

**N/REF: Comunicación con Fiscalías nº 126/2019**

**FECHA: 22 de julio de 2019**

**ASUNTO: Remisión de repertorio jurisprudencial correspondiente al primer semestre de 2019**

**Ilmas/os. Sras. y Sres. Fiscales Delegados de Menores:**

Madrid, a 22 de julio de 2019

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, un auto del Tribunal Supremo desestimatorio de un recurso de revisión.

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.

Ejemplo de lo anterior son, una vez más, las resoluciones judiciales contradictorias en temas como el de la celebración o no en ausencia del menor, o la disparidad de criterios en relación a cuál debe considerarse el primer acto interruptivo de la prescripción.

Nos remitimos en ambos aspectos, para no extendernos ni repetirnos, a lo dicho en los oficios de remisión precedentes y a las numerosas “notas en negrita” de resúmenes anteriores, donde se exponían las razones de la discrepancia, siempre desde el más absoluto respeto a los pronunciamientos judiciales

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 se encontrarán resoluciones en todos sus epígrafes.

Con la esperanza de que la nueva selección 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 Nogueras

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

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

## 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-4 DELITOS CONTRA LA INTIMIDAD. DELITOS TECNOLÓGICOS
- 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.- PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD: DESISTIMIENTO Y SOBRESEIMIENTO
- 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
- B.-XIV DILIGENCIAS PROBATORIAS DENEGADAS POR EL FISCAL
  
- 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.**  
**C.-IX PERICIAL CREDIBILIDAD TESTIMONIO**  
**C.-X CONFORMIDADES**  
**C.-XI CONDENA 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 CONDENA**  
**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**  
**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**

## A.- I. MEDIDAS

### A.- II. REGLAS DE DETERMINACIÓN DE LAS MEDIDAS

**La regla del art. 8, párrafo segundo, de la LORPM, que impide imponer una medida superior que la que correspondería a un adulto se refiere, en exclusiva, a medidas privativas de libertad, no de medio abierto. Proporcionalidad de la medida a las circunstancias del menor, dada la imposibilidad de imponerle una medida privativa de libertad, tras la reforma del CP por LO 1/2015.**

**SAP Jaén, sec. 2ª, nº 280/2018, de 11-12-2018, Pte.: Aguirre Zamorano, Pío**

“...Alega, también, la defensa del menor que se le impone mayor pena que si fuera mayor de edad. Pues bien, la juzgadora razona en su tercer fundamento de derecho la medida impuesta al argumentar que la medida a imponer a un menor debe tener en cuenta elementos como las circunstancias y gravedad de los hechos, la personalidad, situaciones, necesidades y entorno social y familiar del menor, su edad y el hecho de que haya cometido con anterioridad hechos de la misma naturaleza (artículo 39), y que el límite que respecto de la penalidad del condenado mayor de edad establece el artículo 8 de la LORPM, lo es para el caso de medidas privativas de libertad, pero no para el caso de medidas de distinta naturaleza.

Pues bien, este razonamiento es plenamente compartido por este Tribunal al establecer la juez de menores que el menor ha sido condenado por hechos similares; se trata de un menor que está en una grave situación de riesgo social con indicadores de desprotección según la información que ha recibido el Equipo Técnico del Equipo de Orientación Educativa y los hechos revisten especial gravedad por la forma en que se produjeron y la reiteración con que vienen produciéndose. Por ello, y también partiendo de que tras la modificación operada en el Código Penal por la LO 1/2015 por estos no cabe imponer medida privativa de libertad, se acuerda imponer al menor una medida de seis meses de libertad vigilada, que se considera adecuada en cuanto a su naturaleza ya que es necesario trabajar con el menor en todos los aspectos de su vida, a nivel personal, académico, familiar y social, y también en cuanto a su duración, la máxima prevista para el caso de delitos leves según el artículo 9.1 de la LORPM por la forma en que los hechos ocurrieron, debiendo pues la medida tener contenido en un taller de competencia social y apoyo escolar.”

**Condena a 6 meses LV por delito de lesiones. La regla del art. 8, párrafo segundo, de la LORPM, se refiere, en exclusiva, a medidas privativas de libertad, no de medio abierto.**

**SAP Huesca, sec. 1ª, nº 195/2018, de 20-12-2018, Pte.: Serena Puig, Santiago**

“Alega también el recurrente que la sentencia incurre en "infracción del art. 8 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores , puesto que consideramos la medida de SEIS MESES DE LIBERTAD VIGILADA supone una mayor restricción de derechos, en comparación con una persona mayor edad que hubiera cometido la misma infracción penal". Ningún error apreciamos en la sentencia puesto que la restricción del art. 8 afecta exclusivamente a las medidas privativas de libertad contempladas en el artículo 7.1. a), b), c), d) y g), es decir, internamiento en régimen cerrado, semiabierto, abierto, terapéutico en régimen cerrado y permanencia de fin de semana, pero no a las demás medidas entre las que se encuentra la libertad vigilada prevista en el apartado h).

3. El art. 9.1 de la mencionada ley ,cuando los hechos cometidos sean calificados de falta(ahora delito leve),sólo se podrán imponer las medidas de libertad vigilada hasta un máximo de seis meses,... etc. En cuanto a la proporcionalidad de la medida, el art. 7.3 permite elegir la medida adecuada "de modo flexible" adaptada a la edad, circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor, de acuerdo con los informes del equipo técnico y de las entidades públicas de protección y reforma de menores, cuando éstas hubieran tenido conocimiento del menor por haber ejecutado una medida cautelar o definitiva con anterioridad. Y esto es lo que razona la sentencia al motivar la extensión de la medida, que tiene otro procedimiento por agresión y que los informes aconsejan esta medida en atención a la conducta y situación del menor.”

### A.- II. 3 PROPORCIONALIDAD

**Las medidas de doce meses de internamiento en regímenes semiabierto (2) y abierto (1) impuestas a tres menores, por un robo con fuerza, son adecuadas a sus circunstancias personales y sociales que constan en informes de ET. La Sala reprocha, además, a las defensas recurrentes, que no hicieran ninguna pregunta al representante de ET en la vista de apelación.**

**SAP Albacete, sec. 2ª, nº 72/2019, de 26-02-2019, Pte.: Losada Fernandez, José Baldomero**

“La alegación referida a la falta de proporcionalidad de la medida impuesta no tiene en cuenta que existe un informe del Equipo Técnico que, a partir del conocimiento directo e integral del caso, esto es, de sus aspectos familiares, educativos y sociales la aconseja. Se trata de un criterio profesional especializado que no está presidido por el afán retributivo sino, por el contrario, por criterios educativos y de beneficio personal del menor. Por consiguiente, si se detectan determinadas deficiencias en uno de los ámbitos de la vida y se propone un programa de actuación tendente a subsanarlas, la crítica contra su procedencia debe ser, al menos, tan rigurosa con lo han sido las actuaciones profesionales previas; por lo tanto, no serán determinantes ni la existencia misma de una limitación en la actuación del afectado (la cual estaría, por otra parte, justificada por la comisión de actos que revisten los caracteres de infracción penal) ni, mucho menos, los posibles inconvenientes o molestas a los que su

ejecución pudiese dar lugar. En cualquier caso, resulta llamativa la actitud tomada por las defensas en la vista de la apelación, en la que no formularon preguntas al miembro del Equipo Técnico ni desarrollaron los argumentos en los que basan su recurso.”

