cierto que el teléfono del menor Ernesto estuvo en su poder, solamente discrepó del denunciante menor de edad en que éste le "cedió" el teléfono, y por eso pasó a su propiedad, o al menos refirió que se lo había "prestado".

Sin embargo prescindiendo de la exploración realizada al menor acusado, aquí apelante, por ser nula, tenemos: que la denuncia inicial se puso de manifiesto por la denunciante que sobre las 18,15 horas del día 27 de junio de 2016 cuando su hijo se encontraba en la C/ CALLE000 de Ávila, a la altura del Centro de Menores " DIRECCION000", otro menor que se encontraba parado en dicho lugar le solicitó a Ernesto que le dejara el móvil para llamar a su madre. Y cuando se lo dejó, la persona que se lo pidió le dijo que le gustaba y que se iba a quedar con él; y cuando Ernesto le insistió que se lo devolviera, el autor del hecho le dijo que se fuera, que si no le iba a pegar.

Esta denuncia es válida, así como su ratificación en el acto de la Audiencia..."

(Vid. también esta sentencia en Apdo. J.- NULIDAD DE ACTUACIONES)

Las declaraciones ante la policía del investigado carecen como regla general de valor probatorio. Necesidad de acudir a otras pruebas. Manifestaciones espontáneas ante la policía. Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda TS de fecha 3 de junio de 2015.

SAP La Rioja, sec. 1ª, nº 47/2017, de 19-5-2017, Pte: Solsona Abad, Fernando

"...Lo primero que alega el apelante es que la sentencia del Juzgado de menores tuvo en cuenta como prueba de cargo la declaración del menor expedientado ante la Policía, lo cual sería contrario a la doctrina del Tribunal Supremo.

2.- Sobre esta cuestión debemos decir que el apelante lleva razón en cuanto a que la declaración de un acusado ante la Policía, según la doctrina del Tribunal Supremo actualmente vigente, carece como regla de valor probatorio. Pero inmediatamente debemos añadir que no fue esta la única prueba valorada por el juez "a quo" para llegar a la conclusión de que el menor expedientado es autor de un delito de lesiones. Y es que ciertamente, aun prescindiendo de la declaración del menor expedientado ante la Policía, lo cierto es que en este caso sí existe prueba de cargo suficiente para destruir la presunción de inocencia que asiste al menor.

3.- Efectivamente, es cierto que el menor expedientado se autoincurrió ante la Policía, pero luego, ni ante el Ministerio Fiscal (instructor) ni en el juicio oral, mantuvo esa declaración sino que lo que refirió es que nunca quiso golpear a Leopoldo y que en realidad se defendió

Se trataría por lo tanto de evaluar qué eficacia o valor puede alcanzar una manifestación de este coimputado realizada únicamente ante la Policía.



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Sobre esta cuestión es necesario traer a colación en primer lugar la doctrina que el Tribunal Supremo viene estableciendo de modo uniforme tras el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda de fecha 3 de junio de 2015, el cual ha sido ya incorporado a numerosas sentencias del Tribunal Supremo, (por todas las de 29 de junio de 2015, de 9 de julio de 2015, de 20 de julio de 2015, de 3 de noviembre de 2015, de 23 de febrero de 2016, 25 de febrero de 2016 y 5 de abril de 2016), de acuerdo con el cual "Las declaraciones ante los funcionarios policiales no tienen valor probatorio. No pueden operar como corroboración de los medios de prueba. Ni ser contrastadas por la vía del art. 714 Lecrim. No cabe su utilización como prueba preconstituida en los términos del art. 730 Lecrim. Tampoco pueden ser incorporados al acervo probatorio mediante la llamada como testigos de los agentes policiales que las recogieron. Sin embargo, cuando los datos objetivos contenidos en la autoinculpación son acreditados como veraces por verdaderos medios de prueba, el conocimiento de aquellos datos por el declarante evidenciado en la autoinculpación puede constituir un hecho base para legítimas y lógicas inferencias. Para constatar, a estos exclusivos efectos, la validez y el contenido de la declaración policial deberán prestar testimonio en el juicio los agentes policiales que la presenciaron".

El Tribunal Supremo ha señalado en sentencias como la ya citada de 3 de noviembre de 2015, que el Tribunal Supremo admite como manifestaciones espontáneas supuestos de declaración del no provocada seguida de la aportación de un dato fáctico esencial desconocido por la fuerza, que se comprueba seguidamente como válido, como por ejemplo cuando el sospechoso manifiesta espontáneamente que ha cometido un crimen y que ha arrojado el arma en un lugar próximo, donde el arma es efectivamente encontrada. Este tipo de manifestaciones, efectivamente espontáneas y no provocadas mediante un interrogatorio más o menos formal de las fuerzas policiales, son las que acepta esta Sala que se valoren probatoriamente si se constata que fueron efectuadas respetando todas las formalidades y garantías que el ordenamiento procesal y la Constitución establecen, de forma absolutamente voluntaria y espontánea, sin coacción alguna, y que se introducen debidamente en el juicio oral mediante declaración, sometida a contradicción, de los agentes que la presenciaron (pero en ningún caso la provocaron). Sin embargo no es este el caso en el que nos encontramos, pues lo referido por Eloy no fue una manifestación "espontánea" sino fruto de la recepción ordinaria de su declaración por la Policía como consecuencia de la denuncia previa interpuesta por Leopoldo, y su declaración policial, contradicha luego en fase de instrucción y juicio oral, no sirve en este caso por sí sola para extraer inferencias.

3.- Debemos por lo tanto descartar como prueba la declaración del menor expedientado ante la Policía. Sin embargo, y como ya hemos adelantado, eso no significa que el resto de la prueba no sea bastante para llegar a la conclusión de que Eloy es autor de los hechos que el juez "a quo" declara probados en su sentencia."



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda TS de fecha 3 de junio de 2015. Valor indiciario, junto a otras pruebas, del reconocimiento de los hechos efectuado por el menor en declaración policial, con información de derechos y en presencia de su madre y letrado.

SAP Vizcaya, sec. 1ª, nº 9000008/2017, de 25-1-2017, Pte: Pueyo Rodero, Jesús Agustín

“...cuando se trata de declaraciones policiales de imputados, es preciso, en primer lugar establecer su validez, descartando la vulneración de derechos fundamentales, a lo cual puede contribuir la declaración de quienes han intervenido o han presenciado la declaración. Y en segundo lugar, el Tribunal puede proceder a la valoración de la comprobación posterior de los datos objetivos contenidos en aquella declaración, una vez que tal comprobación ha sido incorporada debidamente al plenario a través de otros medios de prueba, lo que puede permitir al Tribunal alcanzar determinadas conclusiones fácticas por vía inferencial en función de la valoración del conjunto de la prueba.

La evolución de la jurisprudencia desemboca en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala, de 3 de junio de 2015: "Las declaraciones ante los funcionarios policiales no tienen valor probatorio.

No pueden operar como corroboración de los medios de prueba. Ni ser contrastadas por la vía del art. 714 de la LECR.

Ni cabe su utilización como prueba preconstituida en los términos del art. 730 de la LECR.

Tampoco pueden ser incorporadas al acervo probatorio mediante la llamada como testigos de los agentes policiales que las recogieron.

Sin embargo, cuando los datos objetivos contenidos en la autoinculpación son acreditados como veraces por verdaderos medios de prueba, el conocimiento de aquellos datos por el declarante evidenciado en la autoinculpación puede constituir un hecho base para legítimas y lógicas inferencias. Para constatar, a estos exclusivos efectos, la validez y el contenido de la declaración policial, deberán prestar testimonio en el juicio los agentes policiales que la presenciaron.

Este acuerdo sustituye el que sobre la materia se había adoptado en 28 de noviembre de 2006"

La proyección de estos criterios jurisprudenciales no permite inferir una infracción de los mismos en el supuesto que nos ocupa:

1)-Aun cuando no consideramos que el reconocimiento de los hechos realizado en sede policial por el recurrente, en calidad de imputado, con lectura de derechos, y presencia de su madre y de letrado, no ratificado en instrucción ni en el juicio, cuente con valor de prueba de cargo, a la luz de la citada jurisprudencia, ni siquiera a través de la ratificación de los agentes que la documentaron, es un indicio que puede ser valorado por el juzgador en conjunto con otros datos objetivos derivables de otros

24



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

elementos de prueba. Además, constatamos que no se ha producido irregularidad alguna, no siendo creíble que una declaración tan detallada, en presencia de dichas personas, se hiciera por su estado de nerviosismo o porque los agentes le amenazaran con mandarle a un centro de no hacerlo, extremo negado por los agentes actuantes, que han ratificado lo declarado por el menor, más teniendo en cuenta que quien decide tal cuestión es el juez. De modo que, no encontrándose detenido y siendo su intento de desdecimiento no coherente ni, por ende, creíble, es factible valorarla como indicio en relación con el resto de elementos probatorios.

2)-Ciertamente dificultado por el transcurso de un año, en el que la fisonomía de un adolescente puede cambiar, carece de valor destructor de la presunción de inocencia tal y como hemos indicado, pero eso no oculta un elemento de carácter decisivo en contra del recurrente.

3)-Partiendo de la declaración de la propietaria del domicilio en que se produjo el delito, relativa a que a uno de los autores se le cayó el DNI mientras huía, así como que, poco después, acudió al lugar para recuperarlo, y que los agentes lo encontraron en el balcón del mismo, la posterior denuncia por robo del mismo por parte del recurrente no deja de ser un torpe intento de escurrir su evidente responsabilidad por su participación en el hecho. Más si se observa el trasunto cronológico de toda la secuencia fáctica: los hechos ocurrieron en la calle Fika de Bilbao, sobre las 17,45 horas, según el relato de la sentencia, y el robo de su DNI, según su relato, tuvo lugar en la calle Somera de Bilbao entre las 18,30 y 18,45 horas, es decir casi una hora después, lo que es sencillamente imposible, ya que para dicha hora ya había sido detectado en el balcón de la casa habitada por su propietaria, a lo que se une que interpone la denuncia a las 20,17 horas. La falsedad de dicha denuncia es incuestionable.

En consecuencia, si el DNI se cayó a uno de los autores del robo en vivienda en plena huida, tras la frustrada comisión del hecho, intentando recuperarlo poco después, y el propietario, no solo no ofrece una explicación plausible, sino que ha intentado eludir su responsabilidad con una denuncia falsa, aunque prescindieramos del reconocimiento policial de hechos, la conclusión lógica y racional, inatacable, conforme al criterio humano y máximas de experiencia, es que el era el portador del mismo cuando la propietaria vio a tres personas huir del lugar, y, por ende, uno de los autores del robo en su vivienda con causación de fuerza.”

B.-V.- MEDIDAS CAUTELARES

La AP confirma la resolución del Juzgado prorrogando por tres meses el internamiento semiabierto cautelar de una menor, inicialmente acordado por cuarenta y cinco días, por un delito de hurto.

Para la adopción de cautelares en el ámbito de menores no sólo debe atenderse al hecho y desarrollo del procedimiento, sino a las condiciones de la menor que,



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

en este caso, carece de control familiar en España y está inmersa a diario en actividades delictivas.

AAP Madrid, Sec 4ª, nº 363/2017, de 18-5-2017, Pte: Sánchez Yllera, Ignacio

“...a la vista de estos antecedentes ya analizados en la anterior resolución reseñada, el informe actualizado del Equipo Técnico sobre la situación social, familiar y educativa de la menor, no podemos sino concluir que el recurso de apelación carece de suficiente fundamento. La impugnación se apoya, en última instancia, en la falta de proporcionalidad de la privación cautelar de libertad en relación con la imputación delictiva a la que se enfrenta (un delito de hurto que, para los adultos, tiene prevista pena de prisión de 6 a 18 meses).

En tal sentido, como hemos reiterado en otras ocasiones, las consecuencias legales de la infracción del ordenamiento jurídico penal que cabe imponer a los menores de edad presentan aspectos diferenciados en su fundamento a los del Derecho penal de adultos. Tanto en su aspecto cautelar como en el sustancial, una vez determinada definitivamente la misma. No se trata aquí, únicamente de garantizar el desarrollo del proceso, sino también han de tenerse en cuenta las condiciones de la menor para evaluar la necesidad de activar inmediatamente la intervención del Estado en la cobertura de los déficits que, en su desarrollo personal, se hayan detectado.

Como determina la LORPM la intervención jurisdiccional "presenta frente a la de los adultos un carácter primordial de intervención educativa que trasciende a todos los aspectos de su regulación jurídica y que determina considerables diferencias entre el sentido y el procedimiento de las sanciones en uno y otro sector, sin perjuicio de las garantías comunes a todo justiciable"; se trata, por tanto, "medidas que, como ya se ha dicho, fundamentalmente no pueden ser represivas, sino preventivo-especiales, orientadas hacia la efectiva reinserción y el superior interés del menor, valorados con criterios que han de buscarse primordialmente en el ámbito de las ciencias no jurídicas"; debido a lo cual se siguen criterios de "flexibilidad en la adopción y ejecución de las medidas aconsejadas por las circunstancias del caso concreto", por lo que en definitiva la reacción jurídica dirigida al menor infractor pretende ser "una intervención de naturaleza educativa, aunque desde luego de especial intensidad, rechazando expresamente otras finalidades esenciales del Derecho penal de adultos, como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la intimidación de los destinatarios de la norma", con el objetivo último de "impedir todo aquello que pudiera tener un efecto contraproducente para el menor".

La prórroga de la medida cautelar se ha adoptado en este caso previa petición del Ministerio Fiscal, con el informe favorable de los técnicos que trabajan con la menor, a la vista de que, pese a su positiva adaptación a las obligaciones que le han sido fijadas, durante las pasadas semanas (ingresó en el centro el 23 de marzo pasado) persisten evidentemente los factores de riesgo que llevaron a adoptar la medida; factores que se reflejan en el programa individualizado de intervención. En definitiva, la aplicación de

26



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

los criterios expuestos a la situación social y personal de la menor, sin control familiar en España, sin escolarización alguna, sin cobertura social suficiente e inmersa en una actividad diaria eventualmente criminógena, justifican la decisión de prórroga que ha sido adoptada. Así pues, las razones expuestas en la resolución cuestionada no resultan contradichas por lo expuesto en el recurso que, por ello, ha de ser desestimado.”

Se estima recurso de MF contra el auto de Juez de Menores que denegaba petición de cautelar de semiabierto para una menor implicada en seis hurtos de móviles en establecimientos. La Sala fundamenta la cautelar en las diferencias con el derecho penal de adultos, la reiteración de conductas delictivas, condiciones marginales de la menor y que la LORPM sólo exige la comisión de delitos graves para el internamiento cerrado, pero no para el semiabierto.

AAP Madrid, Sec 4ª, nº 165/2017, de 1-3-2017, Pte: Sánchez Yllera, Ignacio

“...teniendo presente lo alegado en el recurso de apelación, el análisis de las actuaciones pone de manifiesto que la solicitud de la medida cautelar privativa de libertad solicitada se halla suficientemente razonada como para apreciar que satisface las exigencias de excepcionalidad y proporcionalidad que de ella se predicen. Cuando fue solicitada, en febrero de 2017, existían indicios racionales -basados en datos objetivos- de la comisión por la menor, siempre en compañía de otra menor y en la misma zona (CALLE000 y DIRECCION000) de las conductas que se le imputa; todas por el mismo método de actuación y con el mismo objetivo, lo que expresa una asiduidad en la conducta que da cuenta de la adopción de la marginalidad delictiva como medio de supervivencia, con o sin la incitación de otras personas. No existen dudas razonables en varios de los supuestos sobre la identificación de la menor que ha reconocido estar presente en la zona o se le han ocupado los objetos sustraídos al descuido. Por ello, en atención a los datos objetivos que derivan de las actuaciones, la decisión se apoya en indicios consistentes de haber participado en varios hechos delictivos, pues los reconocimientos hechos ante la policía pueden ser tomados en consideración en el momento inicial de la investigación para evaluar la necesidad de adoptar una medida cautelar.

En cuanto a su idoneidad y oportunidad, la medida sigue las recomendaciones del Equipo Técnico, recogidas en su Informe emitido el pasado 6 de febrero de 2017, que da cuenta de una situación social de " desamparo en un entorno de marginalidad en el que no existen referentes adultos que puedan ejercer responsabilidad sobre la misma, adoptando una forma de vida que recurre a actos ilícitos y no aportándose un domicilio estable de localización para futuros trámites ". La medida cautelar aparece, por tanto, orientada al control y educación de la menor en un escenario de contención cuyo perfil personal antes descrito justifica apreciar la necesidad y proporcionalidad de la medida cautelar impuesta frente a otras de menor intensidad.

27



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Si bien, considerados aisladamente, cada una de las conductas imputadas provisionalmente no presenta especial gravedad, es precisamente la habitualidad en la conducta, la ausencia de entorno familiar, escolarización y referentes adultos, lo que justifica en este caso la intervención cautelar en el régimen de contención que ha sido propuesto. Únicamente el internamiento en régimen cerrado exige legalmente la comisión de delitos graves, no así el internamiento en régimen semiabierto (art. 28.2 LORPM en relación con el art. 9).”

Medida cautelar de convivencia en grupo educativo impuesta por un delito violencia filio-parental. Se desestima el recurso interpuesto por la defensa del menor, basado en la voluntad manifestada por éste de volver a casa y cambiar de comportamiento.

AAP Valladolid, Sec 2ª, nº 236/2017, de 27-4-2017, Pte: De la Torre Aparicio, Miguel Ángel

“...la existencia de indicios racionales de la comisión del/os delito/s antes mencionados, se desprende de las declaraciones de los padres, puestos en relación con la exploración del menor, así como con los comunicados del Centro escolar y el informe del equipo técnico.

Asímismo se advierte el riesgo de que el menor siga reproduciendo este tipo de conductas violentas en el ámbito familiar con la consiguiente afectación de los bienes jurídicos de la víctima o víctimas, pues se pone de manifiesto un comportamiento reiterado haciendo insostenible la convivencia con sus padres.

La necesidad y proporcionalidad de la medida cautelar adoptada viene también analizada y motivada convenientemente, a cuyo efecto resulta relevante el informe del Equipo técnico por cuanto es preciso frenar la crisis familiar, favorecer el establecimiento de adecuadas pautas comunicativas con los miembros de la familia, que el menor comprenda las características propias de su situación y desarrolle la autoestima y reflexione sobre sus capacidades formativas, así como favorecer la inserción social normalizada.

Así pues, concurren los presupuestos del artículo 28 de la LORPM y las finalidades que legitiman legal y constitucionalmente dicha medida cautelar.

Lo pretendido por el recurrente no puede prosperar, habida cuenta: 1º) Que de sus alegaciones no se desprende que la medida de Convivencia en grupo educativo haya sido improcedente o contraproducente; sino al contrario, parece que ha llevado al menor a la reflexión sobre su comportamiento y sobre las pautas que debe seguir. La alusión del equipo técnico a la conveniencia de practicar regularmente deporte ha de comprenderse dentro de la medida de acogimiento en grupo educativo que específicamente propone en su informe, a los efectos de conjugarlo con los otros objetivos, y no en la forma que desee el menor. 2º) Que la modificación de medida

28



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

cautelar por cambio de circunstancias debería plantearse como nueva petición para su valoración ante el Juez de instancia. En todo caso, la simple voluntad manifestada por el menor, tras cinco días de estancia en el Grupo educativo, de volver a casa comprometiéndose a cambiar de conducta, no es suficiente para dejar sin efecto el auto de instancia, ni para considerar que dicha medida resulte inadecuada, pues no se aporta elemento alguno que permita constatar se haya producido realmente una variación en aquel de las circunstancias motivadoras de la imposición de dicha medida cautelar que haga innecesaria o desaconsejable la misma o que hayan decaído los fines que dieron lugar a su adopción.”

NOTA: Sobre la no necesidad de consentimiento del menor encartado para la medida de convivencia en grupo (aunque sí de tener en cuenta su asentimiento), véase Dictamen 6/2013, sobre pautas de aplicación de la medida de convivencia con persona, familia o grupo educativo.

C.- FASE DE AUDIENCIA C.- I.- PRUEBA

Se deniega la pretendida nulidad de la sentencia por falta de imparcialidad de la juzgadora, que formuló numerosas preguntas a los testigos denunciadores. La actuación de la Juez de Menores es adecuada a las previsiones de la LECrim, pues lo fue con fines puramente aclaratorios y de depuración de los hechos objeto del debate procesal.

SAP Murcia, Sec. 2ª, nº 172/2017, de 3-4-2017, Pte: Bardají García, Jaime

“...Articula el apelante como primer motivo la pérdida de imparcialidad sobrevenida por la juzgadora a quo aduciendo, en síntesis que del visionado del soporte audiovisual donde quedó grabado el acto de la vista se puede constatar que la juzgadora se extralimitó en su función de dirigir los debates, actuación que según entiende se produjo a lo largo de todo el juicio pero destacando dos momentos, refiriendo el primero de ellos al interrogatorio del denunciante Candido en el que después de contestar las preguntas formuladas por la acusación y la defensa, la juzgadora de instancia tomó la palabra formulando tal cantidad de preguntas convirtiendo el examen del testigo realizado por las partes en un interrogatorio propio, (...)

(...) de conformidad con el tenor del artículo 708.2 de la LECr "el presidente podrá dirigir a los testigos las preguntas que estime conducentes para depurar los hechos sobre los que declaren" de suerte que el órgano sentenciador no está facultado para realizar un nuevo interrogatorio cuando han finalizado los de las partes sino que lo que permite el precepto legal antes descrito es una intervención de carácter puntual con la finalidad de obtener una mayor concreción y aclaración de los hechos sobre los que

29



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

está declarando o ha declarado el testigo y como señala la sentencia del Tribunal Supremo 1156/2009 de 25 noviembre "hay consenso en que se trata de una clase de iniciativa de cuya utilización podrían derivarse consecuencias perjudiciales para la necesaria imparcialidad del juzgador del que sólo debería acudir a ella para solicitar eventuales aclaraciones, preferentemente pro reo y evitando con el mayor cuidado que el recurso a ese medio llegue a convertirse en una intolerable subrogación en el papel de la acusación" y, en el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo 674/2013 de 23 julio señala que "en el plano jurisprudencial es indudable que esta Sala no ha marcado una línea totalmente definida sobre esta cuestión. En todo caso, se admite mayoritariamente la denominada prueba sobre prueba que es aquella que no tiene la finalidad de probar hechos favorables o desfavorables sino de verificar su existencia en el proceso y como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 31 mayo 1999 al analizar la posibilidad de que el Tribunal formule preguntas a los testigos para clarificar los hechos sobre los que declaran, se afirma que tal iniciativa "constituye una facultad que utilizada moderadamente no afecta a la imparcialidad del Presidente y puede permitir aclarar algún aspecto del testimonio que haya resultado confuso....Es decir, no tratándose de incorporar nuevos presupuestos fácticos, sino de abundar en el esclarecimiento y precisión de los hechos nucleares objeto del debate...".

La Sala ha examinado el acta video grabada del juicio oral y ha podido comprobar que en el examen del testigo de cargo Candido después de haber sido examinado por el Ministerio fiscal y por la Sra. Letrada de la defensa, la juzgadora a quo realizó una serie de preguntas ha dicho testigo sobre la forma en que se produjeron los hechos, la persona que le agredió, la forma en que recibió el golpe con el monopatín, como vio al agresor, así como la intervención de los otros dos menores en los hechos y la forma de sucesión de los mismos, identificando el testigo a uno de los menores sentado en el banquillo como el autor de la agresión al señalar a preguntas de la juzgadora a quo "el del medio me dio con el monopatín", que recibió el golpe cuando miraba hacia atrás, que a los otros dos no le vio las caras pero deduce que estaban con él y lo deduce porque estaban posteriormente en el grupo de 20 personas que les lanzaron botellas, aclarando en la mecánica de la sucesión de los hechos que "eran un único grupo y luego se unieron todos"; se afirma por el recurrente que hasta la intervención de la juzgadora a quo no había quedado determinado la autoría de los hechos y que es a preguntas de la juzgadora a quo cuando el testigo denunciante identifica al condenado Jaime como aquel que le propinó el golpe con el monopatín, por cuanto anteriormente el Ministerio fiscal preguntó al denunciante si alguno de estos chicos que están aquí se encontraban en el lugar a lo que el denunciante simplemente declaró " si estaban los tres". No obstante lo aducido, la Sala comprueba que a preguntas del Ministerio fiscal el testigo ratificó el reconocimiento fotográfico obrante al folio 28 de lo actuado identificando a Jaime como la persona que le agredió deponiendo, además, "que un chico le propinó un golpe con un monopatín en la cabeza", " era uno de los chicos que están aquí", identificando a preguntas de la Sra. Letrada de la defensa a Jaime como la persona que le agredió señalando "vi al principal que era el del monopatín y a ellos

30



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

dos también los vi" y que "los volvió a reconocer cuando volvieron con los demás", por lo que en modo alguno podrá entenderse que la identificación del menor se produjo a preguntas de la juzgadora a quo, cuando éste había sido identificado por el testigo a preguntas del Ministerio fiscal y de la defensa, considerando la Sala la intervención de la juzgadora de instancia no afecta a su imparcialidad en la medida en que ésta se produjo con fines puramente aclaratorios y de depuración de los hechos sobre la forma en que el testigo recibió el golpe con el monopatín y cuando pudo ver a la persona que le había agredido, valoración que se realiza por la Sala a la vista de que la juzgadora a quo expresa en su intervención en el plenario sus dudas pues no le había quedado claro como pudo ver al agresor después de que el testigo afirmara a preguntas del Ministerio fiscal que había caído "desplomado en el suelo". A idéntico pronunciamiento debe llegarse respecto del interrogatorio del segundo testigo de cargo, Eladio cuando preguntado sobre el lugar en que ocurrieron los hechos, interviene la juzgadora a quo "el otro testigo ha dicho parte derecha" rectificando el testigo su respuesta haciéndola concordante con la del otro testigo denunciante. Un examen de lo actuado permite constatar que dicho testigo señala a preguntas del Ministerio fiscal sobre el lugar en que ocurrieron los hechos fue "justo en el jardín a la izquierda", aclarando el testigo "mirando al jardín desde la Universidad en la derecha", por lo que dicha intervención judicial, que se aprecia tuvo lugar, se produjo con fines puramente aclaratorios y no con la finalidad de hacer coincidir su testimonio con el ofrecido por el otro testigo de cargo. Cumple pues la desestimación del motivo, al comprobarse que la juzgadora de instancia no trata de incorporar nuevos presupuestos fácticos, sino de abundar en el esclarecimiento y precisión de los hechos objeto del debate procesal..."

Preguntas de la Juez a un testigo de la defensa: se deniega la petición de nulidad por pérdida de imparcialidad de la Juzgadora, pues actuó dentro de la legalidad y en el ejercicio de sus funciones de ordenación del debate.

SAP La Coruña, Sec 2ª, nº 236/2017, de 18-5-2017, Pte: Barrientos Monge, Luis

"...Examinada la grabación de la vista celebrada en la instancia, no se observa que por parte de la Sra. Magistrada, cuando la vista llega al momento del examen del testigo de la Defensa, se hubiera comportado de un modo en el que sea apreciable una pérdida de imparcialidad, porque aquélla intentó averiguar si Herminio, el testigo de la Defensa, recordaba el incidente, porque la inicial respuesta del mismo de que no sabía o no recordaba la existencia de un incidente en la PLAZA000 de la localidad de DIRECCION000, planteaba serias dudas sobre la necesidad de examen de este testigo, que, y a las siguientes preguntas, tenía serias dudas a la hora de situar temporalmente el incidente objeto del enjuiciamiento. Como le decía la Presidenta del Tribunal de instancia, no se trata de que el testigo concrete el día de la semana exacto en el que tuvo lugar aquel incidente, pero si el mismo había tenido lugar en el mes de Julio de 2016, que lo situase dos meses antes del día del juicio oral, que ha tenido

31



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

lugar en el mes de Enero del presente año, hace que fuera necesario una intervención o demanda de aclaración para, ahora sí, apreciar el órgano judicial la veracidad de dicho testigo. Alegaba la Defensa que con los testigos del Ministerio Fiscal no se había mostrado la presidencia tan inquisitiva la hora de concretar el momento en el que tuvo lugar el incidente, pero hemos de reiterar, tras el visionado de la grabación, que la lesionada y su hermana se han mostrado más convincentes desde el comienzo de sus respectivos testimonios a la hora de relatar los hechos. Es cierto que la presión de declarar ante un tribunal genere nerviosismo en las personas, y máxime si se trata de menores de edad, pero ello no puede limitar las facultades del presidente del tribunal, unipersonal o colegiado, de que trate de esclarecer las respuestas que dan aquéllas; pues, como dice la sentencia del Tribunal Supremo del 10 de Marzo de 2016, "... la intervención de la Presidencia en el ejercicio de sus funciones de ordenación del debate no pone de relieve una posición predeterminada en favor de la tesis acusatoria del Ministerio Fiscal y de la representación de la víctima, ..." como alega la parte recurrente. Es cierto que la imparcialidad del Tribunal y la tutela del derecho de defensa tienen una gran relevancia para garantizar un juicio con todas las garantías. Pero también lo es que la Presidencia del Tribunal debe poder ejercitar su función de ordenación de los debates y tutela de los derechos de las partes con la libertad y autoridad necesaria para garantizar la buena marcha del juicio y el esclarecimiento de los hechos, que pasa por el análisis de los testimonios que se rinden a su presencia."

C.- I.- PRUEBA

C.-I.-1 DECLARACIONES DE LOS COIMPUTADOS

Se estima el recurso de uno de los coacusados, pues su condena se fundaba exclusivamente en la declaración inculpatoria del otro, sin que resultase corroborada por algún hecho, circunstancia o dato externo adicionales.

SAP Valladolid, sec. 2ª, nº 97/2017, de 21-4-2017, Pte: Torre Aparicio, Miguel Ángel de la

"...Conforme se razona en el fundamento de derecho segundo de la sentencia, la prueba de cargo que conduce a la condena de Trinidad ha sido exclusivamente la declaración inculpatoria del coimputado o coacusado Carlos Francisco que reconoció los hechos manifestando, tanto en la instrucción como luego en la audiencia, que los cometió juntamente con Trinidad.

A este respecto hemos de traer a colación la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo acerca del valor probatorio de las declaraciones inculpativas prestadas por un coimputado que se resume en los siguientes términos: "cuando dicha declaración se erige en única prueba para justificar la condena deben extremarse las cautelas antes de proceder a imponerla sobre dicha base. Ello se debe a la especial posición que ocupa el coimputado en el proceso ya que, a diferencia del testigo, no

32



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

tiene obligación de decir verdad sino, por el contrario, le ampara el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable e incluso a mentir. Por ello, tales declaraciones exigen un plus al efecto de ser valoradas como prueba de cargo suficiente, plus que este Tribunal ha concretado en la exigencia de que resulten "mínimamente corroboradas" por algún hecho, circunstancia o dato externo que avalen su credibilidad" (STS 65/03 de 7 de abril, STC 118/04 de 12 de julio, entre otras).

De esta jurisprudencia constitucional se desprende que la exigencia acabada de expresar es de naturaleza objetiva y no de índole subjetiva o intrínseca a la personalidad o motivaciones del declarante. De manera que incluso de verificarse la ausencia de móviles autoexculpatorios o espurios en la declaración prestada contra el recurrente por el coimputado no por ello queda la misma exenta del sometimiento a la ulterior comprobación de si, en el plano objetivo, existen datos externos que la corroboran, ya que los diferentes elementos de credibilidad objetiva o subjetiva de la declaración -como pueden ser la inexistencia de animadversión, el mantenimiento o no de su relato en las distintas fases del procedimiento o su propia coherencia íntima- carecen de relevancia como factores externos de corroboración (Así lo indican las SSTC 233/2002 de 9 de diciembre y la 190/2003 de 27 de octubre). Por lo tanto, es necesario además que existan datos externos a la versión del coimputado que la corroboren, no en cualquier punto sino en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que los órganos judiciales en cuestión consideraron probados (SSTC 57/2002 de 11 de marzo, 181/02 de 14 de octubre, 207/2002 de 11 de noviembre y SS del Tribunal Supremo de 30.5.03 y de 12.9.03).

En aplicación de la doctrina precedente al concreto caso que se analiza, observamos que no hay ningún dato ajeno a la declaración del coimputado Carlos Francisco acerca de que Trinidad se hallase con él en el momento de la realización de las sustracciones o indicativo de la vinculación de esta con los objetos sustraídos o alguno de ellos; poniéndose de manifiesto que Carlos Francisco se había hecho previamente con un martillo para romper la ventanilla de los vehículos sin que estuviera Trinidad en el momento de la provisión de ese instrumento y fue aquél quien se llevó todos los efectos escondiéndolos en un cuarto de contadores del portal de su vivienda. Así pues, se carece de una mínima corroboración externa que implique objetivamente a Trinidad en estos hechos. El razonamiento de la sentencia, limitándose a no apreciar en la declaración inculpativa de Carlos Francisco motivo espurio alguno, no es bastante para fundar un pronunciamiento de condena frente a la recurrente, con arreglo a la doctrina jurisprudencial expuesta.

Por consiguiente, en este procedimiento no se ha producido prueba de cargo suficiente para enervar el derecho a la presunción de inocencia..."

Valor indiciario de la declaración inculpativa de una de las acusadas respecto a la otra, cuando resulta avalada por otros datos probatorios o elementos objetivos.



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

SAP Santa Cruz de Tenerife, sec. 2ª, nº 35/2017, de 23-1-2017, Pte: Astor Landete, Joaquín

“...La juzgadora declaró los hechos probados y fundó su sentencia condenatoria en la declaración de las coimputadas, en la declaración de los perjudicados y en la declaración de los agentes actuantes.