**Actualización de informe de ET, pasando de recomendar unas PBC en el primer informe a una medida más restrictiva de derechos que la LV. Al no poder imponerse medida no privativa de libertad, por tratarse de delito leve continuado de hurto, procede confirmar la medida de LV que supone mayor intervención que las PBC.**

**SAP Zaragoza, sec. 6ª, nº 135/2019, de 15-04-2019, Pte.: López Asín, Mª Victoria**

“...en el caso analizado se observa que en relación con el menor Ezequiel, el Equipo Técnico emitió informe en fecha 9 de enero de 2019 en el que recomendaba la imposición al menor de la medida de prestación de servicios en beneficio de la comunidad, con fundamento en el informe elaborado por el IASS el día 31 de octubre de 2018 y que obra en autos. En dicho informe emitido por la Subdirección de Protección a la Infancia y Tutela del Gobierno de Aragón se expresaba que en el año 2016 el menor había sido declarado en situación de riesgo, por la imposibilidad de su madre de dar respuesta a las necesidades materiales, emocionales y educativas del menor, por lo que el Gobierno de Aragón había asumido su tutela durante un tiempo, en el que había estado en varios centros de protección de menores, pero que en 2017 se había producido el cese de la tutela acordándose la intervención de un educador familiar; que en el curso académico 2018-2019 el menor había sido escolarizado en el Centro Socio Laboral DIRECCION003 donde había mejorado su asistencia y comportamiento; que había buen entendimiento del menor con la Educadora Familiar y el Coordinador; y que aunque no habían desaparecido los problemas que se producían con el menor y su madre al inicio de la intervención del Servicio de Protección de Menores, sin embargo estos problemas se daban con menos frecuencia.

Sin embargo, en el acto de juicio, el Equipo Técnico actualizó dicho informe y expresó que las circunstancias habían variado, ya que se había recomendado que el menor acudiera al Servicio de Psiquiatría Infanto Juvenil para su valoración y tratamiento y el menor no había aceptado; se le había expulsado del Centro Socio Laboral DIRECCION003 donde estaba escolarizado; el menor no cumplía los acuerdos a los que llegaba con la Educadora Familiar y el Coordinador; y además tenía otros dos expedientes de reforma si bien en uno de ellos es cierto que había sido absuelto. Por todo ello, el Equipo Técnico expresaba que desde el Servicio de Protección de Menores de la Comunidad Autónoma de Aragón no se había podido conseguir mejora alguna, por lo que interesaba para Ezequiel una intervención más estructurada llegando a expresar que la misma no sería posible imponiéndole la medida de libertad vigilada.

Por lo expuesto, de conformidad con lo expresado por el Equipo Técnico, teniendo en cuenta la situación del menor, la medida adecuada para él sería una medida más restrictiva de derechos que la libertad vigilada. Sin embargo, habida cuenta del hecho por el que fue condenado, se considera que el Ministerio Fiscal

acertadamente solicitó, como así acordó la Jueza de Menores, la imposición de la medida de libertad vigilada, por tratarse de una medida de mayor contención e intervención que la prestación de servicios en beneficio de la comunidad, y que es la medida más beneficiosa para el menor en atención a su situación y además estimamos que es proporcional al hecho que cometió.”

### **A.- III.- 1 ACOSO ESCOLAR**

**Condena por delito contra la integridad moral, dada la evidente intención de humillar y molestar a la víctima por parte de la acusada, que reiteró durante más de dos meses y medio su conducta vejatoria**

**SAP Zaragoza, Sec.6ª, nº127/2019, de 5-4-2019, Pte.: Picazo Blasco, Francisco Jose**

“...la Sala no puede sino asumir como propios los acertados argumentos expuestos en la resolución de primer grado en orden a la inculparción de los hechos en el art. 173-1 C. Penal. En efecto tal y como se desprende del párrafo Tercero del factum, la menor Alicia actuando de común acuerdo con otra menor de catorce años, durante más de dos meses medio, aprovechando cualquier oportunidad y con evidente intención de humillar, vejar y molestar a Covadonga , no cesaron de insultarla, repitiendo constantemente cada vez que la veían en el instituto...” Mírate al espejo, hija de puta, cuatro ojos, tonta, fea, gafota, ya te pillaremos... " al tiempo que se reían de ella logrando así infundir en Covadonga un estado de gran intranquilidad tenor y desasosiego... que le provocó una crisis de ansiedad, la necesidad de cambiar de centro Escolar y de recibir asistencia psicológica. Expuesto lo anterior, las afirmaciones de la dirección letrada de la menor recurrente hechas en el sentido de que la misma no actuaba con la intención de menoscabar la integridad moral ni la dignidad de la denunciante tratándose de hechos desagradables que suceden por desgracia en los colegios, no son sino un mero eufemismo tan solo justificable desde la perspectiva del derecho de defensa, remitiéndonos en tal sentido a los elaborados fundamentos que la sentencia de primer grado contiene y que la Sala asume y hace propios...”

**Proporcionalidad de las medidas de 8 meses de LV, 80 horas PBC y 2 años de prohibición de comunicación impuestas por delitos de lesiones y contra la integridad moral, habiendo precisado la víctima, por estos hechos, de tratamiento psiquiátrico por estrés postraumático.**

**SAP Alicante, sec. 2ª, nº 106/2019, de 22-03-2019, Pte.: Guirau Zapata, Francisco Javier**

“La representación procesal del menor entiende desproporcionada las medidas impuestas, compartiendo la Sala la argumentación de la Magistrada de Menores cuando manifiesta que las "medidas acordadas son de todo punto necesarias, desde el punto de vista educativo, para el menor, a la vista de la gravedad de los hechos, la ofensa y los perjuicios causados a la víctima, Benjamín , y de los informes elaborados por el Equipo Técnico y las recomendaciones efectuadas en el acto del juicio. En ese sentido, a los folios 126 a 128 consta el informe

emitido en agosto de 2017, en el que se indica que no se detectaron factores de riesgo susceptibles de trabajo desde Justicia Juvenil, salvo los correspondientes al momento evolutivo del menor, con factores de protección en las áreas evaluadas (apoyo familiar y buenos lazos afectivos, normas y límites claros, buena capacidad de empatía, adecuado nivel escolar, expectativas de futuro claras...), proponiendo por ello una medida responsabilizadora. En la vista judicial, el Equipo técnico ratificó dicho informe y orientó a una medida en medio abierto para tratar los factores incidentes en la comisión de los delitos enjuiciados, a través de una libertad vigilada o unas prestaciones en beneficio de la comunidad. Habida cuenta de la pluralidad de infracciones, también deben ser plurales las medidas en respuesta a los hechos, en relación al artículo 7.1.h), k) o l) de la Ley Orgánica 5/2000, y la necesidad de garantizar la tranquilidad de ánimo de la víctima a través de la medida prevista en el artículo 7.1.l) de la misma. Por otro lado, todo ello se aprecia como una respuesta adecuada a las necesidades del menor y proporcionada al delito cometido y a las graves consecuencias personales que ha producido a la víctima, de acuerdo con la doctrina establecida por la STC, Sala 1ª, 61/1998, de 17 de marzo, reflejada en el art. 8.2 de la LORRPM".

Las medidas acordadas se entienden adecuadas a lo dispuesto en el artículo 7.3 de la L.O. 5/2000, atendiéndose a la entidad de los hechos enjuiciados, a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y, sobre todo, al interés del menor, entendiéndose beneficiosas para evitar que conductas como las enjuiciadas puedan volver a repetirse."

#### **A.-III.-8 VIOLENCIA INTRAFAMILIAR CONTRA ASCENDIENTES**

**La medida de diez meses de libertad vigilada es adecuada y proporcional tanto al hecho (153-2 y 3 CP), como a las circunstancias personales y sociales del menor consignadas en informe de ET**

**SAP Valencia, Sec 5ª nº 266/2019, de 31-5-2019, Pte: Espuny Sanchís, Marta**

"...Sobre la medida impuesta al menor, que se considera excesiva por la parte apelante, debemos recordar como ya ha señalado esta misma Sala en anteriores ocasiones, que se trata de medidas orientadas a la reeducación, tratamiento, caso de ser necesario, y reinserción social del menor encausado.

A la vista de los artículos 7 y 10 de la LORRPM . En concreto, el artículo 7,3 del citado Texto, establece lo que sigue:

"3. Para la elección de la medida o medidas adecuadas se deberá atender de modo flexible, no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor, puestos de manifiesto los dos últimos en los informes de los equipos técnicos y de las entidades públicas de protección y reforma de menores cuando éstas hubieran tenido conocimiento del menor por haber ejecutado una medida cautelar o definitiva con anterioridad, conforme a lo dispuesto en el artículo 27 de la presente Ley. El Juez deberá motivar en la sentencia las razones por las que aplica una determinada medida, así como el plazo de duración de la misma, a los efectos de la valoración del mencionado interés del menor."

Así, a la vista de lo razonado por la Magistrada de instancia en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia, se concluye que el mismo es plenamente ajustado de Derecho, proporcional a la gravedad y naturaleza de los hechos objeto de juicio, a las circunstancias personales, familiares y sociales del menor así como el informe emitido por el Equipo Técnico.

Efectivamente, el delito por el que se condena al menor reviste suficiente gravedad, siendo proporcionada la extensión de la medida que a su vez se ajusta a las circunstancias reflejadas en el informe Técnico relativo a Alexander a tenor del cual el mismo tiene carencias que aconsejan la intervención educativa, lleva a cabo conductas agresivas hacia la progenitora cuya autoridad no reconoce estando inmerso en un proceso de desajuste que afecta a todos los ámbitos del menor lo que viene a confirmar el acierto de la medida impuesta...”

**Proporcionalidad de la medida de doce meses de internamiento en régimen semiabierto por cuatro delitos de maltrato (153.2 CP) y uno de maltrato habitual (173.2 CP) a su hermano y progenitora, dado que, además, la menor hubo de ser internada cautelarmente por incumplir una LV.**

**SAP Tarragona, sec. 2ª, de nº 591/2018, de 19-12-2018, Pte.: Martínez Sáez, Ángel**

“...por lo que respecta a la proporcionalidad de la medida, si bien es cierto que a priori pudiera parecer que la medida impuesta pudiera ser desproporcionada atendiendo a que la medida de 12 meses de internamiento en régimen semiabierto lo era por la comisión presunta de un total de cinco delitos, cuatro de ellos de maltrato simple del 153.2 y 3 y uno de maltrato habitual del 173.2 y que la condena lo ha sido por un solo delito de maltrato simple en el ámbito de la violencia doméstica del artículo 153.2 y 3 del Código Penal, consideramos no obstante que la comisión del delito en relación tanto a su madre como a su hermano en los términos que constan en los hechos facticos acreditados, lleva necesario tal como propone el Equipo Técnico la medida de internamiento, si bien sin posibilidad de suspensión, atendiendo tal como el Juzgador ha hecho constar, a la circunstancia de que la menor tuvo que ser internada cautelarmente por no cumplir adecuadamente la medida de libertad vigilada.”

**Proporcionalidad de la medida de 6 meses de tareas socioeducativas impuestas a la menor por delito de maltrato familiar. No procede reducir la duración ni la medida de amonestación que pide la defensa.**

**SAP La Coruña, sec. 2ª, nº 153/2019, de 29-03-2019, Pte.: Sanz Crego, Salvador Pedro**

“La sentencia dictada por el Juzgado de Menores Número 1 de A Coruña ha venido a imponer a la menor Matilde, como autora de un delito de maltrato familiar, la medida de seis meses de tareas socioeducativas absolviendo a la citada menor del otro delito de maltrato familiar por el que asimismo venía siendo acusada, referido al día 28 de octubre de 2017. Y frente a ella recurre en apelación la defensa letra de la menor señalando que los hechos declarados probados tienen "escasa relevancia y entidad", por lo que "considera

desmesurada la imposición de una medida de seis meses de tareas socioeducativas y estima que en atención al superior interés de la menor, la medida más idónea sería la imposición de una amonestación"; de manera subsidiaria y para el caso de que se considere que la medida aplicable es la imposición de tareas socioeducativas, estima como excesivo el tiempo por el que se impone la medida, al haber sido absuelta la menor por los hechos acaecidos el 28 de octubre de 2017, interesado por ello que "se reduzca el tiempo de la medida de tareas socioeducativas, por lo menos a la mitad

El recurso, de manera respetuosa, no será estimado en esta alzada. Así, en cuanto a la medida que debe ser impuesta a la menor, hemos de estimar que la de amonestación interesada por la parte recurrente no resulta adecuada a la entidad de los hechos declarados probados en la sentencia de instancia. En este sentido el artículo 7 de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores establece en su apartado 3 que "para la elección de la medida o medidas adecuadas se deberá atender de modo flexible, no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor, puestos de manifiesto los dos últimos en los informes de los equipos técnicos y de las entidades públicas de protección y reforma de menores ...". Y en el presente caso en el informe del Equipo Técnico que obra a los folios 85 a 87 de las actuaciones se estima que la medida más adecuada a imponer a la menor sería la de tareas socioeducativas "que le lleven a reflexionar sobre lo inadecuado de su conducta, que le faciliten la adquisición de técnicas de control de impulsos ante situaciones estresantes, utilizando medios pacíficos para la resolución de conflictos y de prevención de la violencia, que eviten la comisión de nuevos hechos similares y le facilite su normalización e integración social", que es precisamente la finalidad acogida por la Juez de Menores en la sentencia de instancia para la imposición, como la más adecuada para la menor, de la medida ahora cuestionada.

Y en cuanto al plazo de duración de la medida impuesta, no ha de estar vinculado al hecho de que la menor haya sido absuelta de la comisión de uno de los dos incidentes objeto de acusación en el escrito de alegaciones provisionales del Ministerio Fiscal, sino, como establece el artículo 7.3 de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores antes mencionado, con el interés del menor, como así se estableció en la sentencia de instancia. Ello sin perjuicio de que, iniciada la ejecución de la medida, pudiera ser de aplicación lo previsto en los artículos 13.1..."

### **A.-III.-9 VIOLENCIA DE GÉNERO**

**El tipo del art. 153.1 y los tipos penales específicos de violencia de género no requieren que concurra un elemento subjetivo del injusto de dominación del hombre sobre la mujer.**

**SAP Barcelona, sec. 3ª, nº 107/2019, de 21-02-2019, Pte.: Martínez Luna, María del Carmen**

"Los hechos que se recogen en la sentencia como probados, revisten los caracteres de los delitos que han sido objeto de condena la acción de empujar a

la menor golpearla, pese a no objetivarse lesiones en la información médica obrante en autos, al margen de la lumbalgia, que no permite evidenciar lesión y si sintomatología de dolor, permite encuadrar los hechos en el tipo penal del art. 153.1 CP, como se dice en la sentencia.