En relación con la declaración del coimputado el Tribunal Constitucional ha venido exigiendo que las declaraciones de coimputados pueden constituir prueba inculpativa siempre que concurren indicios corroboradores. Así sostiene el dicho Tribunal en la sentencia 190/2003, de 27 de octubre: "constituye corroboración mínima la existencia de hechos, datos o circunstancias externas que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración" (vid. también SSTC 68/2002, de 11 de marzo, 181/2002, de 14 de octubre, 233/2002, de 9 de diciembre o 17/2004, de 23 de febrero ó 142/2006 de 8 de mayo).

Esta es la tesis que viene sosteniendo el Tribunal Supremo, véase por todas las sentencias 881/2012, de 28 de septiembre 521/2015, de 13 de octubre. La declaración del coimputado es prueba hábil pero insuficiente para enervar la presunción de inocencia, sino viene avalada por indicios corroboradores que por sí solo podrían ser insuficientes para fundar una sentencia de condena.”

D.- FASE DE EJECUCIÓN

D.-IV INGRESO EN CENTRO PENITENCIARIO

Aplicación correcta del art. 14 LORPM. Procedencia de cumplimiento directo en prisión de las medidas de internamiento cerrado de hasta seis años de duración (por 12 delitos de robo violento y 3 contra la libertad sexual), con las que se conforma un joven ya en prisión preventiva por otros delitos.

SAP Jaén, sec. 2ª, nº 14/2017, de 17-1-2017, Pte: García Pérez, María Fernanda

“...En el presente expediente de reforma se ha condenado a Inocencio por un delito de robo con violencia a la medida de tres meses de internamiento en centro de régimen cerrado seguido de un mes de libertad vigilada con tratamiento ambulatorio de deshabitación de tóxicos, si bien no se puede considerar este de forma aislada, al haber sido enjuiciado en el mismo día en seis expedientes por dieciocho delitos, de los cuales doce eran de robo con violencia o intimidación y tres delitos contra la libertad sexual, y haberse conformado el menor en los seis juicios, de manera que la suma de las medidas a imponer es de seis años de internamiento en centro cerrado y dos años de libertad vigilada.

Su defensa discute, sin embargo, que se haya acordado como lugar de cumplimiento el Centro Penitenciario considerando que se ha vulnerado el art. 14 LORPM al deber cumplirse la medida de internamiento en centro cerrado en un centro de menores por

34



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

cuanto aun siendo ya mayor de edad los delitos objeto de autos los cometió cuando era menor de edad y con anterioridad no ha cumplido pena de prisión.

El Ministerio fiscal se opone, alegando que una vez cumplida la mayoría de edad (18 años) siguió cometiendo delitos, encontrándose en prisión preventiva por tres delitos de robo con violencia (autos 1187/16 del Juzgado de Instrucción nº 4 de DIRECCION000, de 16 de septiembre de 2016) y es por lo que la Magistrada de Menores ha procedido en base al art. 14.2 LORPM a acordar el cumplimiento en centro penitenciario, al haber fracasado las diversas intervenciones socioeducativas (con internamiento en centro semiabierto) realizadas con el menor a lo largo de los años, no variando su forma de proceder y continuando su actividad delictiva como menor y como mayor, y en todo caso, al estar en prisión provisional, de accederse al recurso el menor pasaría a ingresar en un centro de internamiento, pero si fuese condenado en la jurisdicción de mayores la Juez tendría que valorar si cumple primero aquel o la prisión, es más, una vez cumpla los 21 años por disposición del art. 14.3 LORPM debería ingresar en centro penitenciario.

SEGUNDO.- El art. 14 de la LORPM regula el cumplimiento de las medidas cuando el condenado cumpla la mayoría de edad, disponiendo:

"1. Cuando el menor a quien se le hubiere impuesto una medida de las establecidas en esta Ley alcanzase la mayoría de edad, continuará el cumplimiento de la medida hasta alcanzar los objetivos propuestos en la sentencia en que se le impuso conforme a los criterios expresados en los artículos anteriores.

2. Cuando se trate de la medida de internamiento en régimen cerrado y el menor alcance la edad de dieciocho años sin haber finalizado su cumplimiento, el Juez de Menores, oído el Ministerio Fiscal, el letrado del menor, el equipo técnico y la entidad pública de protección o reforma de menores, podrá ordenar en auto motivado que su cumplimiento se lleve a cabo en un centro penitenciario conforme al régimen general previsto en la Ley Orgánica General Penitenciaria si la conducta de la persona internada no responde a los objetivos propuestos en la sentencia.

3. No obstante lo señalado en los apartados anteriores, cuando las medidas de internamiento en régimen cerrado sean impuestas a quien haya cumplido veintiún años de edad o, habiendo sido impuestas con anterioridad, no hayan finalizado su cumplimiento al alcanzar la persona dicha edad, el Juez de Menores, oídos el Ministerio Fiscal, el letrado del menor, el equipo técnico y la entidad pública de protección o reforma de menores, ordenará su cumplimiento en centro penitenciario conforme al régimen general previsto en la Ley Orgánica General Penitenciaria, salvo que, excepcionalmente, entienda en consideración a las circunstancias concurrentes que procede la utilización de las medidas previstas en los artículos 13 y 51 de la presente Ley o su permanencia en el centro en cumplimiento de tal medida cuando el menor responda a los objetivos propuestos en la sentencia.

4. Cuando el menor pase a cumplir la medida de internamiento en un centro penitenciario, quedarán sin efecto el resto de medidas impuestas por el Juez de Menores que estuvieren pendientes de cumplimiento sucesivo o que estuviera

35



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

cumpliendo simultáneamente con la de internamiento, si éstas no fueren compatible con el régimen penitenciario, todo ello sin perjuicio de que excepcionalmente proceda la aplicación de los artículos 13 y 51 de esta Ley.

5. La medida de internamiento en régimen cerrado que imponga el Juez de Menores con arreglo a la presente Ley se cumplirá en un centro penitenciario conforme al régimen general previsto en la Ley Orgánica General Penitenciaria siempre que, con anterioridad al inicio de la ejecución de dicha medida, el responsable hubiera cumplido ya, total o parcialmente, bien una pena de prisión impuesta con arreglo al Código Penal, o bien una medida de internamiento ejecutada en un centro penitenciario conforme a los apartados 2 y 3 de este artículo."

La interpretación correcta de tal precepto es que el menor continúe el cumplimiento de las medidas impuestas una vez alcanzada la mayoría de edad hasta la consecución de los objetivos propuestos en la sentencia, ahora bien, ello se exceptúa cuando se trata del internamiento en centro cerrado, pues entonces el Juez "podrá ordenar" su cumplimiento en centro penitenciario si una vez oídas las partes, Equipo Técnico y Entidad Pública, la conducta del menor no responde a los objetivos socioeducativos fijados (art. 14.2), y, en todo caso, "se cumplirá" en centro penitenciario siempre que con anterioridad haya cumplido pena de prisión o medida de internamiento en centro penitenciario (14.5).

La Magistrada de Menores ha realizado una aplicación correcta del art. 14.2 LORPM haciendo uso de la facultad de acordar el cumplimiento en centro penitenciario, pero con fundamento en la frustración de todas las intervenciones socio educativas llevadas a cabo con el menor en los 16 expedientes de reforma que le constan hasta que cumplió los 18 años, la mayoría de ellos por robo con violencia y varios contra la libertad sexual, sin que se hayan conseguido alcanzar los objetivos establecidos, tal y como se expone en los informes técnicos incorporados a la causa, y habiendo continuado su actividad delictiva, encontrándose precisamente ahora en prisión provisional por los tres robos con violencia cometidos como mayor de edad.

No se vulnera por tanto el apdo.5 porque no estamos en el supuesto contemplado en el mismo, sino en el del párrafo segundo, por lo que ha de desestimarse el recurso interpuesto, confirmándose la sentencia recurrida.

Art 14 LORPM. Procedencia de cumplirse directamente en prisión las medidas de seis años de internamiento cerrado (por 12 delitos de robo violento y 3 contra la libertad sexual) con las que se conforma un joven que se encuentra ya en prisión preventiva por otros delitos.

SAP Jaén, sec. 2ª, nº 24/2017, de 23-1-2017, Pte: Aguirre Zamorano, Pío

"...Apela la defensa del menor Augusto solicitando que la medida que se le impone, en este caso, de un año y tres meses de internamiento en Centro Cerrado sea cumplida



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

en un Centro de Menores en régimen cerrado y no en un Centro Penitenciario como ordena la sentencia impugnada.

Pues bien, lo primero que hay que poner de manifiesto es que el menor fue juzgado el mismo día por seis expedientes distintos, alcanzándose conformidad en todos ellos en cuanto a la comisión de los hechos y las medidas solicitadas por el Ministerio Fiscal. La única discrepancia en todos los expedientes es si el menor tiene que cumplir las medidas de internamiento en Centro cerrado de menores o en el Centro Penitenciario.

Así el menor ha sido condenado a seis años de internamiento cerrado y dos años de Libertad Vigilada por un total de 18 delitos, de los cuales 12 eran de robo con violencia o intimidación en las personas y 3 delitos contra la libertad sexual.

Actualmente cumplidos ya los 18 años, el menor está internado preventivamente en el Centro Penitenciario de Jaén por su presunta implicación en tres delitos de robo con violencia en las Diligencias Previas 1187/16 del Juzgado de Instrucción nº 4 de DIRECCION000.

Es por ello que como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal, a pesar de la constante, continua y variada intervención socioeducativa llevada a cabo con él a lo largo de los años, no sólo no ha variado su forma de proceder sino que ha continuado con su actividad delictiva encadenando, como mayor y como menor, un delito tras otro, especialmente de robo con violencia o con intimidación y, alguno de ellos, con uso de armas. Esta progresión y continuidad delictiva nos demuestra cómo ha fracasado la jurisdicción de menores y la finalidad reeducativa de todas las medidas que se le han ido imponiendo, se aprecia cómo el menor no ha interiorizado ninguna de las normas y reglas de conducta que se le han intentado explicar, ha desaprovechado total y absolutamente los recursos que se le han ofrecido.

Además una vez que Augusto cumpla 21 años, será de aplicación el apartado 3º del artículo 14 LORPM el cual indica que no obstante lo señalado en los apartados anteriores, cuando las medidas de internamiento en régimen cerrado sean impuestas a quienes hayan cumplido 21 años de edad, o habiendo sido impuestas con anterioridad, no hayan finalizado su cumplimiento al alcanzar la persona dicha edad, el Juez de Menores, oído el Ministerio Fiscal, el letrado del menor, el equipo técnico y la entidad pública de protección o reforma de menores, ordenará su cumplimiento en centro penitenciario conforme al régimen general previsto en la Ley Orgánica General Penitenciaria (...)

...A mayor abundamiento el Equipo Técnico y el Equipo de la Comunidad solicitaban en la vista celebrada en este Tribunal que el internamiento se cumpla en el Centro Penitenciario, todo ello de conformidad con lo previsto en el art. 14, 2 de la LORPM.

NOTA: como puede apreciarse son dos sentencias distintas que resuelven dos recursos diferentes interpuestos por la representación procesal del mismo joven, aunque la situación sea idéntica. Se consignan ambas, no obstante, por los matices diferenciales que se aprecian en cuanto a fundamentación.



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Hay más sentencias de la AP de Jaén referidas al mismo joven (vgr. la SAP Jaén, sec. 2ª, nº 19/2017, de 17-1-2017, Pte: García Pérez, María Fernanda) que no se reproducen pues son de los mismos ponentes y emplean los mismos razonamientos.

E.- RESPONSABILIDAD CIVIL E.- I. CUESTIONES PROCESALES

El menor condenado carece de legitimación procesal para recurrir la responsabilidad civil de sus padres, desestimándose su pretensión de que se le condenara solamente a él a indemnizar conjuntamente con la Junta de Castilla y León.

SAP Salamanca, Sec. 1ª, nº 25/2017, de 19-4-2017, Pte: García Pérez, Juan Jacinto

“...el intento del menor recurrente, en base a las sentencias de esta Audiencia de 26-6-2014, 20-10-2014, de la AP Sevilla, 3ª, de 5-6-2009, AP Ciudad Real de 11-2-2016, etc., tendente a que se declare que de la responsabilidad civil que le ha sido impuesta por los delitos cometidos por su parte, con él responda, en exclusiva, la Junta de Castilla y León (pues, en el momento de cometerlos se encontraba fugado del Centro de Menores " DIRECCION000 " dependiente de aquella Administración autonómica), de partida, choca con un óbice procesal insalvable de legitimación procesal, si se tiene en cuenta que no es el menor condenado quien puede y debe pedir o interesar, -como hace primero en el suplico del escrito de recurso que analizamos y luego en el acto de la vista ante esta Sala-, ni más ni menos que se ABSUELVA a sus padres de la responsabilidad civil a la que han sido condenados en la sentencia recurrida, cuando resulta, repetimos, que éstos han decidido no apelarla o impugnarla, pues, ni se han personado a tal fin, ni menos han suscrito recurso apelatorio en tal sentido en su propio nombre y derecho.

Es sabido que para poder interponer un recurso contra una resolución judicial es necesario que la misma produzca un gravamen al litigante que pretenda interponerlo y así se establece, para ante la Jurisdicción civil, en el art. 448 de la LEC, que exige que la resolución que se quiere recurrir "afecte desfavorablemente" a la parte que quiere presentar el recurso.

Y, en este sentido, la jurisprudencia ha declarado que siendo el recurso un medio que el ordenamiento concede para impugnar una resolución judicial, claro está que constituyendo el interés legítimo el móvil de la acción procesal, carece de legitimación para interponerlo la parte a quien la decisión no le haya ocasionado perjuicio alguno, por lo que resulta inadmisibles la apelación de una sentencia por el litigante aunque lo haya sido por argumentos distintos a los aducidos por el interesado (por todas, SSTS

38



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

de 4 de noviembre de 1957, 9 de marzo de 1961, 27 de junio de 1967 y 18 de abril de 1975).

Y ello, porque, respecto a la legitimación de las partes y manifestación del interés en obrar, ya se le conceptúe como presupuesto procesal, bien como elemento subjetivo del derecho sustancial o como condición de la acción, la posibilidad de interponer recursos y de combatir una concreta resolución, corresponde únicamente a quien ocupe la posición de parte agraviada, o, siendo tercero, alcancen los efectos de cosa juzgada, por lo que es manifiesto que sin gravamen no existe legitimación para recurrir, y así el derecho histórico exigía a los contendientes la "summa graviminis" como requisito indispensable para que "tomar puedan alzada", siendo doctrina reiterada que, por virtud de ese presupuesto subjetivo, su obligada consecuencia, es que las acciones procesales y los recursos derivados de ellos, solamente se otorgan para defender derechos e intereses propios por norma general, que es, en definitiva, lo proclamado por el artículo 24.1 CE al utilizar el pronombre posesivo "sus", refiriéndose a la protección jurisdiccional de los derechos, por cuya razón, sólo la parte a la que resulte desfavorable una resolución puede, como perjudicada, acudir a los medios de impugnación que el ordenamiento concede, para que se revoque o reforme...

SEGUNDO.- Pues bien, en nuestro caso, la representación procesal del menor Ricardo pretende ostentar y arrogarse, a modo de sustitución procesal, una legitimación o interés procesal que no tiene, en punto a recurrir un pronunciamiento de la sentencia que a él no le afecta, ni le causa perjuicio o gravamen diferente o distinto al propio de la condena en el ámbito civil como autor directo y material que es de los hechos objeto de condena, además, con su plena conformidad.

Quien aquí impugna la sentencia (el menor) en un aspecto tan concreto como el que nos ocupa, no es quien sufre el gravamen que, por considerarlo erróneo, trata de corregirse en esta alzada, por cuanto que es el responsable civil directo, por ser el autor del hecho punible; y serían los padres de dicho menor quienes, eventualmente, podrían argüirlo y no lo han hecho, pese a que se les ha dado oportunidad expresa para hacerlo, haciendo dejación de sus derechos.

Téngase en cuenta que conforme a la regulación de la LECrim y del CP, en relación con el sujeto pasivo de la responsabilidad civil es posible distinguir tres figuras: el responsable civil directo, el responsable civil subsidiario y los responsables civiles del art. 118 del señalado CP; de modo que, precisamente, como la responsabilidad civil del menor no es única, resulta lo más habitual que concurra con la de aquellos implicados en su guarda y custodia, y de ahí que junto a la creación de un específico procedimiento para dilucidar la responsabilidad civil en el seno del proceso penal del menor, la LORPM amplió el tipo de responsabilidad derivada del delito, prevista en los arts. 118 y 120 CP, -que se basa en la culpa o negligencia del que tiene bajo su guarda al autor del hecho delictivo-, para pasar a convertirla en una responsabilidad objetiva y solidaria de «los padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden» (art. 61.3 LORPM) por los actos cometidos por el menor.



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Ampliación del sistema de responsabilidad civil, no exenta de críticas doctrinales por estimarla desproporcionada, pero, con fines reconocidos de amparar mejor los derechos de las víctimas protegiéndoles frente a la común insolvencia del menor infractor y asegurándoles la indemnización de los daños sufridos, sin la exigencia ineludible de tener que probar la culpa del responsable civil; y de conseguir una mayor implicación de los padres y demás responsables en el proceso de socialización de los menores, a través de la imposición de las consecuencias civiles de los hechos transgresores cometidos por éstos.