Y al hilo de los alegatos del recurrente referidos a que no ha existido una posición de dominio sobre la víctima por parte del menor, es de interés traer a colación la STS 1388/2018 de 20 de diciembre de 2018 "Ningún precepto del texto penal contempla ni autoriza esta degradación de delito a delito leve en estos casos, y ningún precepto del texto penal autoriza, o exige, como venimos manteniendo, que se precise un elemento subjetivo del injusto de dominación o machismo, sin el cual el "factum" se aparta de la redacción que recoge el art. 153 en cualquiera de sus dos apartados, según quién sea el autor del delito. Este especial ánimo discriminatorio revelador de una posición de dominación del hombre sobre la mujer no está en el tipo penal, y no puede exigirse en el juicio de tipicidad, cuando el juicio sobre el "factum" demuestra y evidencia por las pruebas practicadas que existe un delito tipificado en el apartado 1 ó 2 del art. 153 CP según quien sea el sujeto activo del delito y el pasivo". Ello no obstante en este caso, la razón por la que se llevó a cabo la agresión del menor a la víctima denota una posición de dominación del menor sobre la menor."

#### A.-V. EXIMENTES

**La AP revoca la sentencia de instancia que ya había aplicado una atenuante de legítima defensa, para apreciar la eximente del art. 8.4 del CP y absolver al menor, que intervino en una discusión entre su madre y su pareja, golpeando en la cabeza a su oponente con una llave inglesa que éste, previamente, le había lanzado.**

**SAP Barcelona, sec. 3ª, nº 55/2019, de 22-01-2019, Pte.: Martínez Luna, María del Carmen**

"En línea con la anterior doctrina cabe asimismo traer a colación la reciente sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo recurso 213/2018 de 8 de enero de 2019 que dice en relación a la legítima defensa "...La necesidad racional del medio ha de ser medida no como en un laboratorio, sino in casu, situándonos en la posición del agredido y contando con todas las circunstancias (alternativas, situación, posibilidades)."

Proyectando la anterior doctrina sobre el caso que nos ocupa, cabe decir que el hecho probado de la sentencia señala que en el marco de una discusión entre la madre del menor y su pareja en aquel momento Mateo, discusión que se entabló en la calle, el menor fue requerido por su madre que acudió en su auxilio, cuando Mateo le amenazo con una llave inglesa, el menor se enfrentó a Mateo y entonces éste le propinó una patada en la boca al recurrente y le lanzó la llave inglesa al menor, pudiendo el menor esquivar el objeto, en ese momento Mateo se agachó para coger un baffle con la intención de tirárselo a Lucio, es cuando el menor cogió la llave inglesa y le propino un golpe seco en la cabeza a Mateo causándole la lesión que se describe en el hecho probado.

Analizando la proporcionalidad del actuar defensivo desde la óptica y posición del menor recurrente que se encontraba en aquel momento viendo como la

pareja de su madre podía agredirla y como él había sido agredido, al haber recibido una patada en la boca y haber podido esquivar la llave inglesa que le había lanzado la pareja de su madre, en un contexto en el que la agresión seguía vigente, pues el Sr. Mateo se había agachado para coger un bafle del suelo para lanzárselo al menor, no permite reprochar la acción defensiva llevada a cabo por el menor de asir el objeto que el Sr. Mateo había lanzado, la llave inglesa, y golpear con está a dicha persona al efecto de evitar que continuase la agresión, pues pese a existir otras reacciones posibles no le era exigible al menor otra actuación, en atención a las circunstancias concurrentes, discusión en la calle, en la que el Sr. Mateo se encontraba discutiendo con la madre del menor, agresión del Sr. Mateo al menor con lanzamiento de objeto contundente y patada en la boca, desprendiéndose del relato del hecho probado que la agresión del Sr. Mateo al menor continuaba, estaba agachado para coger un bafle y lanzárselo, todo ello hace que el golpe que el menor propinó a su agresor en el contexto dicho, pese a estar agachado el Sr. Mateo , permite apreciar una proporcionalidad en el actuar defensivo, al no poder serle exigible al menor otra actuación en el contexto dicho. Por lo que procede apreciar la eximente como completa y absolver al recurrente del delito que ha ido objeto de condena, con la consiguiente estimación del recurso. Declarando de oficio las costas causadas.”

**La Sala diferencia entre las dos agresiones por las que se condenó al menor. En la primera mantiene que hubo una pelea mutuamente aceptada. Pero en la segunda aprecia la eximente del art. 8.4 CP, al estimar que hubo un enfrentamiento físico no querido frente a una agresión unilateral.**

**SAP Madrid, sec. 4ª, nº 77/2019, de 05-03-2019, Pte.: Pestana Pérez, Mario**

“Dada la versión del propio menor sobre su enfrentamiento con Ruth , según la cual ésta se metió con él, le insultó por su forma de ser llamándole "maricón", le dio una "hostia" (sic) y él le dio otra a ella, es claro que, aún asumiendo dicha versión, los hechos están correctamente calificados en la Sentencia recurrida y no concurre la eximente de legítima defensa alegada. Un contraste crítico de las versiones ofrecidas por el menor y por Ruth conduce a considerar probado que hubo una pelea entre ellos, no una agresión unilateral que el atacado repele para hacerla cesar. Por lo demás, y tal como se motiva en la Sentencia apelada, es claro que la eximente de legítima defensa no ampara una reacción violenta frente a un insulto.

Cabe agregar que dados los términos del informe médico forense emitido en relación con las lesiones padecidas por Ruth , las mismas requirieron para su curación de una primera asistencia facultativa consistente en cura local de las heridas, es decir, el resultado típico descrito en el artículo 147.2 del Código Penal.

No obstante lo anterior, no compartimos la valoración probatoria reflejada en la Sentencia recurrida en relación con el segundo enfrentamiento físico que se produjo, en este caso entre el menor Jeronimo y la menor Valle. El menor Jeronimo , cuyo modo de vestir y de expresarse -aspectos que no pasan desapercibidos, lógicamente, en el informe del Equipo Técnico- avalan su afirmación de que "se siente una mujer", declara en términos particularmente convincentes y explica con detalle los sucesivos incidentes que se produjeron el

día de los hechos, primero con Ruth , después con Valle y más tarde con otros jóvenes que incluso fueron a busca a su hermana con propósitos hostiles. En su declaración, Jeronimo no rehúye aceptar que peleó con Ruth y con Valle , a las que, según dijo, tiró del pelo. Pero también especificó que en ambas ocasiones la iniciativa de la agresión fue de sus antagonistas y no suya, señalando que, ya terminado el incidente con Ruth , apareció más tarde Valle , fue hacia él y le golpeó, además de indicar que Valle practica cierto arte marcial. En el caso de la citada Valle ., la misma afirma en la audiencia que le dijeron que Jeronimo había pegado a su amiga Ruth y entonces decidió ir a buscarle para "pedirle explicaciones". Tal modo de proceder evidencia que Valle . no tenía precisamente miedo al menor expedientado, lo que hace verosímil lo afirmado por este sobre el conocimiento de técnicas marciales por parte de Valle , e igualmente hace particularmente verosímil que Valle fuese a buscar a Jeronimo con el propósito de escarmentarle en términos violentos.

Por lo tanto, lo expuesto sostiene una duda razonable sobre el concurso de la circunstancia eximente alegada en el recurso, concretamente la prevista en el artículo 20.4º del Código Penal . La actuación de Valle . contra el menor, en represalia por lo sucedido antes con su amiga Ruth , buscando y abocando a Jeronimo a un enfrentamiento físico no querido, y la escasa entidad de las lesiones sufridas por Valle -arañazos en la cara que precisaron cura local y parches protectores-, sostendrían la apreciación de la eximente legítima defensa.