Quiere decirse que, a pesar de que el menor imputado es el principal responsable civil, eso no excluye o exonera a estos responsables solidarios, y ello ni aun cuando acrediten haber actuado con la máxima diligencia. Únicamente, para el caso de que no hayan favorecido la conducta infractora de menor con dolo o negligencia grave, la norma, en su inciso final, da la posibilidad al Juez de moderar -que no eliminar-esta responsabilidad...; lo que se lleva a cabo en la sentencia impugnada por lo que toca a la Junta de Castilla y León.

La traslación procesal que ello tiene en sede de legitimación procesal es la ya expuesta: no le corresponde al menor la defensa de derechos ajenos, cual, en este concreto caso, el que queden excluidos sus padres del pago de los daños y perjuicios surgidos del delito o delitos que él ha cometido, porque él no es el sujeto pasivo de esa responsabilidad solidaria, él tiene la condición o título de responsable directo. Por lo que la sentencia dictada por el Juez de Menores, en su pronunciamiento sobre la responsabilidad civil de los padres, al no ser impugnada por éstos ante esta Audiencia Provincial a través del recurso de apelación (arts. 455 y ss. LEC), deviene firme y, a diferencia de lo que ocurría en el régimen anterior, produce efectos de cosa juzgada material...”

E.- RESPONSABILIDAD CIVIL

E.- I.-2 PRUEBA

Cuantificación de daños morales. Condena por delito contra la integridad moral (art. 173.1 CP) en un supuesto de acoso escolar.

SAP Castellón, sec. 1ª, nº 61/2017, de 10-2-2017, Pte: Solaz Solaz, Esteban

“...El tercer motivo denuncia error en la aplicación de los arts. 61 y ss de la LORRPM y de los arts. 109 y ss CP, en cuanto a la cuantificación de los daños y perjuicios sufridos por el menor Edemiro. Sostiene el recurrente que la sentencia recurrida no fundamenta o motiva el porqué de la cantidad en la que se fija la responsabilidad civil, siendo la misma bastante elevada cuando no se dictaminan secuelas en el informe médico forense, razón por la cual considera el recurrente que estamos ante unos daños morales de escasa entidad que deberían fijarse en la cantidad de 500 euros.



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

La única base para medir la indemnización por esos perjuicios y daños anímicos es el hecho delictivo mismo del que éstos son su consecuencia o resultado causal, de tal suerte que la propia descripción del hecho constituye la base que fundamenta el "quantum" indemnizatorio señalado por el Tribunal sentenciador en el ejercicio de una prudente discrecionalidad (SSTS, Sala 2ª, Núm. 592/2002, de 27 Mar. y Núm. 28/2009, de 23 Ene.).

El recurrente no ha tenido en cuenta que la motivación del daño moral producido no careció de fundamento, pues se han fijado los hechos que han producido, que se subsumen en un delito contra la integridad moral del art. 173.1 CP. La cuantificación del mismo en dinero es, en principio, imposible de realizar, en la medida en la que el daño moral no genera gastos precisos. El artículo 173.1 CP presupone la existencia de esos perjuicios en este tipo de delitos. Su cuantificación no es posible más allá de referencias genéricas a cuyo fin son las que suficientes las vertidas en la sentencia referidas al desasosiego, intranquilidad, mal humor y tristeza que en el menor víctima causó la comisión del delito, y a las mismas debe añadirse, en orden a elevar su cuantía, el cambio de centro escolar a que llevó al menor las conductas delictivas cometidas y la presencia en el menor de una secuela, siquiera leve, que pervive en la actualidad y guarda relación causa-efecto con los hechos delictivos enjuiciados, consistente en en "leve afecto depresivo con pronóstico favorable", por lo que la determinación del daño moral en la cantidad de 6.000 euros la consideramos correcta y proporcionada a la gravedad de los hechos delictivos cometidos y consecuencias psicológicas derivadas del mismo.

Cuantificación daños morales. Delito contra la integridad moral, (art. 173.1 CP) por insultos y vejaciones reiterados contra una profesora.

SAP Alicante, sec. 2ª, nº 222/2017, de 25-5-2017, Pte: Costa Hernández, Mª Cristina

“...Con arreglo a lo previsto en los arts. 109 , 116 y concordantes del Código Penal , todo responsable criminalmente de delito lo es también civilmente de los daños y perjuicios que se deriven del hecho, incluyendo no sólo daños materiales sino también morales.

La jurisprudencia del TS, en numerosas ocasiones, ha recordado que la dificultad en la gradación de los daños morales y de su acreditación, no implica que éstos no existan, y que, por consiguiente, para ponderación de la indemnización correspondiente, debería atenderse a la gravedad del hecho o sus connotaciones psíquicas, infiriéndose inequívocamente de los hechos enjuiciados (STS de 17 de mayo de 2002).

La sentencia del TS Tribunal de 10 de junio de 2014 en la que se considera de aplicación la doctrina in re ipsa loquitur, esto es, el entendimiento de la realidad del daño por resultar este como una consecuencia lógica e indefectible del comportamiento enjuiciado. De ese modo señala, nuevamente con cita en este caso de la STS

41



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

702/13 que no es preciso para la apreciación del daño moral que este se concrete en alteraciones patológicas o psicológicas así como la valorabilidad del menoscabo de la dignidad.

En el presente caso la Juzgadora de instancia fija una indemnización por daño moral en la suma de 5.000 euros y no la superior cuantía solicitada por la denunciante que cifra en 20.520,90 euros, que reputa excesiva.

La gravedad de los hechos en sí mismos considerados, la exposición de los insultos a la vista de gran número de personas y de menores del Centro Educativo, la circunstancia de que se vertieran contra una profesora, lo que conlleva también un desprecio a su autoridad, la reiteración y la prolongación en el tiempo, son susceptibles de causar un sentimiento de humillación, angustia y malestar, que hacen obligada la indemnización de los perjuicios y el daño moral causado.

Estimamos que la suma fijada en la sentencia es razonable, ajustada y proporcional, procediendo desestimar el recurso de apelación formulado, sin hacer imposición de las costas de esta instancia..”

E.- RESPONSABILIDAD CIVIL

E.- II.-2 SUPUESTOS EN LOS QUE ESTÁN IMPLICADOS ADULTOS

E.-II.-6 SUJETOS RESPONSABLES. SOLIDARIDAD

Responsabilidad civil solidaria de todos los partícipes en el hecho, tanto menores como adultos. Art. 116 CP. No procede fijar una cuota exclusiva para el pago de la responsabilidad civil a la menor condenada por un delito de leve de lesiones que cometió con dos mayores de edad, pues su responsabilidad no es mancomunada sino solidaria.

SAP Barcelona, Sec 3ª, nº 465/2016, de 19-10-2016, Pte: Grau Gassó, José

“...La representación procesal de la menor Inés impugna la sentencia dictada en la instancia solicitando que se fije la cuota de responsabilidad civil que la menor debe asumir por los hechos que cometió conjuntamente con otras dos personas, defendiendo por otra parte que la responsabilidad de los partícipes es mancomunada y no solidaria, razón por la que la fijación de la cuota resultaría imprescindible.

El motivo de impugnación alegado por el recurrente no puede prosperar. En primer lugar, es necesario poner de relieve que el presente procedimiento se sigue contra la menor y que en el mismo no cabe hacer pronunciamiento alguno sobre la participación en los hechos de terceras personas, razón por la que no cabe la fijación de cuota alguna en la determinación de la responsabilidad civil.

Aun aceptando que en la jurisdicción de mayores se dicte una sentencia condenatoria por los mismos hechos contra otras dos personas, resulta patente que nos



encontraríamos ante un supuesto de responsabilidad solidaria y no mancomunada, por establecerlo así de forma expresa el Código Penal.

Efectivamente, la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores no dice nada ni regula el régimen de la responsabilidad civil cuando se atribuye el mismo hecho delictivo a una pluralidad de personas y dicha ausencia de regulación permite aplicar la Disposición Adicional 1ª de la LORPM que establece el carácter de norma supletoria al Código Penal para lo no previsto expresamente en el ámbito sustantivo de dicha ley.

En este sentido, la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo nº 1027/2013 al referirse a la cuestión objeto de la presente controversia ya dijo literalmente lo siguiente: En lo relativo al no señalamiento de cuotas, aunque tienen razón los recurrentes en la medida en que el art. 116 CP prescribe la especificación de esas cuotas, es entendimiento común que cuando no se ha procedido a esa determinación ha de presumirse la igualdad de cuotas, lo que como con precisión apunta el Fiscal cuenta con una cierta base legal: el art. 1138 del Código Civil .

Según el art. 116.1 CP la responsabilidad civil de los responsables penales plurales es principal, conjunta y solidaria. Cuando son varios los partícipes en un delito, todos ellos han de soportar las consecuencias civiles (normalmente, una indemnización). La insolvencia de alguno o algunos, obliga al resto a pagar el total.

El importe de la indemnización se distribuye entre ellos por medio de cuotas que ha de determinar en la sentencia el Juez o Tribunal en atención a la contribución que cada uno haya prestado a la infracción (art. 116.1). Aunque lo lógico sería matizar más, es práctica muy generalizada el señalamiento de cuotas iguales: se divide el total entre los partícipes en partes idénticas. Cada uno ha de afrontar el pago de su parte en primer lugar. Pero también las restantes, si los co-partícipes no atienden su obligación (por no ser solventes, no estar localizables, no haberse averiguado su identidad...).

En la práctica Jueces y Tribunales se dejan llevar por una cierta inercia y las operaciones descritas que pueden hacerse complicadas se simplifican notoriamente. Lo más habitual es que se fijen cuotas iguales para todos los partícipes sin hacer distinciones ni por la calidad de cada uno (autor, cooperador necesario, cómplice), ni por el mayor o menor protagonismo encarnado. El "café para todos" -discúlpese el casticismo de la expresión justificado por su plasticidad- suele ser la regla más frecuente en las resoluciones judiciales. Esa praxis viene alentada por la escasa relevancia que tendrían las matizaciones en muchos casos. La realidad cotidiana de los procesos penales evidencia que buena parte de los sujetos activos de los delitos resultan insolventes. Por eso deviene intrascendente entretenerse en fijar cuotas y proporciones que ninguno va a pagar. Solo en casos puntuales en que la solvencia de algunos de los implicados y el alto monto de las posibles indemnizaciones permite intuir unas repercusiones efectivas, normalmente ausentes llevan a los Tribunales a modular más y afinar en esa tarea de redistribución interna del monto indemnizatorio entre la pluralidad de responsables penales.



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

En este supuesto el Fiscal había establecido esa diferenciación de cuotas en sus peticiones; no así la acusación particular. Sería deseable que los Tribunales superasen esa tendencia y se planteasen con más frecuencia si es equitativo diferenciar según la intervención de cada partícipe. Pero solo habrá lugar a corregir esa decisión igualatoria (expresa o tácita) cuando se revele como irracional o injustificada.

Amén de ser práctica habitual, en este caso tampoco es irrazonable el reparto por cuotas iguales. Es más, encuentra un claro respaldo en la fundamentación jurídica de la sentencia donde al detenerse en las operaciones individualizadoras penológicas la contribución de los tres responsables en esas lesiones: "En idéntica situación punitiva entendemos que se han de considerar incluidos los tres acusados pues su intervención fue agresiva y dirigida a la cabeza de Jose Pedro cuando estaba en el suelo y no resulta posible escindir las lesiones producidas en uno y otro caso pero todas fueron dirigidas al espacio corporal en donde sufrió las lesiones reseñadas".

E.- II.- 1 RESPONSABILIDAD CIVIL DE COMUNIDADES AUTÓNOMAS

E.- II.-3 MODERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

Se modera en un 50% la responsabilidad civil subsidiaria de la Junta de Andalucía por lesiones causadas en agresión en un colegio público, al estimar acreditada la diligencia del profesorado, cuya intervención evitó daños mayores.

SAP Málaga, Sec 8ª, 169/2017, de 22-3-2017, Pte: Caballero-Bonald Campuzano, Manuel

"...Se plantea este recurso de apelación exclusivamente, por la representación Jurídica de la Junta de Andalucía en lo concerniente a la responsabilidad civil declarada en sentencia como Responsable Civil Subsidiaria de la Consejería de Educación, titular del Centro educativo en cuyo interior ocurrieron lo hechos, durante el recreo. Se interesa por la Junta de Andalucía la moderación de la responsabilidad civil declarada por cumplimiento por su parte de la máxima diligencia exigible.

Respecto de la petición de moderación en la indemnización, esta Sala tiene declarado en múltiples resoluciones sobre este particular, que para acceder a la misma ha de acreditarse que se han empleado las precauciones adecuadas al caso. Al respecto hay que señalar que, junto a la responsabilidad evidente de los menores y también de los padres, tutores o representantes legales, cuya responsabilidad aquí no se discute, debe valorarse también que cuando el menor fuere confiado a la guarda, aunque sea temporal, de Centros docentes en los que normalmente debe regir una disciplina, una jerarquización y un especial deber de vigilancia, debe entenderse que los padres o guardadores delegan en aquellos tal función de vigilancia durante el tiempo que permanecieran en los respectivos recintos, o incluso fuera de ellos cuando se mantuviera aún el deber de cuidado y guarda. De ahí la responsabilidad civil del Centro



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

docente en el que los menores cursaban sus estudios y en donde ocurrieron los hechos.

En el presente caso, nos encontramos ante una reclamación de responsabilidad civil derivada de un delito leve de lesiones y delito leve de maltrato verificado en el Centro Escolar por las menores condenadas, a otra alumna del mismo Centro. Concurren, por lo tanto, los presupuestos para declarar la responsabilidad civil del Centro docente: 1º) La menor cometió un ilícito penal del que se derivan los daños y perjuicios ahora reclamados. 2º) Dicha menor, en esos momentos, se hallaba bajo la guarda institucional del Centro, a quién correspondía ejercer el derecho-deber de control y vigilancia de los menores en virtud de la guarda asumida sobre el mismo. Y 3º) La prestación por la Administración del servicio público de la enseñanza y la titularidad por parte de ella de la infraestructura material para su prestación implica que el sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas convierta a éstas en responsables de los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse de hechos ocurridos dentro de la actividad docente prestada, gestionada o tutelada por dicha Administración.

Así pues se trata de una responsabilidad equiparable a la prevista en el art. 1903 del Código Civil (responsabilidad por acto de otros) para los titulares de Centros docentes de enseñanza respecto de los actos de los alumnos menores pero derivada de la comisión de un ilícito penal por parte de éstos. Se trata de un régimen asimilable al prevenido en el art. 1903 del Código Civil , precepto que, aunque siga al art. 1902 basado en la responsabilidad por culpa o negligencia, no menciona ni exige el dato de la culpabilidad, y por ello se ha sostenido que contempla una responsabilidad por riesgo o cuasi objetiva, sentido que siguen numerosas sentencias del T. S., entre otras las de 30/6/95 y 7/1/92 , justificándose por la trasgresión del deber de vigilancia que a los titulares de Centros docentes incumbe sobre los alumnos, con presunción de culpa en quien ostenta la guarda en el horario y actividades escolares.

No obstante,el motivo del recurso amparado exclusivamente en la petición de moderación de la responsabilidad civil al amparo de lo establecido en el artículo 61.3 de la LORPM debe ser parcialmente estimado. Efectivamente el art. 61.3 de la L.O. 5/2.000 establece que la responsabilidad civil de los padres, tutores, acogedores y guardadores del menor podrá ser moderada por el Juez, según los casos, cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave.

Tal y como ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sala en sentencias, entre otras, de 16 de septiembre de 2009 o 23 de Julio de 2013 , partiendo de la responsabilidad objetiva que establece respecto de los padres, tutores o guardadores el art. 60.3, la posibilidad de aminorar tal responsabilidad desplaza a quien la invoca la carga de la prueba. En tal sentido, y en el caso de autos, la apelante no se limita a afirmar de manera genérica que en el Centro se adoptaron las medidas de protección que resultaban pertinentes, sin acreditar que, en efecto, existió una actuación diligente tendente a dar efectividad al deber de control y vigilancia sobre los alumnos del Centro. En este caso sí se acreditan las medidas de control y vigilancia que le correspondían

45



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

y de hecho, en el relato de hechos probados de la sentencia impugnada, se señala que en el primer incidente ocurrido el 24 de Noviembre de 2015 en el que no hubo lesiones, uno de los profesores "habló y recriminó a Inmaculada por su conducta inadecuada" y, en los hechos ocurridos al día siguiente, fueron dos las profesoras que acudieron rápidamente a separar la pelea, reaccionando ante la discusión verificada en el recreo. La diligencia exigible no puede convertirse en diligencia imposible y, en nuestro caso, estimamos que la rápida intervención del profesorado evitó que los daños fueran superiores. La Sala estima por ello, siguiendo el criterio mantenido, entre otras, en su sentencia de 1 de Abril de 2014 , que procede la estimación parcial del recurso y, atendiendo a las circunstancias del caso y de los menores implicados, establecer una moderación de responsabilidad de la Administración recurrente en un 50%."

E.- II.-3 MODERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

No procede moderar la responsabilidad civil de los padres, pues a ellos les incumbe probar que no han favorecido con dolo o negligencia grave la conducta del menor. En este caso no se probó que hubieran empleado las precauciones adecuadas para impedir la actuación delictiva.

SAP Tarragona, sec. 2ª, nº 183/2017, de 24-4-2017, Pte: Valldepérez Machí, María Joana

"...Ciertamente, el art. 61 L.O.R.R.P.M, recoge la facultad moderadora del Juez, estableciendo la posibilidad de minorar la responsabilidad civil del tercero cuando no hubiera favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave. Con la introducción de este artículo en la Ley lo que pretende el legislador, en todo caso, es atender a las víctimas dado que la mayoría de los menores responsables criminalmente carecen de los recursos necesarios para hacer frente a la responsabilidad civil. La naturaleza de esta responsabilidad de los padres y demás guardadores, viene siendo calificada por la doctrina de objetiva, pues de los propios términos del precepto mencionado, el responsable no queda exonerado ni siquiera probando la ausencia de culpa o negligencia en su labor de guarda; lo único que admite el precepto es que se modere su responsabilidad, cuando no hubieran favorecido la conducta de aquel con dolo o negligencia grave.

La dicción legal implica la inversión en la carga probatoria para proceder a la moderación, de manera que es a los padres o asimilados que invocan la procedencia de la moderación, a quienes corresponde acreditar que han empleado las precauciones adecuadas para impedir la actuación delictiva del menor, de forma que cuando no prueben en modo alguno que obraron con la diligencia debida en su deber de vigilancia, educación y formación integral respecto de su hijo menor de edad, no procederá efectuar moderación alguna.

46



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

El sistema diseñado por el legislador cumple una doble finalidad: En primer lugar amparar mejor los derechos de las víctimas al liberarles de tener que probar la culpa del responsable civil, protegiéndola también frente a la frecuente insolvencia del menor infractor, asegurándoles así la indemnización de los daños sufridos por tales víctimas; y en segundo lugar, conseguir una mayor implicación de los padres y demás responsables en el proceso de socialización de los menores, imponiéndoles las consecuencias civiles de las infracciones que éstos cometan por la trasgresión del conjunto de deberes que tienen sobre ellos.

En realidad, tal facultad moderadora tampoco supone modificación sustantiva del régimen general de la responsabilidad civil por eventos dañosos o perjudiciales realizados por menores e incapaces. En suma, en todos los casos se otorga al Juez la facultad de atenuar la responsabilidad civil de los terceros responsables en función de las circunstancias concretas de cada caso, esto es, de su conducta en relación con su obligación de guarda y custodia.

En el presente caso, compartiendo el criterio del Juez de instancia, la Sala no aprecia la concurrencia de elemento alguno que justifique la pretendida moderación de la responsabilidad civil a cargo de los progenitores, siendo que, como refleja la sentencia, no se practicó prueba alguna durante el acto del juicio tendente a acreditar que los padres del menor hubieran empleado las precauciones adecuadas para impedir la actuación delictiva del menor, por lo que no se reputa procedente acceder a la minoración del importe establecido en concepto de responsabilidad civil.”

Se modera un 40% la responsabilidad civil de los padres del menor condenado, estimando, con apoyo en el informe de ET, que no favorecen las conductas infractoras de su hijo, sino que tratan de controlarle estableciendo reglas normalizadas de conducta.

SAP Alicante, sec. 2ª, nº 41/2017, de 6-2-2017, Pte: Úbeda de los Cobos, Julio José

“...La disconformidad de los recurrentes con la solución adoptada por la Juez a quo se sustenta en la decisión de no moderar el importe establecido como responsabilidad civil, en atención al cuidado que afirman haber mostrado en la educación del menor y en el control de sus actos.

Como base para resolver la cuestión planteada, consideramos esencial determinar los presupuestos de aplicación de la responsabilidad civil prevista en el citado artículo 61.3.

Se parte de una responsabilidad cuasi-objetiva. En todo caso los padres del menor tendrán la obligación de indemnizar al perjudicado. Partiendo de esta presupuesto difícilmente objetable a la vista de la rotundidad del precepto, las dudas se suscitan en la posibilidad de moderación del importe a satisfacer.



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Por la Juez a quo se estima que la moderación será la excepción frente a la regla general de solidaridad en el abono de la indemnización. Así se afirma en la resolución recurrida que. "...tan solo en casos excepcionales puede moderarse la responsabilidad, encontrándose caos como por ejemplo la existencia de problemas de salud mental del hijo, con agotamiento de todos los recursos por parte de los padres; casos de falta de gestión del proceso educativo por uno de los progenitores por causas ajenas a su voluntad durante un período prolongado de tiempo; supuestos de guarda concedida a familia extensa como abuelos, que se encuentran desbordados por la situación, con múltiples menores a su cargo etc... ello exige que se desarrolle la prueba correspondiente, sin que el hecho de que la familia sea estructurada, con relación de afecto entre sus miembros y con establecimiento de normas sea suficiente dado el carácter objetivo de la responsabilidad de que se trata, y sin que ello suponga culpabilizar en modo alguno a los progenitores".

Dichos argumentos vienen apoyados en numerosos pronunciamientos de diversas Audiencias Provinciales. Además de los citados, podemos recordar en el mismo sentido la SAP de Jaén (Sección 2ª) de 22 de abril de 2014 (...)

(...)No compartimos dicha posición. Como antes hemos manifestado la responsabilidad de los padres puede calificarse de cuasi-objetiva. A ellos corresponderá, por tanto, justificar los motivos en que se sustenta la solicitud de moderación. A tal efecto deberá atenderse al último apartado del artículo 61.3 de la LORPM, es decir: "Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos."

Del mismo modo que existen una responsabilidad por el hecho, la acreditación de que no han "favorecido" la conducta del menor con dolo o culpa grave, determinará el derecho a se minorada la indemnización, debiendo entrarse a cuantificar entonces el porcentaje correspondiente. No es lo mismo la responsabilidad frente a un acto violento del menor que se ha criado en un ambiente familiar de exaltación de la violencia, y que responde expresamente al mismo; que el menor que realiza el mismo acto, criado en un familia normalizada, ajena a este tipo de conductas. En otras palabras, justificada una actuación de los progenitores que pueda entenderse en el ámbito educativo al uso, en una sociedad como la nuestra, no puede imponerse la total responsabilidad achacable exclusivamente a quien "favoreció", no se olvide, la actuación del menor con dolo o culpa grave.

Consideramos relevante para valorar la cuestión adoptada las conclusiones plasmadas en el informe emitido por el Equipo Técnico:

"No se identifican en las circunstancias socio-familiares y personales de Raúl indicadores de riesgo distintos a los esperables por período evolutivo, no se han valorado factores de predicción de conducta delictiva adulta. Desde la familia se han abordado los indicadores de riesgo que han aparecido.

Sí encontramos alguno de los factores de protección que ejercen de inhibidores de la conducta antisocial de la adolescencia: buena cohesión familiar, adaptación ante

48



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

estresores socio-familiares...supervisión familiar parental, escolarizado con buen aprovechamiento académico y expectativas de futuro claras y realistas, apoyo familiar ante proceso formativo..."

Dichos antecedentes, permiten rechazar la concurrencia de una conducta de favorecimiento del delito por dolo o culpa grave. Por tanto, necesariamente procede la moderación. En este caso, pese a la delicada situación económica del matrimonio, se aprecia una actitud tendente a la educación en sociedad del menor y a la transmisión de valores. De hecho el Equipo Técnico, caso de declararse su responsabilidad, aconseja medidas que no supongan la separación del entorno familiar, que se valora positivamente.

En el plenario se valoró por el Equipo Técnico de forma favorable la gestión del proceso educativo del menor, sin alentar ni favorecer los hoy recurrentes conductas como la enjuiciada, con control de su comportamiento y establecimiento de reglas normalizadas de conducta.

A la hora de fijar la minoración consideramos adecuado el 40%, al no tener datos que pudieran justificar un porcentaje mayor, no aportando los recurrentes otros que los reflejados en el Equipo Técnico en su informe.

Se modera un 25% la responsabilidad civil de los padres del menor condenado pues, según informe de ET, se preocupan por la conducta de su hija

SAP La Coruña, Sec 2ª, nº 236/2017, de 18-5-2017, Pte: Barrientos Monge, Luis

"...Por lo que se refiere a la responsabilidad civil declarada respecto de los padres de Agustina , como se viene señalando reiteradamente por la doctrina legal, estamos ante una responsabilidad por culpa cuasi-objetiva, ante la implicación que estas personas, según los casos, han de tener en el proceso del desarrollo personal de todo menor, con lo que todo esto puede ayudar para intentar evitar la dejadez en la educación, como la actitud de protección y de justificación de la conducta del niño. Es cierto igualmente que la propia LORPM, en su artículo 61.3º, se viene a facultar al arbitrio del juzgador la moderación de esta responsabilidad de padres y guardadores, que podrá graduarse, cuando, como dice el referido precepto, "cuando estos no hubieran favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave". Sentado lo que antecede y en lo que se refiere al supuesto que nos ocupa, visto el informe del equipo técnico que obra unido a las actuaciones, se observa que los progenitores, especialmente la madre, se preocupa por su hija, teniendo una buena relación con ella, por lo que procede acoger, aunque en parte, lo deducido a través de la presente alzada, y moderar en un 25% la responsabilidad civil establecida contra los progenitores.



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

F.- RECURSOS

Se desestima el recurso de la acusación particular por error en la valoración de la prueba. No cabe revocar en segunda instancia pronunciamientos absolutorios cuando implique la revisión por el Tribunal *ad quem* de pruebas personales practicadas en primera instancia conforme a la doctrina del TC.

SAP Madrid, sec. 4ª, nº 163/2017, de 4-4-2017, Pte: García-Galán San Miguel, María José

“...tratándose de una sentencia absolutoria, es preciso recordar, una vez más, que aunque nuestra ley procesal, a día de hoy, reconoce por igual el acceso a los recursos contra la sentencia, sin distinción de la posición procesal de las partes o del contenido del fallo de la sentencia, ya desde la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del caso Ekbatani contra Suecia de 26 de mayo de 1988 y otras muchas posteriores, asumida por el Tribunal Constitucional desde la sentencia 167/2002, de 18 de septiembre, hasta la actualidad -con matizaciones-, se ha puesto de manifiesto una importante limitación de la revisión por vía de recurso de las sentencias absolutorias, condicionando de esta forma el recurso que plantea la acusación.

En efecto, el acceso al recurso por parte de las acusaciones tiene configuración legal a diferencia del derecho del condenado en la Sentencia. Así el Art. 2.1 del Protocolo 7 del Consejo de Europa, de 22 de noviembre, ratificado por España por Instrumento de 28 de agosto de 2009, garantiza el derecho a la doble instancia penal a " toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal " y consiste en que esa " declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un órgano superior ", con las excepciones del art. 2.2 del mismo (infracción de menor gravedad o haber sido juzgado en primera instancia por el más alto Tribunal). Con ello, para la acusación, el acceso al recurso es un derecho de configuración legal en tanto que para el condenado, por el contrario, se consagra como el derecho fundamental.

Es cierto que el Tribunal Constitucional ha admitido la posibilidad de la revocación de sentencias absolutorias cuando en la alzada se respeta el relato fáctico de la sentencia de instancia, separándose exclusivamente de la inferencia y valoración jurídica, siempre con la exigencia de la audiencia personal del acusado e incluso la revisión del relato fáctico delimitado a la posibilidad de declarar la nulidad.

En el presente supuesto, ha tenido lugar la celebración de vista pública a la que ha asistido el expedientado, sin embargo, no puede acogerse el recurso pues en la sentencia de instancia se expresa de forma detenida y con absoluta claridad las razones por las que las pruebas -de carácter personal-, se consideran insuficientes para desvirtuar el principio de presunción de inocencia y que en consecuencia hacen imposible la condena, sin que se aprecie manifiesto y patente error, ni que el relato fáctico sea incompleto, incongruente o contradictorio, ni haya sido desvirtuado por nuevos elementos de prueba practicados en segunda instancia.”

50



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Se desestima el recurso de la acusación particular por error en la valoración de la prueba. No cabe revocar en segunda instancia pronunciamientos absolutorios cuando implique la revisión por el Tribunal *ad quem* de pruebas personales practicadas en primera instancia.

SAP Orense, sec. 2ª, nº 94/2017, de 20-3-2017, Pte: Piña Alonso, Antonio

“...En línea de principio debe indicarse que la segunda instancia penal se ha pretendido configurar como un nuevo juicio respecto del celebrado en la primera, de modo que el órgano *ad quem* se encuentre, en relación con las pruebas practicadas, en la misma posición y con iguales facultades que el órgano a quo.

El problema surge, cuando lo que se pretende discutir por la vía de este recurso es la corrección de ese proceso reflexivo que ha seguido el órgano a quo en relación a los hechos probados, esto es, el tercero de los motivos de apelación previsto en el art. 790.2 de la LECRIM relativo al error en la valoración de las pruebas, en cuanto la plena vigencia en el juicio oral de los principios de inmediación, contradicción y oralidad, determinan que la apreciación que el juzgador de instancia haga de las pruebas practicadas en el plenario gocen de un especial privilegio que no ostenta el órgano *ad quem*, del que se pretende que valore unas declaraciones que no ha presenciado.

El Tribunal Constitucional ha seguido un criterio restrictivo en lo que respecta a la extensión del control del recurso de apelación sobre las sentencias absolutorias cuando se dirimen cuestiones de hecho relacionadas con la apreciación de pruebas personales, criterios instaurados por la sentencia del Tribunal Constitucional 167/2002, que se han visto reafirmados y reforzados en numerosas resoluciones posteriores del mismo Tribunal (SSTC 170/2002, 197/2002, 118/2003, 189/2003, 50/2004, 192/2004, 200/2004, 178/2005, 181/2005, 199/2005, 202/2005, 203/2005, 229/2005, 90/2006, 309/06, 360/2006, 15/2007, 64/2008, 115/2008, 177/2008, 3/2009, 21/2009, y 118/2009, entre otras).

En esas resoluciones el Tribunal Constitucional considera que se vulnera el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías cuando el tribunal de la revisión, sin respetar los principios de inmediación y contradicción, procede a revisar y corregir la valoración o ponderación de las pruebas efectuada por el juez de instancia y revoca, en virtud de una reinterpretación de unas pruebas que no ha practicado, la sentencia absolutoria apelada. El respeto a los principios de inmediación, contradicción y publicidad, y también el de defensa impide, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que los órganos de la revisión modifiquen la valoración de tales pruebas sin haberlas practicado de forma directa y personal en la instancia de revisión.

En el mismo sentido se ha mostrado el ATS de fecha 19 de febrero del 2015 y las sentencias que en él se reseñan, SSTC 500/2012, 1160/2011 y 798/2011, indicando que el derecho de defensa del acusado absuelto impide realizar con ocasión del recurso un nuevo juicio de culpabilidad si aquél no es oído con inmediación por el

51



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Tribunal que conoce del recurso, como ocurre con el recurso de casación. Cuando el órgano ad quem "ha de conocer de cuestiones de hecho y de derecho, estudiando en general la cuestión de la culpabilidad o la inocencia, no puede, por motivos de equidad en el proceso, resolver sin la apreciación directa del testimonio del acusado que sostiene que no ha cometido el hecho delictivo que se le imputa" (entre otras, SSTEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía, § 55; 1 de diciembre de 2005, caso Iliescu y Chiforec c. Rumanía, § 39; 18 de octubre de 2006, caso Hermi c. Italia, § 64; 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España, § 27).

La regla que define el alcance del contenido del derecho de defensa se expresa por el TEDH en la Sentencia citada caso Constantinescu c. Rumanía, §§ 58 y 59 de 27 de junio de 2000, de manera inequívoca: "tras revocar la absolución dictada en la primera instancia, el pronunciamiento condenatorio requiere que el acusado haya tenido la posibilidad de declarar en defensa de su causa ante el órgano judicial que conoce del recurso, especialmente si se tiene en cuenta el hecho de que éste es el primero en condenarle en el marco de un proceso en el que se decide sobre una acusación en materia penal dirigida contra él".

En idéntico sentido, desestimándose recursos de apelación contra sentencia absolutoria por falta de prueba apreciada por Juzgador en primera instancia:

SAP Cuenca, sec. 1ª, nº 27/2017, de 14-3-2017, Pte: Martínez Mediavilla, José Eduardo

SAP Ciudad Real, sec. 1ª, nº 3/2017, de 3-2-2017, Pte: Casero Linares, Luis

SAP León, sec. 3ª, nº 26/2017, de 24-1-2017, Pte: Aza Barazón, Álvaro Miguel de

G.- PRESCRIPCIÓN

Interrupción de la prescripción por actos de instrucción del Fiscal. Se estima el recurso del Fiscal, revocando la sentencia absolutoria recaída en la instancia, al estimar que el decreto recabando informes de los equipos técnicos y la emisión de informe por éstos son actos de instrucción que paralizan la prescripción.