En este punto no es ocioso señalar que el menor Jeronimo aseguró que el también resultó con lesiones tras los sucesivos enfrentamientos con Ruth y con Valle , pero que su madre no le dejó denunciar. La madre del menor, D<sup>a</sup> Adelina , se hallaba presente en la audiencia y fue concretamente preguntada sobre si ejercía la patria potestad sobre su hijo y si éste vivía con ella. Sin embargo, no solo no se la preguntó si en efecto le dijo a su hijo que no denunciara, sino que D<sup>a</sup> Adelina manifestó que quería hablar y de hecho no se le dio la oportunidad de hacerlo.

La aplicación de la jurisprudencia más reciente sobre la carga de la prueba en el proceso penal - SSTS núm. 69/2017, de 8 de febrero , y núm. 206/2017, de 28 de marzo -, y la existencia de una duda razonable sobre el efectivo concurso de la eximente de legítima defensa en la actuación del menor expedientado respecto a la también menor Valle ., determina la procedencia de la absolución de Jeronimo en relación con uno de los dos delitos leves de lesiones por los que se le acusa, y con fundamento en lo dispuesto en el artículo 118 del Código Penal , igualmente la absolución respecto a la pretensión indemnizatoria basada en las lesiones objetivadas a Valle."

## **B.- FASE DE INSTRUCCIÓN**

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

**La identificación sin dudas del menor expedientado por el testigo en la audiencia es prueba válida para enervar la presunción de inocencia, no quedando desvirtuada por el reconocimiento fotográfico precedente.**

**SAP Alicante, sec. 2ª, nº 5/2019, de 09-01-2019, Pte.: Costa Hernández, María Cristina**

“La STS. 617/2010 de 24.6, con cita de las sentencias 1386/2009 de 30.12 y 503/2008 de 17.7 , sintetiza la doctrina general sobre su operatividad procesal y eficacia probatoria, argumentando que "los reconocimientos efectuados en sede policial, o en sede judicial en fase sumarial, bien a través del examen de fotografías o bien mediante ruedas de reconocimiento, son en realidad medios de investigación que permiten, cuando es necesario, determinar la identidad de la persona a la que los testigos imputan la realización del hecho denunciado, y avanzar en el esclarecimiento de los hechos. Solamente alcanzan el nivel de prueba, como regla general, cuando el reconocimiento se ha realizado en sede judicial, con todas las garantías, entre ellas la presencia del Juez, y quien ha realizado el reconocimiento comparece en el juicio oral y ratifica lo antes manifestado o reconoce en el plenario al autor de los hechos, pudiendo ser sometido a interrogatorio cruzado de las partes sobre los hechos que dice haber presenciado y sobre el reconocimiento realizado. Por tanto, el derecho a la presunción de inocencia no se desvirtúa por el resultado del reconocimiento fotográfico, sino por el resultado del medio de prueba practicado en el acto del juicio, consistente en la ratificación del testigo sometido al interrogatorio cruzado de las partes". Concluye la sentencia citada que, "en definitiva, para que pueda ser entendida como prueba válida y suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, la diligencia ha de ser reproducida en el juicio oral mediante la ratificación de la víctima o testigo en dicho juicio, a fin de poder ser sometida su declaración a contradicción con oralidad e inmediación, como las garantías constitucionales del proceso exigen".

El derecho a la presunción de inocencia no se desvirtúa por el resultado del reconocimiento fotográfico, como se ve, ni siquiera por el reconocimiento en rueda, sino por el resultado del medio de prueba practicado en el acto del juicio, consistente en la ratificación del testigo sometido al interrogatorio cruzado de las partes, debiendo tenerse en cuenta los factores y circunstancias que afectan a la exactitud de una identificación visual.

En el presente caso, el testigo perjudicado, como consta en las actuaciones reconoció al menor fotográficamente en sede policial, lo que permitió dirigir la investigación respecto del menor expedientado. Sin embargo, la prueba relevante es la propia testifical en la vista celebrada en la que el testigo reconoció al menor sin ningún género de dudas como la persona que le arrebató el teléfono, siendo tal reconocimiento válido cuando tiene a su presencia al autor de los hechos y así lo pone de manifiesto, porque ello permite someter esa testifical a la oportuna contradicción.”

**La AP revoca sentencia condenatoria y absuelve. Estima insuficiente la identificación de los tres acusados en fotoprinters, sin practicar luego rueda de reconocimiento. Tampoco da valor la Sala al reconocimiento efectuado por la víctima en el juicio, considerando que tuvo dudas y que el interrogatorio del Juez fue inquisitivo, concluyendo que el reconocimiento final fue “inducido”.**

**SAP Barcelona, sec. 3ª, nº 112/2019, de 22-02-2019, Pte.: Guil Román, Carmen**

“En el presente caso, tras el visionado del juicio oral los recursos deben ser estimados ya que valoramos como insuficiente la prueba practicada para desvirtuar la presunción de inocencia.

Tal y como indican los recurrentes, la condena se basa en exclusiva sobre la declaración de la víctima de la sustracción. El Juez ad quo considera que la misma carece de ánimo espurio y que su declaración viene corroborada por los fotoprinters incorporados a la causa y la declaración de Luis Alberto ante la Fiscalía de Menores. Sin embargo, tras el visionado de la grabación de la audiencia y el examen del expediente consideramos que dicha declaración de Emiliano . No es suficiente ni permite concluir sin ningún género de dudas que los tres menores fueron los autores de la sustracción por él denunciada.

Es cierto que Emiliano denunció los hechos de forma inmediata y que allí relató cómo tres jóvenes de etnia magrebí le habían abordado tras la salida de la estación de FFCC de DIRECCION000 y que le habían sustraído el teléfono móvil. Los menores no fueron detenidos en el momento sino que fueron identificados días después tras el visionado de las cámaras de vigilancia de la estación. De hecho, el reportaje fotográfico obra a los folios 84 y siguientes. El único fotoprinter reconocido por Emiliano fue el obrante al folio 84.

Sin embargo, con posterioridad no se practicó rueda de reconocimiento alguno. Debemos recordar que es pacífica la jurisprudencia que señala que los reconocimientos fotográficos constituyen un indicio para dirigir una investigación penal contra el identificado, pero no permiten fundar en el mismo una sentencia condenatoria dados los elevados márgenes de error que se constatan en dichos reconocimientos.

A ello debemos añadir que en el presente caso, los autores del hecho eran de origen magrebí con una estética de corte de pelo y vestimenta muy usual por lo que los errores de identificación son aún más frecuentes por el sesgo sobrehomogenizador que se produce al identificar a personas de otra etnia o raza según doctrina pacífica.

Dicho esto, es cierto que en el acto de juicio oral el testigo reconoció a los menores como los autores de la sustracción, pero dicho reconocimiento distó de ser firme y sin dudas. Al ser preguntado por las partes especificó: "...primero reconocí las ropas y después las caras.." "reconozco solo al del medio..." "el del medio era el que más recuerdo al ser el más alto y el de las gafas..." .

Sin embargo, en el fotoprinter que sirvió de base para la identificación, quien llevaba las gafas era Luis Manuel y no Luis Alberto como identificó en el acto de la vista.

Resulta además sintomático que las dudas mostradas por el testigo sobre la participación de los menores en el acto de la vista, se disiparon cuando el Juez ad quo, en un claro tono inquisitivo pregunta al testigo: "les reconoces como las personas que participaron en los hechos?" Contesta que sí y a la repregunta en el mismo tono "estás seguro?" Vuelve a contestar que sí.

En consecuencia, no consideramos que dicha afirmación, ciertamente inducida, permita confirmar la participación de los tres menores en los hechos.”