SAP Madrid, Sec 4ª, nº 93/2017, de 2-3-2017, Pte: Pestana Pérez, Mario

"...No cabe compartir la interpretación que figura en la Sentencia del Juzgado de Menores y que sostiene la apreciación de la prescripción del delito leve del que se acusa a la menor apelante. Una cosa es la interrupción inicial de la prescripción que se enmarca en el inicio del procedimiento penal y atiende a las condiciones o requisitos que deben concurrir para que se produzca válidamente, lo que nos remite a lo previsto en el artículo 132.2 del Código Penal, y otra distinta es el régimen de la prescripción derivada de paralizaciones intraprocesales, es decir, la que puede producirse una

52



**FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO**

vez incoado el procedimiento y debido a la ausencia de efectivo impulso procesal. A esta última, la debida a paralizaciones intraprocesales, también se refiere el precitado artículo 132.2 del Código Penal.

La Sentencia de esta Sección 4ª núm. 6/2012, de 16 de enero, así como las restantes que se citan en la Sentencia apelada, se refieren al régimen de la interrupción inicial de la prescripción en el específico ámbito del procedimiento regulado en la Ley Orgánica 5/2000. No a la prescripción intraprocesal. Para la interrupción inicial de la prescripción debe estarse necesariamente a lo previsto en el artículo 132.2 del Código Penal, que requiere de la existencia de una resolución judicial motivada. Para la interrupción de la prescripción en el marco de un procedimiento ya iniciado lo relevante es que se produzcan actuaciones procesales de contenido sustancial. En palabras de la STS núm. 149/2009, de 24 de febrero : " La doctrina de esta Sala es harto conocida en el sentido de que las resoluciones o diligencias que se practiquen en una causa, para tener virtualidad interruptiva, han de poseer un contenido sustancial propio de la puesta en marcha y prosecución del procedimiento demostrativas de que la investigación o tramitación avanza y progresa, consumiéndose las sucesivas etapas previstas por la ley o que demanden principios constitucionales o normas con influencia en derechos fundamentales de naturaleza procesal, superando la inactividad y la paralización". En el mismo sentido cabe citar la STS de fecha 22 de noviembre de 2006 -RJ 2006\8222-, con abundante cita de doctrina legal en la materia.

Habida cuenta que, tal como argumenta el Ministerio público en su recurso, en el procedimiento regulado en la Ley Orgánica 5/2000 la función instructora está atribuida al Ministerio Fiscal - artículos 16 y 23 de dicha Ley -, las diligencias de instrucción, es decir, las practicadas para preparar la decisión sobre la apertura del juicio oral e identificar y asegurar los medios de prueba, le corresponden a dicho órgano y no al Juez. Por lo tanto, las diligencias de instrucción practicadas por el Ministerio Fiscal y las decisiones que adopte para avanzar en las etapas procesales legalmente previstas excluyen lógicamente la idea de paralización e integran actuaciones con eficacia interruptora de la prescripción intraprocesal. En este punto, parece oportuno recordar la doctrina que se deriva de la STC 206/2003. También los términos de la Circular 9/2011, de la Fiscalía General del Estado.

Y tal virtualidad interruptora debe reconocerse sin duda a la elaboración y emisión del informe del Equipo Técnico relativo al menor expedientado, y ello al constituir un trámite legal de obligado cumplimiento, específicamente previsto en el artículo 27 de la Ley Orgánica 5/2000 y que cumple una finalidad esencial en el procedimiento penal de menores.

En el caso que nos ocupa, la decisión del Ministerio Fiscal de que se emitan los informes del Equipo Técnico respecto a las dos menores expedientadas y la elaboración y emisión de dichos informes integran resoluciones y diligencias de instrucción que implican un impulso procesal efectivo que está en las antípodas de la paralización del expediente. Por último, habida dao que el expediente versa objetivamente sobre un supuesto delito leve de hurto cometido por dos menores, en



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

calidad de supuestas coautoras, no cabe fragmentar individualmente los tiempos de duración del procedimiento. El expediente es único, se refiere a un solo delito, y su impuso y avance afecta a todos los menores expedientados.

La conclusión de todo lo razonado es que en efecto no cabe apreciar la prescripción alegada como cuestión previa por la defensa de la menor Ariadna. No se ha producido un periodo de paralización procesal igual o superior a tres meses.

El recurso del Ministerio Fiscal debe de estimarse. A fin de garantizar el derecho a la doble instancia penal de la menor Ariadna, procede revocar la Sentencia del Juzgado de Menores a fin de que por la Juzgadora de instancia se dicte nueva Sentencia valorando la prueba practicada en la audiencia y pronunciándose con libertad de criterio sobre las pretensiones deducidas por el Ministerio Fiscal y por la defensa Letrada de la citada menor, a excepción de la relativa a la prescripción del delito leve por el que se ha formulado acusación...”

Interrupción de la prescripción. Durante la instrucción de un hecho delictivo perpetrado conjuntamente, las órdenes de averiguación de paradero libradas por el MF contra alguna imputada interrumpen la prescripción para el resto.

SAP Madrid, Sec 4ª, nº 175/2017, de 18-4-2017, Pte: Sánchez Yllera, Ignacio

“...El análisis de las actuaciones impide compartir el motivo de recurso que alega la prescripción del delito leve imputado (art. 15 LORPM, en relación con el art 131.1 Código Penal). Tal y como se recoge en la resolución de instancia (FJ PRIMERO) el procedimiento de investigación no ha permanecido paralizado durante tres meses o más, dado que, siguiéndose el mismo contra cuatro menores, durante los meses de junio y agosto de 2016 se ordenó por parte del Ministerio Fiscal la realización de diligencias útiles de averiguación y esclarecimiento de los hechos (concretamente, la orden de averiguación de paradero de algunas de las jóvenes involucradas, cuyo testimonio era relevante para el esclarecimiento de la conducta de la menor finalmente enjuiciada). Por tanto, refiriéndose la denuncia a un hecho realizado conjuntamente, la investigación debe dirigirse a esclarecer la participación de todas ellas, por lo que dichas diligencias de investigación de 21 de junio y 2 de agosto de 2016 interrumpieron la prescripción del delito leve investigado.”

Se estima recurso del MF y se revoca el auto del Juzgado de Menores que no consideraba prescrito el delito leve, al aplicar supletoriamente el plazo de prescripción de un año del art. 131.1 del CP, en lugar del específico de tres meses del art. 15.1.5ª de la LORPM.

AAP Málaga, sec. 7ª, nº 99/2017, de 26-5-2017, Pte: Santos Peñalver, Mariano



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

“...Contra el Auto que desestima la extinción de la responsabilidad criminal por prescripción de la infracción punible instada por el Ministerio Fiscal y la defensa del menor presuntamente responsable, se alzan éstos en apelación con formulación de idéntica pretensión.

El auto apelado desestima la prescripción de la infracción por considerar que el plazo de prescripción de tres meses previsto en el artículo 15 número 1º apartado 5º de la LORPM está derogado por la Disposición Derogatoria de la LO 1/2015, por lo que debe estarse al plazo de prescripción previsto para los ahora delitos leves en el artículo 131 número 1º del Código Penal.

El Ministerio Fiscal y la defensa técnica del menor presuntamente responsable, argumentan que la previsión contenida en el artículo 15 número 1º apartado 5º de la LORPM para la prescripción de las antiguas faltas debe entenderse vigente, si bien transmutando el concepto de faltas por el actual de delitos leves que viene a sustituir a aquél tras la reforma operada por la LO 1/2015.

No se discute que la tramitación del procedimiento ha estado paralizada por más de tres meses.

Exigencia insoslayable del principio de especialidad, implícito en todo Ordenamiento punitivo, es que "lex specialis, derogat lege generale".

Consecuencia de ello es que el Código Penal tiene carácter de supletorio de las leyes penales especiales, respecto a todos aquellos extremos o puntos a que los mismos se refieren que no hayan sido expresamente regulados por ellas.

Por tanto, si la LORPM establecía con anterioridad a la reforma un régimen específico para los plazos de prescripción de las faltas, deberá estarse al mismo al no haber sido expresamente derogado. Sin perjuicio, que opere por aplicación de la LO 1/2015 la conversión de las faltas en delitos leves, lo que no es sino exigencia del artículo 1 de la LORPM que delimita su ámbito objetivo por remisión expresa a los hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal.

En el mismo sentido, sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 2ª, de 18 de julio de 2016, que procede a la asimilación de las faltas a los delitos leves y aplica el plazo especial de prescripción previsto en el 15 número 1º apartado 5º de la LORPM.

NOTA: La AP de Málaga, corrigiendo al Juez de Menores de Melilla, asume la interpretación sostenida en el Dictamen 1/2015 de esta Unidad, conforme a la cual, tras la reforma del CP por LO 1/2015, todas las alusiones a las “faltas” contenidas en el articulado de la LORPM y su Reglamento deben entenderse automáticamente sustituidas por la expresión “delitos leves”, como categoría de infracción penal que las reemplaza. Por lo tanto, el plazo de prescripción de tres meses establecido en el art. 15.1.5ª LORPM para las faltas sigue siendo el aplicable a partir del 1 de julio a los delitos leves.



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Se declara prescrito el delito leve de lesiones por el que se condena, aplicando la doctrina del Pleno Sala 2ª TS de 26-10-2010, puesto que el MF y la acusación particular retiraron en la audiencia la acusación por delito de robo con violencia.

SAP Zaragoza, sec. 6ª, nº 57/2017, de 22-2-2017 Pte: Lasala Albasini, Carlos

“...La tesis Jurisprudencial que esgrime la señora Juez de Menores nº dos de Zaragoza dice: "Si los hechos objeto de la Acusación son calificados como delito, el periodo de prescripción ha de entenderse referido al tiempo que el Código establece para ese tipo de infracciones aunque luego la Sentencia declare a aquellos como Falta". (Sentencia de 16-5-2004 y de 7-12-2004 de la Sala 2ª de. Tribunal Supremo).

Tal tesis no es admisible, ya que la acusación de Robo con violencia con resultado de dos delitos leves de lesiones, no fue declarada luego en la Sentencia un solo delito leve de lesiones dolosas, sino que el Ministerio Fiscal, en sus Conclusiones Definitivas, al igual que la Acusación particular, retiraron la Acusación de Robo con violencia atribuida a Macarena, e incluso retiraron también la Acusación por uno de los dos delitos leves de lesiones dolosas, dejándola reducida a una mera Acusación de un solo delito leve de lesiones dolosas.

Por tanto, cuando la señora Juez de Menores nº dos de Zaragoza fue a dictar Sentencia, no tenía ya ante sí mas que una mera Acusación por Falta de lesiones dolosas del artículo 671-1º del viejo Código Penal, imputada a Macarena.

Debió tenerse en cuenta el criterio establecido en este sentido por el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de España de fecha 26-20-2010, que sostiene que: "Si en la audiencia al término de la fase probatoria se degradase la calificación inicial de delito a Falta, el término de la prescripción que ha de aplicarse será el de las Faltas, de tres meses (artículo 15-1-5º de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad penal de los menores)."

El decreto de incoación de expediente, debidamente motivado, que dicta el Fiscal es el primer acto interruptivo de la prescripción, de conformidad con la Circular 9/2011 de la FGE. Ese decreto del Fiscal, en cuanto instructor, es plenamente equiparable a la resolución judicial del juez instructor exigida por el artículo 132.2 del Código Penal.

SAP Las Palmas de Gran Canaria, Sec 1ª, nº 304/2014, de 25-1-2017, Pte: Cabello Díaz, Inocencia Eugenia

“...durante la tramitación de la causa no se han producido inactividad procesal de contenido sustancial durante el plazo de tres meses que el artículo 15.1.5º de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero , de responsabilidad penal de los menores contempla para la prescripción de las faltas, sin que podamos acoger las alegaciones vertidas en el recurso en orden a que las actuaciones instructoras realizadas por la Fiscalía de

56



**FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO**

Menores no producen eficacia interruptora de la prescripción por no tratarse de resoluciones judiciales motivadas en los términos referidos por el artículo 132.2.1ª del Código Penal .

Ciertamente, el criterio interpretativo expuesto por el recurrente es seguido por algunas Audiencias Provinciales, entre las que no se encuentra esta Audiencia, que ha venido sosteniendo el criterio contrario, siendo exponente de ello la sentencia nº 304/2014, de fecha 28 de noviembre, dictada por esta misma Sección en el Rollo nº 791/2014 (Ponente Ilmo. Sr. don Miquel Àngel Parramón I Bregolat), y que declaró (Segundo Fundamento de Derecho)...

...En el procedimiento de reforma, el Juez de Menores competente para conocer de los expedientes, conforme al art. 2 LORPM, carece de facultades instructoras y es a partir de la incoación del expediente de reforma por el Fiscal, conforme al art. 16.3 de la LORPM, cuando se inicia el proceso (...)

(...) Por su parte, la Circular de la Fiscalía General del Estado 9/2011 sostiene la tesis contraria, que comparte esta Sección, en el sentido que debe mantenerse, no obstante la reforma del art. 132.2 CP , que el decreto de incoación de expediente por el Fiscal goza de esa capacidad interruptiva lo que se apoya, de un lado, en la propia sustantividad de La LORPM, que regula un procedimiento singular en el que la dirección del proceso contra el menor sospechoso, a través de la instrucción, se atribuye al Fiscal; y, de otro lado, en que es precisamente el Fiscal el órgano legitimado para decidir en este procedimiento si se admiten o no a tramite las denuncias (art. 16.2 LORPM).

En el procedimiento de reforma de menores, el Juez de Menores competente para conocer de los expedientes, conforme al art. 2 LORPM, carece de facultades instructoras y es a partir de la incoación del expediente de reforma por el Fiscal, conforme al art. 16.3 de la LORPM, cuando se inicia el proceso.

No hay que olvidar que el decreto del Fiscal incoando el Expediente de reforma inicia el proceso propiamente dicho, abierto al control jurisdiccional y a la personación e intervención de las partes, determinando contra quien se dirige el expediente y la infracción que se le imputa. Y, como consecuencia de ese Decreto se producen importantes actuaciones procesales, como la comunicación de la incoación al Juzgado de Menores (art. 16.3 LORPM); la notificación del expediente al menor imputado (art. 22.2 LORPM), con los derechos expresados en el art. 22.1, de asistencia letrada, así como del equipo técnico y sus representantes legales; y la notificación a quien aparezca como perjudicado (art. 22.3 LORPM).

Y, como destaca la referida Circular esta asimilación del Fiscal de Menores, en su ámbito, al Juez de Instrucción, no es ajena a la propia jurisprudencia constitucional, bastando recordar al respecto la STC nº 206/2003 de 1 de diciembre que, remitiéndose a la anterior STC nº 60/1995, de 17 de marzo , al analizar la naturaleza del procedimiento de menores previsto en La ley del Menor, refiere que en la misma se atribuyen al Fiscal las actuaciones de investigación que, si bien formalmente no son

57



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

sumariales, desde el punto de vista material implican una instrucción funcionalmente equiparable a la del sumario.

Luego, es nuestro parecer que a los efectos que aquí interesa de interrupción de la prescripción, es perfectamente equiparable el decreto de incoacción del expediente del Fiscal de Menores a la resolución judicial del juez instructor exigida por el artículo 132-2 del Código Penal , porque en dicha resolución del Ministerio Fiscal se determina contra quien se dirige el procedimiento y la infracción que se le imputa al menor expedientado, sin que nos parezca una interpretación extensiva contra reo dicha asimilación, sino simplemente integradora de una evidente imprevisión legal que entendemos que procede completarse por el aplicador jurídico."

En definitiva, negar eficacia interruptora de la prescripción a las resoluciones de contenido sustancial dictadas por el Ministerio Fiscal y a los actos de investigación practicados por éste en el ámbito de la jurisdicción de menores, supondría, por razones meramente formales, tanto como negar la existencia de una de las fases del procedimiento, la de instrucción, encomendada por el legislador al Ministerio Público, fase en la que, precisamente, se acuerda la prosecución del procedimiento contra el menor o menores presuntos responsables penales.

Similar criterio, en el ámbito del Derecho de la Unión Europea, es mantenido por el Tribunal de Justicia al considerar "resolución judicial" la decisión del Ministerio Fiscal ratificando una orden europea de detención.

Así, la sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de noviembre de 2016, Ozçelik, C-453/16 PPU dio contestación a la cuestión prejudicial planteada por el rechtbank de Ámsterdam (Tribunal de Primera Instancia de Ámsterdam, Países Bajos) sobre la interpretación del artículo 8, apartado 1, letra c), de la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002 , relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre los Estados miembros, en su versión modificada por la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009. Concretamente , se solicitó del Tribunal de Justicia , en esencia, que dilucidase si el artículo 8 , apartado 1 , letra c) , de la Decisión Marco debe interpretarse en el sentido de que constituye una " resolución judicial " a efectos de dicha disposición , una ratificación por el Ministerio Fiscal , de una orden de detención nacional emitida anteriormente, con el fin de ejercitar una acción penal, por un servicio de policía.