**El reconocimiento en juicio del acusado por la víctima y el fotográfico en sede policial no resultan “enturbiados” por la identificación previa en la red social *Instagram*.**

**SAP Baleares, sec. 2ª, nº 200/2019, de 29-04-2019, Pte.: González Miro, María del Carmen**

“La sentencia analiza con mucho detalle el porqué ha llegado a la convicción de que el menor Teofilo sí participó en los hechos, además justamente fue con ese menor con el que hubo mayor cercanía pues estaba en primera fila del grupo y con él habló contestándole Teofilo . Además recoge la sentencia que su apariencia es "muy peculiar y fácilmente identificable". No puede obviarse que según la sentencia el testigo reconoció con seguridad al menor en juicio, y fue reconocido fotográficamente en sede policial sin que la identificación previa por Instagram enturbie ese reconocimiento explícito. Es más la sentencia muestra la poca credibilidad que le da el menor negando los hechos pues recoge que si bien en un primer momento el menor manifestó que no estaba habitualmente por esa zona en que ocurrieron los hechos en el último alegato dijo que no fue él quien le quitó el móvil.”

#### **B.-V.- MEDIDAS CAUTELARES**

**La medida cautelar de internamiento semiabierto queda plenamente justificada por las agresiones reiteradas del menor a su madre, su irritabilidad incontrolada y consumo de tóxicos.**

**AAP Málaga, sec. 7ª, de 12-12-2018, nº 172/2017, Pte.: Morales González, Federico**

“...Frente a la opinión de la defensa, expresada en el recurso, de que la medida cautelar adoptada no está justificada y que, en su lugar, debería haberse acordado la de libertad vigilada, se impone la realidad de unos hechos que en el momento de adopción de la decisión recurrida se presentan como un episodio más de las agresiones tanto verbales como físicas de un hijo -el menor apelante- a una madre, provocadas o al menos condicionadas por lo que aparece como una irritabilidad y agresividad incontroladas por efecto del consumo de drogas. Esto es, asistimos, según los elementos de juicio contenidos en el atestado y lo declarado por el menor, a un conflicto familiar permanente cuyos brotes dependen de la adicción del menor.

Pues bien, conforme al artículo 28.2 de la LORPM, "Para la adopción de la medida cautelar de internamiento se atenderá a la gravedad de los hechos, valorando también las circunstancias personales y sociales del menor, la existencia de un peligro cierto de fuga, y, especialmente, el que el menor hubiera cometido o no con anterioridad otros hechos graves de la misma naturaleza".

Siendo cierto que el peligro de fuga no sería suficiente en este caso para adoptar la medida cuestionada, sí hay que convenir que la repetición de episodios como el que ha motivado la decisión recurrida sí constituye un factor fundamental para inclinarse por su corrección en tanto aquella evita que la anómala personalidad del apelante, derivada en gran medida del consumo de drogas, ponga en peligro

de nuevo la pacífica convivencia familiar, lo que difícilmente se lograría con la libertad vigilada.

Como argumentaba la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 1ª) en sentencia núm. 61/2006, de 11 Abril, la inadaptación familiar, el estilo de vida desorganizado y la vinculación a grupos de riesgo, son razones que justifican suficientemente la medida de internamiento.

**Violencia de género. Se desestima recurso confirmando la LV con alejamiento de la víctima, dada las circunstancias del menor, su conflictividad con su pareja, agravada por consumo de tóxicos, con riesgo de que se repitan hechos similares.**

**AAP Valencia, sec. 5ª, nº 682/2019, de 25-06-2019, Pte.: Rojo Beltrán, Esther**

“...existen indicios de que el menor podría haber cometido un delito de maltrato en el ámbito familiar, previsto y penado en el artículo 153 del Código Penal y delito de daños, según se infiere en primer lugar de la declaración de la menor Estefanía, que refiere el comportamiento agresivo de su pareja hacia ella en el último año, llegando a tirarla al suelo y propinarle una patada en las piernas, así como haberle propinado un puñetazo en otra ocasión, y haberle tirado las gafas al suelo rompiéndoselas, al tiempo que la golpeaba en la cara. La madre de la menor doña Gregoria manifiesta que si bien no ha presenciado las agresiones físicas a su hija, sí ha presenciado los insultos así como el móvil y gafas rotas de su hija; por último, la diligencia de inspección ocular llevada a cabo por los agentes de la Guardia Civil de DIRECCION000 corroboran los daños que presentaba la vivienda de las denunciadas. Aprecia del mismo modo la juez de menores la concurrencia de una situación objetiva de riesgo, dado el temor y desazón con el que la menor Estefanía vive esta situación, según se desprende de la lectura de su propia declaración, y ello aun cuando haya mostrado cierto grado de dependencia de su pareja.

En este estado de cosas, nos encontramos con un menor que presenta déficit tanto en su relación de pareja como en su casa, admite agresiones e insultos en ambos ambientes, no estudia, no mantiene relaciones de amistad y sólo se relaciona con su pareja, agravándose la situación por el consumo de tóxicos. Es más, en el acta de exploración de fecha 29 de mayo de 2019 Onesimo mostró su conformidad con la medida de libertad vigilada, si bien rechazó la medida cautelar de alejamiento.

Pues bien, tomando en consideración los datos expuestos, a salvo lo que resulte de la investigación en marcha, y considerando la probabilidad de que se pudieran repetir episodios similares a los que han sido objeto de denuncia, esta Sala no puede razonablemente descartar la realidad de la situación de riesgo que justifica, con observancia de los principios de proporcionalidad y necesidad, la restricción parcial de la libertad que la medida adoptada comporta.

Por tanto, es evidente que la medida acordada no es sólo proporcionada, sino necesaria y acorde con el interés del menor, en los términos establecidos en el artículo 28 y concordantes de la LORPM”

## B.-IX DOBLE JURISDICCIÓN

**Enfrentamiento entre menor y adulto, con sentencia condenatoria para el menor por delito leve de lesiones y absolutoria para el mayor de edad. Se desestima recurso de acusación particular, que pretendía la condena del adulto fundándose en los pronunciamientos de la sentencia del Juzgado de menores.**

**SAP Valencia, sec. 5ª, nº 252/2019, de 23-05-2019, Pte.: Espuny Sanchís, Marta**

“La parte apelante articula su recurso contra la sentencia dictada por el Juzgado de Instrucción, que absuelve al denunciado de un delito leve de lesiones con base al error en la valoración de la prueba en el que considera ha incurrido el juzgador de instancia. Estima que a tenor de la prueba practicada, se habría evidenciado que el denunciado habría agredido al menor e invoca la sentencia dictada por el Juzgado de Menores que considera probado la recíproca agresión entre las partes así como la objetivación de las lesiones de Luis Miguel .

Conbase a lo expuesto interesa se estime el recurso interpuesto y se declare la nulidad de la sentencia, dictándose nueva sentencia que que condene a Sergio como responsable de un delito leve de lesiones previsto en el artículo 147.2 CP a la pena de un mes de multa y 15 días con cuota diaria de 20 euros y responsabilidad civil al abono de la cuantía correspondiente por los 5 días no impositivos.