El Tribunal de Justicia , tomando como apoyatura esencial el que el Ministerio Fiscal es una autoridad que participa en la administración de la justicia penal de un Estado miembro y que , consiguientemente, la resolución de tal autoridad debe considerarse "una resolución judicial" en el sentido del artículo 8 , apartado 1 , letra c), de la Decisión Marco, declaró:

El artículo 8, apartado 1, letra c), de la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002 , relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros , en su versión modificada por la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, debe interpretarse en el sentido de que constituye una " resolución judicial" a efectos de dicha disposición , una

58



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

ratificación ,como la controvertida en el asunto principal, por el Ministerio Fiscal, de una orden de detención nacional emitida anteriormente , con el fin de ejercitar una acción penal, por un servicio de policía.

El concepto de "autoridad judicial " recogido en el artículo 6, apartado 1, de la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002 , relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre los Estados miembros , en su versión modificada por la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, es un concepto autónomo del Derecho de la Unión y dicho artículo 6, apartado 1 , debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un órgano del poder ejecutivo, como el Ministerio de Justicia de la República de Lituania ,sea designado como "autoridad judicial emisora" a efectos de dicha disposición , de modo que la orden de detención europea emitida por éste para la ejecución de una sentencia por la que se impone una pena privativa de libertad no puede considerarse una "resolución judicial" a efectos del artículo 1, apartado 1 , de la Decisión Marco 2002/584 , en su versión modificada por la Decisión Marco 2009/299."

Por todo lo expuesto, procede desestimar el motivo analizado, con la consiguiente desestimación del recurso de apelación y la confirmación de la sentencia de instancia."

El auto de incoación del expediente dictado por el Juez de Menores interrumpe la prescripción, conforme a la interpretación "subsidiaria" de la Circular 9/2011 de la FGE. Tal auto no puede considerarse una resolución de mero trámite.

AAP Cantabria, sec. 3ª, 2-1-2017, nº 2/2017, Pte: Alonso Roca, Agustín

"...En lo atinente al momento interruptivo de la prescripción en el ámbito de la Jurisdicción de Menores, descartada la capacidad de interrumpir la prescripción de las Diligencias Preliminares de investigación que el Fiscal puede llevar a cabo con carácter previo a la incoación del expediente de reforma, pues se trata de meros actos pre procesales, la cuestión a dilucidar es si el Decreto del Fiscal incoando dicho expediente puede equivaler a la "resolución judicial motivada" de la que habla el artículo 132.2 del Código Penal , manteniendo el efecto interruptivo de la prescripción que tenía hasta la Ley Orgánica 5/2010, y, en caso de que no se considere así, la siguiente cuestión será resolver cuál de las resoluciones que dicta el Juez de menores tiene esa eficacia.

La doctrina de las Audiencias Provinciales ha sido prácticamente unánime en negar al Decreto del Fiscal la eficacia interruptiva de la prescripción, criterio que comparte esta Audiencia por cuanto debe negarse la equiparación entre la resolución judicial motivada de la que habla el artículo 132 y el Decreto del Fiscal que inicia la instrucción contra un menor de edad, y ello aun en el caso de que estuviera motivado, pues por resolución judicial no puede entenderse otra cosa distinta de las resoluciones a que se refieren la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 141 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , las providencias -y éstas con muchas reservas-, autos y sentencias. Entenderlo de otro modo supondría una interpretación extensiva al exceder claramente del tenor literal

59



**FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO**

del artículo 132.2 mentado. Esta conclusión también es reconocida por la propia Circular Nº 9/2011 de la Fiscalía General del Estado, en la medida que admite que su propuesta -eficacia interruptiva de sus resoluciones- va contra ese tenor literal, proponiendo una alternativa subsidiaria: que tal efecto interruptor correspondería al Auto de incoación dictado por el Juez de Menores tras la comunicación por parte del Ministerio Fiscal de la incoación del expediente. Sostiene la Fiscalía que, aun cuando el artículo 16.3 de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores se limita a consignar que, recibida esa comunicación, el Juez de Menores iniciará las diligencias de trámite correspondientes, sin embargo, pese a tan lacónica expresión, tal resolución abre un proceso judicial: el Expediente del Juzgado. Por ello, ese auto de incoación, en cuanto determina el inicio del procedimiento en el Juzgado e individualiza la persona o personas menores de edad contra los que se dirige y el hecho indiciariamente atribuido, debe considerarse una resolución judicial motivada hábil para interrumpir la prescripción en los procesos de menores. El auto del artículo 16.3 tiene auténtico contenido procesal y material y supone el inicio de un verdadero proceso contra persona determinada a la que indiciariamente se imputan unos hechos delictivos.

Existe no obstante división entre las Audiencias Provinciales, en relación a esta última posibilidad: unas consideran que la resolución del Juzgado de Menores en la que se ordena la iniciación del expediente no interrumpe la prescripción ya que se limita a dar curso al trámite legalmente establecido sin posibilidad de decisión sobre la iniciación o no de tal expediente, no realizándose, en consecuencia, una valoración sobre la posible participación del menor en un hecho punible; otras, siguiendo la alternativa propuesta por la Fiscalía General del Estado, consideran que el auto del Juez de Menores en el que se acuerda la incoación del correspondiente expediente de reforma y la apertura de la pieza de responsabilidad civil -artículo 16.3 de la LORPM, con identificación del menor expedientado y con conocimiento por el Juez de Menores de la denuncia formulada contra dicho menor y de las actuaciones realizadas por la Fiscalía de Menores-, en cuanto órgano estatal encargado de la instrucción del procedimiento -y único legitimado para hacerlo-, tiene efectos interruptores de la prescripción.

Esta Sala, junto a la Sección 1ª de esta Audiencia Provincial de Cantabria, comparte este último criterio, pues dicho auto cumple los requisitos a los que se refiere el artículo 132.2 del Código Penal, pues: 1º) Se trata de una resolución judicial; 2º) Se trata de una resolución motivada; 3º) En ella que el procedimiento se dirige contra un menor identificado y por unos hechos que revisten los caracteres de infracción penal; y 4º) De ella se deduce la voluntad del Estado de no renunciar a la persecución y castigo del delito o falta -hoy delito leve-, persecución que, en ese momento procesal, está promoviendo el Ministerio Fiscal en cuanto órgano competente para la instrucción en el marco del procedimiento de menores.

Teniendo en cuenta que lo esencial es ese acto judicial revelador de la voluntad estatal de no renunciar al ejercicio del ius puniendi y acudiendo a una interpretación sistemática que valore en su conjunto el régimen legal de la prescripción regulado en el Código Penal y las peculiaridades del procedimiento previsto en la Ley Orgánica

60



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores y, singularmente, la atribución al Ministerio Fiscal de la función instructora en cuyo marco se produce precisamente la imputación inicial del menor y se traduce igualmente la voluntad del Estado de perseguir la infracción penal indiciariamente cometida por aquél, se llega a la conclusión antes expuesta que dota al auto que incoa el expediente judicial de eficacia interruptiva de la prescripción.

Y no podemos afirmar, como hacen otras Audiencias, que la resolución prevista en el artículo 16.3 sea de mero trámite, ya que el Juez de Menores, a la vista del contenido de la información remitida por el Ministerio Fiscal cuando le da cuenta de la incoación del expediente, puede denegar la iniciación de las diligencias correspondientes y la apertura de la pieza de responsabilidad civil cuando los hechos investigados no revisten manifiestamente caracteres de infracción penal; o bien, por ejemplo, cuando el menor investigado por la Fiscalía no sea mayor de catorce años o incluso cuando los hechos estuvieran manifiestamente prescritos.

Esta Sección 3ª comparte el criterio expuesto con la Sección 1ª de esta Audiencia Provincial, haciendo propios los argumentos por ésta contenidos en sus Autos de fechas 10-7-2013, 3-12-2013 y 3-1-2014. En el mismo sentido, resoluciones de las AAPP de Madrid, Sección 4ª, de 16-1-2012 o Guadalajara de 19.4.2012 y 30-5-2012 , por citar algunas.

Pues bien, planteada la cuestión en esos términos y trasladando la doctrina expuesta al presente caso observamos que: 1º) La presunta falta de lesiones (hoy delito leve) se cometió el día 26-9-2015 ; 2º) El Auto previsto en el artículo 16.3 de la Ley 5/2000 dirigiendo el Expediente de Reforma contra Bienvenido por presunto delito o falta de lesiones se dictó en fecha 7-1-2016 , es decir, tres meses y once días después de acontecidos los hechos.

Ya hemos dicho que las Diligencias Preliminares en Fiscalía no interrumpen la prescripción, mucho menos el atestado policial. La primera resolución judicial motivada se dicta transcurridos más de tres meses desde la presunta comisión de los hechos, y, habida cuenta que la lesión no requirió para su curación tratamiento médico o quirúrgico, es evidente que nos encontramos ante un delito leve -antes denominado "falta"- de lesiones, cuyo plazo de prescripción es de tres meses , tal y como prevé el artículo 15.1-5º de la Ley 5/2000 ."

Nota: La SAP Las Palmas de Gran Canaria, Sec 1ª, nº 304/2014, de 25-1-2017, asume (siguiendo una sentencia anterior) íntegramente la tesis principal sostenida en la Circular 9/2011 de la FGE, conforme a la cual el decreto de incoación del expediente dictado por el Fiscal, en cuanto instructor, constituye el primer acto interruptivo de la prescripción y es plenamente equiparable a la resolución judicial del juez instructor exigida por el artículo 132.2 del Código Penal.

Sin embargo, el auto subsiguiente de la AP de Cantabria –como otras anteriores de esa misma AP o de las de Madrid, Guadalajara, Palencia, Alicante o Huelva,

61



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

por ejemplo- se adscribe a la línea mayoritaria de las Audiencias: no aceptan esa tesis principal de la Circular 9/2011, sino que se adscriben a la tesis alternativa allí sostenida, conforme a la que el auto de incoación de expediente dictado por el Juzgado de Menores sí interrumpe la prescripción.

I.- PRINCIPIOS

I.-1 NON BIS IN IDEM

Delito continuado de abusos sexuales perpetrado antes y después de alcanzar el infractor los dieciocho años. La Sala 2ª del TS confirma que la condena recaída por los hechos cometidos durante la mayoría de edad no vulnera el principio non bis in ídem, no concurriendo cosa juzgada, aunque exista una condena precedente del Juzgado de Menores por los hechos anteriores.

Sin embargo, como todos los hechos integran un único delito continuado, para salvaguardar la proporcionalidad de la sanción se descontará de la penas el tiempo de duración de las medidas impuestas en la jurisdicción de menores, tanto el internamiento en régimen cerrado, como la LV.

STS Sala 2ª, nº 102/2017, de 20-2-2017, Pte: Llarena Conde, Pablo

“...El condenado formula su recurso fijando como primer motivo, la infracción de precepto constitucional prevista en los artículos 852 de la LECRIM y 5.4 de la LOPJ, en relación con el artículo 24 de la CE y más concretamente por quebranto del principio de legalidad, en relación los principios de seguridad jurídica y proporcionalidad.

El recurrente sostiene que se ha vulnerado el principio ne bis in ídem, pues ya fue juzgado por el Juzgado de Menores nº 2 de Sevilla por un delito continuado de abusos sexuales sobre Vanesa, habiendo recaído sentencia condenatoria de fecha 15 de febrero de 2016, en la que se le impuso la medida de internamiento en régimen cerrado por tiempo de tres años y libertad vigilada por un periodo de dos años (...)

(...)Una proscripción procesal del bis in ídem que se refleja en la excepción de la cosa juzgada, lo que -como indicamos en nuestra reciente sentencia STS 980/2013, de 14 de noviembre-, no impide un control casacional por quebranto de la norma constitucional indicada, sin perjuicio de otros posibles cauces casacionales (art. 666, 676 y 678 de la LECRIM), tanto cuando se entienda indebidamente aplicada como artículo de previo pronunciamiento o como cuestión previa, como en aquellos supuestos en los que no se hubiere reconocido su operatividad pese a resultar procedente.

En las ocasiones en las que esta Sala ha abordado el entendimiento constitucional de la cosa juzgada, ha proclamado que lo relevante para evaluar su concurrencia, es la identidad de los hechos, objetiva y subjetiva (SSTS 980/2013, 14-11, 21 de marzo de 2002 o 23 de diciembre de 1992). Sintetizando la doctrina jurisprudencial de esta

62



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Sala, la STS 846/2012, 5-11, que " ...para que opere la cosa juzgada, siempre habrán de tenerse en cuenta cuáles son los elementos identificadores de la misma en el ámbito del proceso penal, y frente a la identidad subjetiva, objetiva y de causa de pedir, exigida en el ámbito civil, se han restringido los requisitos para apreciar la cosa juzgada en el orden penal, bastando los dos primeros, careciendo de significación, al efecto, tanto la calificación jurídica como el título por el que se acusó, cuando la misma se base en unos mismos hechos (STS de 16 de febrero y 30 de noviembre de 1995 , 17 octubre y 12 de diciembre 1994 , 20 junio y 17 noviembre 1997 , y 3 de febrero y 8 de abril de 1998) ".

Es cierto que la Sala ha proclamado que la imputación de los mismos hechos a la misma persona, debe contemplarse entendiendo los hechos en un sentido no puramente naturalista, sino matizado por la óptica jurídico-penal desde la que los hechos deben ser contemplados, lo que puede generar una ampliación del perímetro de eficacia de la cosa juzgada. Existiría cosa juzgada porque a efectos penales estaríamos ante un " mismo hecho ", aunque pudieran distinguirse en el comportamiento delictivo (en este caso un abuso sexual), diversos tocamientos y cada uno de ellos derive de una acción naturalísticamente diferente (SSTS 980/2013, de 14-11 o 910/16, de 30-1).

No obstante ello, no puede apreciarse que el caso enjuiciado se produzca una ampliación del espacio abarcado por el concepto de hecho enjuiciado en los términos que el recurso postula , esto es, que permita concluir que los hechos juzgados ante la jurisdicción de menores sean los mismos que aquí se analizan. Por más que no sea determinante de existir una pluralidad de hechos el que todos los tocamientos puedan ser ontológicamente diferenciables, el que en este caso se perpetraran de manera repetitiva, durante un ininterrumpido y largo periodo temporal, suponiendo cada uno de estos actos un ataque diferenciado a la indemnidad sexual de la menor y afectando de manera singularizada y acumulativa a su personal desarrollo durante tres años, impide percibir el global de la agresión como un solo hecho, y la contemplación jurídico penal de tal acontecer histórico debe realizarse desde la figura del delito continuado, dada la imposibilidad de aislar individualmente cada uno de los distintos actos atentatorios de la indemnidad sexual de una misma víctima (SSTS 1832/1998, de 23-12; 938/2004, de 12 de julio ,360/2008, de 9-6; 1143/2011, 28-10 o 834/14, de 10-12).

Pero, el que todos los hechos atribuidos al acusado sean susceptibles de ser subsumidos en la figura del delito continuado, tampoco puede entrañar que los abusos cometidos con anterioridad a que el acusado alcanzara su mayoría de edad el NUM000 de 2010, excluyan el enjuiciamiento individual y diferenciado de aquellos que cometió con posterioridad a cumplir esa edad, pues no puede obviarse la diferente significación jurídico-penal de ambos periodos y la muy diferente previsión legislativa existente para los delitos cometidos en uno u otro momento. La respuesta judicial dada por la jurisdicción de menores, ofrece una naturaleza distinta que la que aquí se ventila, considerando que aquella viene marcada por la potenciación de la función correctora y educativa de unos menores que, precisamente por su insuficiente grado de

63



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

formación y desarrollo, están exentos de responsabilidad criminal y del componente retributivo que la pena impuesta a los adultos puede albergar, tal y como destacó el Tribunal Constitucional en su Sentencia 160/2012 de 20-9 indicando: " Así, en la vigente legislación el menor es declarado responsable de sus actos y la medida impuesta se concibe como una respuesta sancionatoria a dicha declaración de responsabilidad; no obstante, tal como la exposición de motivos menciona, se rechazan presupuestos propios del Derecho penal de adultos como la retribución y la consiguiente proporcionalidad entre la infracción cometida y la gravedad de la sanción, situando en un primer plano el interés del menor y la finalidad de reinserción social".

2. En todo caso, el que puedan ser juzgados separadamente los hechos perpetrados con posterioridad a que el acusado alcanzara la mayoría de edad, sin que opere una excepción de cosa juzgada que venga fundada en que la jurisdicción de menores ya hubiera juzgado el periodo que medió entre el inicio de los abusos y que el acusado cumpliera sus 18 años, tampoco puede traducirse -como postulan las impugnaciones al recurso-en que la duplicidad de procedimientos carezca de transcendencia y que deba estarse al tenor literal de ambos pronunciamientos de condena.