El Ministerio Fiscal se ha opuesto a lo interesado por entender que la sentencia habría realizado una correcta aplicación de lo dispuesto en el artículo 741 Lecrim SEGUNDO. -

Sobre la sentencia recaída en el Juzgado de Menores número 1 de Valencia, expediente de reforma número 421/2017, cabe decir que en ocasiones se produce un enjuiciamiento por separado de menores y de mayores de edad por unos mismos hechos. Y sobre el efecto que puede tener la sentencia firme (absolutoria o condenatoria) dictada en el proceso previo respecto del ulterior, el TS de formareiterada señala que lo resuelto y probado en un proceso penal no vincula a los jueces o tribunales penales que enjuicien posteriormente los mismos hechos, salvo el efecto negativo de la cosa juzgada que impide volver a juzgar a una misma persona por los mismos hechos, pues cada proceso tiene su propia prueba y lo resuelto en uno no puede vincular en otro proceso penal diferente, a excepción del referido efecto negativo. SSTS 16 de abril de 2002 , 21 de septiembre de 1999 y 13 de diciembre de 2001 . En el mismo sentido la STS de 4 de julio de 2006 según la cual "no vincula el contenido de otra sentencia dictada en el mismo u otro orden jurisdiccional, dejando a salvo los supuestos de cosa juzgada, (efecto negativo)".

Conforme a esta jurisprudencia se ha de concluir que no puede otorgarse relevancia a las conclusiones probatorias alcanzadas en la sentencia dictada en el expediente de reforma toda vez que la valoración de las distintas declaraciones y prueba practicada constituye facultad propia y exclusiva del Juez de Instancia según señala el artículo 741 de la ley de enjuiciamiento criminal.”

## B.-XIV DILIGENCIAS PROBATORIAS DENEGADAS POR EL FISCAL

**Arts. 26.1 y 33 e) de la LORPM. En caso de denegación de diligencias de prueba por el Fiscal, el Juez de Menores sólo acordará su práctica previa a la audiencia si, además de ser procedentes, no pudieran llevarse a efecto en el plenario, sin que eso vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva.**

**AAP Cáceres, Sec 2ª, nº 126/2019, de 1-3-2019, Pte: Tena Aragón, María Félix**

“...La cuestión que se plantea a través del correspondiente recurso no deja de tener una trascendencia en el procedimiento penal en la jurisdicción de menores, y es que, aunque sin que la resolución que es objeto de recurso se aparte de la norma establecida al respecto, la cuestión debatida no queda resuelta, a criterio de este Tribunal, con esa regulación.

Partimos de que nos encontramos ante, en principio, una situación del art 26 LORPM en el sentido de que la defensa de un menor incurso en un expediente de instrucción fiscal de responsabilidad penal, durante la fase de instrucción, encuentra que una serie de pruebas que había propuesto, no se practican, ante lo que acude, en virtud de lo establecido en el precepto citado al juzgado de menores planteando la necesidad de practicar esas pruebas. La juzgadora "a quo", siguiendo lo establecido legalmente le expone la imposibilidad temporal de pronunciarse sobre la práctica de esas pruebas al no establecer ese art 26 esa posibilidad. Compartimos el criterio de la juzgadora de que al no encontrarnos ante una prueba que afecte a derechos fundamentales, ni que requiera una premura en el tiempo ante el riesgo de que desaparezca la fuente de prueba, no cabe pronunciamiento alguno sobre su admisión y práctica en ese momento. Ese es el pronunciamiento que contiene la providencia primera que se dicta sobre esta cuestión y que, por consiguiente, está acomodada a derecho al ajustarse a la redacción del art 26 y ss LORPM . Y ese es el pronunciamiento que se reitera, tanto en el auto resolutorio del previo recurso de reforma, y del que es objeto de impugnación a través de este recurso de apelación.

Sin embargo, no podemos dejar de compartir la segunda cuestión que la parte recurrente plantea, y es que conforme a la regulación legal, y el contenido del art 33 de la tan citada ley, si el juez de menores solo puede pronunciarse sobre la prueba no practicada en el período de instrucción una vez abierta la fase de trámite de audiencia, y cuando se le da traslado a las partes para formular el escrito de alegaciones, la prueba que puede practicar la juez de menores en una fase que na sea en la audiencia propiamente dicha, no es toda aquella que una de la partes haya propuesto en la fase de instrucción y el fiscal no hay practicado, sino solo la que no sea susceptible de practicarse en el acto de la audiencia, y con ello se limita la posibilidad de que con el resultado de esa prueba en un momento anterior al plenario pueda evitarse la celebración del mismo. Y ello porque, aunque la prueba se practique antes de la audiencia al no ser posible practicarla en el plenario, no podría la juez de menores, contrariamente a lo que se dice en la resolución recurrida, adoptar alguna de las otras decisiones que incorpora el art 33, ya que la letra e) de ese precepto, una vez que delimita las pruebas que pueden practicarse antes de la audiencia, y después de dar traslado de su resultado a las partes, recoge imperativamente "antes de iniciar las

sesiones de la audiencia". Es decir, como bien afirma el letrado recurrente, aunque se acceda a practicar esa prueba, la audiencia ya se va a celebrar, por eso la prueba cuya práctica puede admitir la juez son las que no pueden llevarse a efecto en las sesiones de la audiencia.

SEGUNDO. - A pesar de lo expuesto, no puede estimarse el recurso porque la resolución está plenamente acomodada a derecho. Debemos recordar que la instrucción en esta jurisdicción está encomendada al fiscal, y las resoluciones dictadas por el fiscal no son susceptibles de recurso ante la autoridad judicial, solo lo son las dictadas por la juez de menores, no por el fiscal. Si contásemos con esa posibilidad legal la disconformidad de una parte ante la no práctica de una prueba podría ser invocada ante la juez y resolverse en consecuencia, pero no es ello lo que recoge el art 26 y ss, la ley solo faculta a exponer ante el juez la propuesta no estimada en fiscalía, y solo permite a la juzgadora acordar pruebas, si esta no vulneran derechos fundamentales, o requieren una premura fundada, practicarlas antes de la fase previa a la audiencia si no pueden ser practicadas en el plenario, en caso contrario, no cabe otra solución que practicarse, si se consideran pertinentes, en la audiencia y resolver en sentencia sobre el conjunto del acervo probatorio.

Esta solución legal, en todo caso, y con independencia de que pueda resultar más o menos discutibles las soluciones recogidas en la norma, no vulnera la tutela judicial efectiva porque esa vulneración no puede retrotraerse, en su caso, a una fase prejudicial, una vez en el órgano judicial el procedimiento, la parte puede proponer las pruebas que considere oportunas, la admisión o no de las mismas será fundada, y la disconformidad de la parte se solventará a través de los correspondientes recursos. Si en el plenario que es la fase en la que deben practicarse las pruebas a tomar en consideración para dictar la sentencia se tiene igualdad y plenitud en la posibilidad de proponer y practicar prueba, no se vulnera el derecho constitucional de la tutela judicial efectiva, con independencia de la regulación y posibilidades de intervención en otras fases preprocesales."

## **C.- FASE DE AUDIENCIA**

### **C.- I.- PRUEBA**

**Carecen de valor como prueba de cargo la autoinculpación espontánea realizada por el menor a los agentes que le detienen. Acuerdo no jurisdiccional de la Sala 2ª del TS de 3 de junio 2.015**

**SAP Madrid, sec. 4ª, nº 127/2019, de 05-04-2019, Pte.: Vigil Levi, Jacobo**

"Debe señalarse desde un primer momento que no pueden ser valoradas como prueba de cargo las eventuales manifestaciones realizadas por el menor a los agentes de policía que procedieron a su detención. En este punto habremos de estar a lo razonado por el TS en su Acuerdo no jurisdiccional de la Sala 2ª del TS de 3 de junio 2.015 que establece que: "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". Esta línea jurisprudencial ha sido plasmada, entre otras, en las SSTS 487/15 de 20 de julio (Pte Berdugo Gómez de la Torre) que hace un minucioso estudio de la evolución de la jurisprudencia más reciente en la materia y 652/15 de 3 de noviembre (Pte Conde Pumpido-Touron).