Todos los hechos que aquí se contemplan serían susceptibles de integrarse en un único delito continuado de abuso sexual, con una respuesta penal también unitaria, caso de haber sido perpetrados por un autor que fuera criminalmente responsable desde el arranque del comportamiento delictivo denunciado en su día. Se evidencia así que el recurrente ha sufrido un perjuicio punitivo exclusivamente derivado de su menor edad inicial, cuando este factor en modo alguno puede proyectar un mayor reproche que el exigible a un individuo que desplegara íntegramente el mismo comportamiento durante su edad adulta. De haberse juzgado todos los hechos en un solo procedimiento, el acusado mayor de edad se hubiera enfrentado a una pena entre los 10 y 12 años de prisión, mientras que al recurrente le han sido impuestas la medida de internamiento en un centro de régimen cerrado durante 3 años y la pena de prisión por tiempo de 10 años de prisión (además de 7 años acumulados de libertad vigilada); un gravamen que potencia su visibilidad desde la previsión -plenamente aplicable al recurrente- del artículo 14 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, que dispone que " Cuando se trate de la medida de internamiento en régimen cerrado y el menor alcance la edad de dieciocho años sin haber finalizado su cumplimiento, el Juez de Menores, oído el Ministerio Fiscal, el letrado del menor, el equipo técnico y la entidad pública de protección o reforma de menores, podrá ordenar en auto motivado que su cumplimiento se lleve a cabo en un centro penitenciario conforme al régimen general previsto en la Ley Orgánica General Penitenciaria si la conducta de la persona internada no responde a los objetivos propuestos en la sentencia ".

3. En cuanto a las consecuencias penológicas que tiene la intervención en un hecho delictivo calificado de continuado, cuando por hechos similares ya ha recaído condena por el mismo delito, de manera que de haberse tramitado conjuntamente, se hubiera dictado una única sentencia por el delito que daría respuesta a todos los hechos

64



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

unificados en la continuidad delictiva, la jurisprudencia de esta Sala ha establecido la necesidad de introducir una corrección penológica que conduzca a la regla de proporcionalidad en la imposición de la pena legalmente prevista y evitar la demasía en que puede desembocar la doble pena impuesta en ambos enjuiciamientos. Una solución semejante a la adoptada jurisprudencialmente en los supuestos de concurrencia de sanciones administrativas y penales respecto a un mismo hecho, en los que la sentencia penal ha de tener en cuenta la sanción administrativa impuesta, para que el rigor sancionatorio, penal y administrativo, no supere la medida de la culpabilidad contemplada en la norma.

Y han sido dos los mecanismos indiferentemente empleados por la Sala para la adecuación proporcionada del reproche a la norma punitiva: el primero, evitar que las penas impuestas en las sentencias condenatorias superen, en su conjunto, el marco penal correspondiente al hecho delictivo (STS 18.10.2004), y el segundo, disponer que en la segunda sentencia se descuente la pena impuesta en la primera (SSTS de 20.4.2004 o 625/2015, de 22-12).

En todo caso, la misma razón de proporcionalidad punitiva que justifica la revisión de la sanción, es el punto de fuga que sirve de referencia para evaluar qué mecanismo corrector es el más adecuado para ajustar la pena a la antijuricidad y culpabilidad apreciable conforme a las circunstancias del caso. Y atendiendo al supuesto que aquí contemplamos, la Sala no puede soslayar que el Tribunal de instancia cuya decisión revisamos, sancionó el delito continuado aplicando la pena legalmente prevista (pena correspondiente al delito más grave, en su mitad superior), pero en su mínima extensión. Y constatamos también que su decisión se adoptó por considerar el Tribunal de instancia que no concurrían circunstancias que proyectaran una mayor gravedad en los hechos que la ya contemplada en los artículos 183.1, 183.3 y 74 del Código Penal aplicado, a la vista del contenido de los abusos y de su continuada comisión. Desde esta correcta individualización de la pena con la que se sanciona al acusado por los hechos perpetrados siendo mayor de edad, advertimos: 1) Que los hechos enjuiciados ante la jurisdicción de menores, lo son por el incompleto desarrollo formativo del autor, comportando por ello un menor reproche que el que resulta exigible por los abusos que ahora contemplamos y 2) Que los hechos enjuiciados ante la jurisdicción de menores no son más graves, sino plenamente homogéneos a los que aquí se debaten. No apreciamos así, que la actuación delictiva perpetrada durante la minoría de edad del acusado, potencie la gravedad sustantiva de los hechos que aquí se juzgan. Por ello, frente al total de actos englobados en ambos enjuiciamientos y a la acumulación de penas que resultaría inherente, no se justifica aplicar la corrección penológica de que se mantengan las dos condenas impuestas al acusado, pero limitando su cumplimiento al máximo punitivo previsto para los adultos. Tal mecanismo supondría, finalmente, una exacerbación del reproche correspondiente al significado criminal de su actuación siendo adulto, por unos hechos anteriores que no añaden gravedad a su conducta global. Entendemos así adecuado -en términos de proporcionalidad de la sanción- recurrir al mecanismo correctivo consistente en

65



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

descontar de la pena que merece la actuación criminal que aquí se enjuicia, el tiempo de duración de las medidas impuestas al acusado ante la jurisdicción de menores, tanto en lo relativo al internamiento en régimen cerrado, como a la sumisión del penado a libertad vigilada.

El motivo se estima en los términos que se han indicado.

NOTA: El caso es muy complejo. A primera vista parece intachable el criterio seguido por la Sala 2ª del TS de salvaguardar el principio de proporcionalidad descontando de las penas el tiempo de duración de las medidas impuestas en la jurisdicción de menores. El problema es que el TS parte de un presupuesto fáctico erróneo: la pretendida unidad o identidad delictiva, que en realidad no existe.

En la jurisdicción de menores se condenó por dos delitos continuados de abusos sexuales ocurridos entre 2006 y el 18 de agosto de 2010 (fecha esta última en que el condenado cumplía la mayor edad) contra dos víctimas menores distintas. Una de ellas sólo sufrió tocamientos, pero la otra fue penetrada vaginalmente. Los hechos ocurridos después de la mayoría de edad (agosto de 2010-verano 2012) se refieren ya sólo a una víctima menor de 13 años, la que había sido penetrada anteriormente. La AP de Sevilla consideró también que había sido penetrada e impuso una pena de prisión de diez años, por un delito continuado de abuso sexual del artículo 183.3 del CP (CP texto tras reforma por LO 5/2010). Sin embargo, el TS no estimó probada la penetración y rebajó la pena a cuatro años de prisión, de los que dispone que se descuenten los dos años de internamiento en centro cerrado y los dos de LV impuestos por el Juzgado de Menores.

La AP desestima el recurso del Fiscal y confirma la sentencia que absuelve por delito de quebrantamiento de condena, al estimar que supondría una infracción del principio non bis in idem, pues el menor ya había sido sancionado disciplinariamente por no reincorporarse al centro tras una salida autorizada.

SAP Navarra, sec. 1ª, nº 97/2017, de 9-5-2017, Pte: Zubiri Oteiza, Fermín

“ La sentencia de instancia absolvió al menor Rogelio del delito de quebrantamiento de condena del artículo 468.1 del Código Penal que se le imputaba por el Ministerio Fiscal, al considerar la juzgadora de instancia que, dado que los hechos en relación con los cuales se le imputa la comisión del citado delito ya fueron objeto de un expediente disciplinario seguido en el centro de reforma en el que el mismo cumple la correspondiente medida supuestamente quebrantada, y no concurriendo los requisitos del artículo 60 del Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, para que pueda resultar compatible la sanción disciplinaria con la sanción penal, cumplida ya

66



**FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO**

aquella sanción disciplinaria, no cabe una nueva valoración en este ámbito penal del hecho cometido por el menor, dado que ello conllevaría una vulneración del principio "non bis in idem".

Recurrió dicha sentencia el Ministerio Fiscal, alegando que, siendo los hechos constitutivos de un delito de quebrantamiento de condena, procede la condena del menor como autor de dicho delito, sin que sea óbice a ello la circunstancia de que el mismo haya sido sancionado disciplinariamente por el centro en el que cumple la medida quebrantada, dado que el fundamento de la medida y el de la sanción disciplinaria son distintos, siendo compatible la doble imposición de consecuencias penales y disciplinarias conforme a lo establecido en el artículo 60.6 del Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, no infringiendo el referido principio "non bis in idem" la condena por un delito de quebrantamiento aunque tal hecho hubiera sido sancionado disciplinariamente con anterioridad, siendo compatibles ambas sanciones en casos como el que nos ocupa, siendo el bien jurídico protegido en el delito de quebrantamiento el respeto y cumplimiento de la resoluciones judiciales firmes, en tanto el de la sanción impuesta en el expediente disciplinario lo es el de preservar la seguridad y buen orden del centro y garantizar el mantenimiento de las normas de conducta en el mismo(...)

...Por su parte, la referida sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de enero de 2003, en relación con una decisión adoptada por el órgano judicial y que era examinada en dicha sentencia, concretada en haber tomado en consideración el órgano judicial la sanción administrativa previamente impuesta para su descuento de la pena en fase de ejecución de la Sentencia penal, concluyó que "...no puede considerarse lesiva de la prohibición constitucional de incurrir en bis in idem sancionador, dado que la inexistencia de sanción desproporcionada en concreto, al haber sido descontada la multa administrativa y la duración de la privación del carné de conducir, permite concluir que no ha habido una duplicación -bis- de la sanción constitutiva del exceso punitivo materialmente proscrito por el art. 25.1 CE. Frente a lo sostenido en la STC 177/1999, de 11 de octubre, no basta la mera declaración de imposición de la sanción si se procede a su descuento y a evitar todos los efectos negativos anudados a la resolución administrativa sancionadora para considerar vulnerado el derecho fundamental a no padecer más de una sanción por los mismos hechos con el mismo fundamento. En definitiva, hemos de precisar que en este caso no hay ni superposición ni adición efectiva de una nueva sanción y que el derecho reconocido en el art. 25.1 CE en su vertiente sancionadora no prohíbe el "doble reproche afflictivo", sino la reiteración sancionadora de los mismos hechos con el mismo fundamento padecida por el mismo sujeto".

Sentado lo anterior, se desprende de la citada doctrina del Tribunal Constitucional que no impide necesariamente, por sí sola, la sanción impuesta en el ámbito administrativo, una ulterior condena en el ámbito penal, si bien, sí lo impide el exceso o la reiteración punitiva.



**FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO**

Por tanto, habremos de valorar si en el presente caso la condena del referido menor en este procedimiento por un delito de quebrantamiento de condena conllevaría el exceso o la reiteración punitiva constitucionalmente proscrita, no siendo entonces posible tal condena en atención a la interdicción de incurrir en "bis in idem", constitucionalmente garantizada en el art. 25.1 CE, con arreglo a los parámetros que ofrece dicha doctrina del Tribunal Constitucional, o si, por el contrario, no conllevaría tales exceso o reiteración, en cuyo caso, sí sería posible la condena, no obstante la previa imposición y cumplimiento de aquella sanción.

CUARTO.- Al respecto, como anteriormente hemos indicado, es destacable que la medida que en la instancia se solicitaba por el Ministerio Fiscal que se impusiere al menor en el presente procedimiento se concretó en la de dos fines de semana de permanencia en el centro educativo, matizando dicha solicitud el Ministerio Fiscal en esta alzada al interesar la medida de 40 horas de prestaciones en beneficio de la comunidad.

Por su parte, la sanción que en el expediente disciplinario antes indicado se impuso al menor por el centro en el que cumplía la correspondiente medida, se concretó en la de privación de salidas familiares por un periodo de 15 días, suponiendo, además, la suspensión de refuerzos de fase por un periodo de dos meses.

Atendido el contenido, trascendencia y efectos de dicha medida solicitada en este procedimiento y los de la sanción impuesta en el expediente disciplinario y ya cumplida por el menor, las valoramos como unas respuestas de entidad o relevancia semejante.

En efecto, la medida de permanencia de dos fines de semana en el centro educativo y la sanción de privación de salidas familiares por un periodo de 15 días, ostentan una semejante trascendencia.

No nos hallamos, por consiguiente, ante una sanción de una entidad o relevancia mínima o anecdótica en relación con las consecuencias de la medida que pudiese imponerse en el presente procedimiento, sino ante unas respuestas de una repercusión o consecuencias semejantes a la acción ejecutada por el menor

Ello supone que, dada esa semejanza, si el mismo ya cumplió la sanción que se impuso en el ámbito disciplinario, esa sola sanción, de contenido semejante a la medida cuya imposición se solicitaba en este procedimiento, constituye adecuada y suficiente respuesta al hecho cometido por el mismo, toda vez que en relación con ese hecho solicita el Ministerio Fiscal la imposición de una medida de una trascendencia que hemos considerado semejante a la que es propia de la sanción ya impuesta y cumplida.

Por tanto, si la sanción ya cumplida constituyó respuesta adecuada al hecho cometido, una nueva sanción o el incremento de la misma, sin reducción alguna en atención a la previa sanción cumplida, constituiría un exceso o una reiteración punitiva, lo que está materialmente proscrito por el art. 25.1 CE, con arreglo a la doctrina jurisprudencial antes expuesta.

Tal valoración se encuentra especialmente indicada en un caso como el presente,



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

afectando a un menor de edad, viniendo aconsejada por esa finalidad reeducativa y socializadora cuya obtención se pretende en relación con el menor.

En definitiva, la respuesta que merecía la acción ejecutada, atendida la propia medida cuya imposición solicitaba el Ministerio Fiscal en este procedimiento, quedó suficientemente satisfecha mediante el cumplimiento de aquella sanción, semejante a la medida interesada en este procedimiento, por lo que la imposición de dicha nueva medida, determinaría ese exceso punitivo y no sería respetuoso con la prohibición constitucional de incurrir en bis in idem sancionador.”

NOTA: La sentencia es contradictoria con otras dictadas por Juzgados de Menores y AP que estiman, en casos semejantes, que la condena por delito de quebrantamiento no vulnera el principio non bis in idem pues el fundamento de la medida y la sanción disciplinaria son distintos (Vid. SAP Orense, Sec 2ª, 8-4-2013, nº 122/2013, Pte. Amparo Lomo del Olmo, repertorio jurisprudencial segunda mitad de 2013)

J.- NULIDAD DE ACTUACIONES

La declaración del investigado ante la Policía es nula, por falta de asistencia letrada, vulnerando lo previsto en el art.17.2 LORPM. Pero no determina la nulidad ni de la denuncia, ni del resto de actuaciones, ni de la prueba practicada en audiencia.

SAP Ávila, Sec. 1ª, nº 26/2017, de 23-2-2017, Pte: García García, Jesús

“...Recurre la defensa del menor tal calificación por entender que se realizó una investigación por la Policía Judicial en relación con los hechos, a la que debe aplicársele la doctrina del "fruto envenenado", ya que las pruebas de un delito obtenidas de manera ilícita impedirán que puedan ser utilizadas en el proceso judicial o contra cualquier persona, considerando así la prueba obtenida como prueba nula.

Concretamente la parte que recurre se está refiriendo a la violación por la Policía Judicial del art. 17.2 de la LO 8/2006 de 4 de diciembre por la que se modificó la LO 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, que establece que el menor detenido tendrá derecho a la entrevista con su abogado con anterioridad y al término de la diligencia de toma de declaración.

Concretamente se refiere la parte apelante a que se exploró al menor Julián por la Policía Judicial sin asistencia de Letrado. Solamente intervino en su exploración los Inspectores instructores del atestado de la Policía Judicial.

Dicha exploración, desde luego es nula, y no se tuvo en cuenta por el Juzgador de instancia, pero no lo es la denuncia que presentó la denunciante Covadonga, madre del menor Ernesto, de 13 años de edad, pues dicha denuncia es anterior a la exploración

69



**FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO**

del denunciado, aquí apelante; y tampoco es nula la investigación que realizó la Policía Judicial, debido a varios hechos que habían ocurrido en la C/ CALLE000 de Ávila, que hicieron que se sospechara del denunciado.

Y, principalmente es válida la Audiencia que se celebró ante el Juzgado de Menores en la que el menor Julián declaró llanamente que era cierto que el teléfono del menor Ernesto estuvo en su poder, solamente discrepó del denunciante menor de edad en que éste le "cedió" el teléfono, y por eso pasó a su propiedad, o al menos refirió que se lo había "prestado".

Sin embargo prescindiendo de la exploración realizada al menor acusado, aquí apelante, por ser nula, tenemos: que la denuncia inicial se puso de manifiesto por la denunciante que sobre las 18,15 horas del día 27 de junio de 2016 cuando su hijo se encontraba en la C/ CALLE000 de Ávila, a la altura del Centro de Menores " DIRECCION000", otro menor que se encontraba parado en dicho lugar le solicitó a Ernesto que le dejara el móvil para llamar a su madre. Y cuando se lo dejó, la persona que se lo pidió le dijo que le gustaba y que se iba a quedar con él; y cuando Ernesto le insistió que se lo devolviera, el autor del hecho le dijo que se fuera, que si no le iba a pegar.

Esta denuncia es válida, así como su ratificación en el acto de la Audiencia..."