### C.-I.-1 DECLARACIONES DE LOS COIMPUTADOS

**Delito contra la intimidad (art. 197 bis.1 CP). Se estima como prueba de cargo suficiente la declaración plenamente autoinculpatória de uno de los dos coexpedientados, que incrimina, a su vez, al otro acusado, a quien facilitó la clave de usuario y contraseña de una profesora.**

**SAP Zaragoza, sec. 6ª, nº 141/2019, de 24-04-2019, Pte.: Lasala Albasini, Carlos**

"...la declaración como imputado del otro expedientado Apolonio sí es prueba de cargo bastante y suficiente para sancionar al coexpedientado Aurelio .

Apolonio , reconoció su autoría y su culpabilidad, no solo en el Acto del juicio oral, sino ya desde su declaración ante la Fiscalía de Menores (folios 50 y 51), que estaba arrepentido de haber cometido los hechos enjuiciados y que fue él ( Apolonio ) el que conoció la clave de usuario y la contraseña de la aplicación SIGAD-didáctica accediendo desde el ordenador de su propio domicilio a esa Aplicación.

Señala igualmente que el puso unos comentarios injuriosos desde el ordenador de su casa y otros los puso Aurelio desde su casa.

Por tanto, el menor expedientado Apolonio , se autoinculpa libre y expresamente y confiesa que fue él quien consiguió la clave de usuario y la contraseña de la Aplicación SIGAD-Didáctica destinada a la comunicación entre profesores del Centro Esolcar IES DIRECCION000 y los padres de los alumnos de ese Centro Escolar.

Fue también Apolonio el que obtuvo la clave de usuario y la contraseña de la profesora de matemáticas, Apolonia , todo lo cual se lo comunicó al coexpedientado Aurelio .

En definitiva, el menor expedientado, Apolonio , se autoinculpa de la iniciativa en la acción, siendo el expedientado Aurelio quien le siguió en esa pesada y delictiva broma.

TERCERO.-

La Jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo ha mantenido siempre lo siguiente: "Son válidos los cargos derivados de las declaraciones de coimputados, que no provengan de finalidad autoexculpatória o animadversación" ( Sentencia de 25-3-1987 , de 14-10-1987 ; de 21-6-1989 ; de 18- 2-1989; de 11-2-1994 y de 26-2-1996 ).

En el caso que nos ocupa es evidente que en aquellas fechas (6-3-2018) ambos expedientados eran todavía amigos, tal y como declaró en el Acto del juicio oral, como testigo el Director del Centro Escolar IES- DIRECCION000 (D. Alejo ) y la profesora de matemáticas (D<sup>a</sup> Apolonia ).

Por otra parte el expedientado Apolonio , no buscaba su autoexculpación, cargando las tintas sobre su compañero Aurelio , pues su confesión fue ya iniciática ante la Fiscalía de Menores y se autoincurrió de lo peor, que fue la obtención de las claves de usuario y de las contraseñas tanto de la aplicación SIGAD-Didactica como luego de la de la profesora de Matemáticas, D<sup>a</sup> Apolonia.”

### C.- II CELEBRACIÓN EN AUSENCIA

**Se deniega la nulidad pretendida, estimando válido el juicio celebrado en ausencia del menor, por un delito leve de hurto, aplicando supletoriamente la LECrim, conforme a DF 1<sup>a</sup> LORPM. Es inadmisibile que la celebración o no de la audiencia quede al arbitrio de la voluntad del menor infractor.**

**SAP La Coruña, sec. 2<sup>a</sup>, nº 42/2019, de 24-01-2019, Pte.: Suárez-Mira Rodríguez, Carlos**

“La única alegación está relacionada con la inasistencia del menor expedientado al juicio, estimando su Letrado que la celebración del mismo en ausencia de aquél supuso una vulneración del principio de tutela judicial efectiva por indebida aplicación del art. 35.1 de la LO 5/2000 de responsabilidad penal de los menores y consecuentemente la nulidad de actuaciones, al habersele causado indefensión. Cita en apoyo de su postura la SAP de Guipúzcoa de 17.10.14 .

El Sr. Letrado apelante es conocedor de que no hay una postura unánime en las Audiencias Provinciales acerca de si es preceptiva la asistencia en todo caso al acto de la vista por parte del menor, pues mientras algunas lo exigen expresamente, otras entienden que le es aplicable el mismo régimen que a los adultos.

En efecto, el art. 35.1 citado dispone que "La audiencia se celebrará con asistencia del Ministerio Fiscal, de las partes personadas, del letrado del menor, de un representante del equipo técnico que haya evacuado el informe previsto en el artículo 27 de esta Ley, y del propio menor, el cual podrá estar acompañado de sus representantes legales, salvo que el Juez, oídos los citados Ministerio Fiscal, letrado del menor y representante del equipo técnico, acuerde lo contrario. También podrá asistir el representante de la entidad pública de protección o reforma de menores que haya intervenido en las actuaciones de la instrucción, cuando se hubiesen ejecutado medidas cautelares o definitivas impuestas al menor con anterioridad. Igualmente, deberán comparecer la persona o personas a quienes se exija responsabilidad civil; aunque su inasistencia injustificada no será por sí misma causa de suspensión de la audiencia".

De su tenor literal parecería desprenderse que es preceptiva siempre la presencia del menor en el acto del juicio, pero no así la de aquel a quien se exija responsabilidad civil, cuya inasistencia injustificada no será por sí misma causa de suspensión de la audiencia. Sin embargo, tampoco debemos olvidar lo que dispone la Disposición final primera de la LO 5/2000 en materia de Derecho supletorio: "Tendrán el carácter de normas supletorias, para lo no previsto

expresamente en esta Ley Orgánica, en el ámbito sustantivo, el Código Penal y las leyes penales especiales, y, en el ámbito del procedimiento, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en particular lo dispuesto para los trámites del procedimiento abreviado regulado en el Título III del Libro IV de la misma".

Quienes son partidarios de la primera postura suelen alegar que esta disposición final solo autoriza acudir a la ley supletoria en lo no expresamente regulado en la LO 5/2000. En el caso, sería acudir al art. 786.1 de la LECRIM, que prevé la celebración del juicio en ausencia injustificada del acusado que hubiera sido citado personalmente, o en el domicilio o en la persona a que se refiere el artículo 775, siempre que se cumplan el resto de condiciones (solicitud del Ministerio Fiscal o de la parte acusadora, oída la defensa, existencia de elementos suficientes para el enjuiciamiento, cuando la pena solicitada no exceda de dos años de privación de libertad o, si fuera de distinta naturaleza, cuando su duración no exceda de seis años). Y no sería posible -dicen- porque la LO 5/2000 prevé la necesaria presencia del menor.

No podemos estar de acuerdo. Cierto es que la LO 5/2000 prevé la asistencia del menor cuando relaciona las personas e instituciones que han de estar presentes en la audiencia: "La audiencia se celebrará con asistencia del Ministerio Fiscal, de las partes personadas, del letrado del menor, de un representante del equipo técnico que haya evacuado el informe previsto en el artículo 27 de esta Ley, y del propio menor,...". Pero resulta que también el propio artículo 786.1 de la LECRIM prevé la presencia del acusado, y por cierto, con mucha mayor contundencia que la ley de responsabilidad penal de los menores al decir "La celebración del juicio oral requiere preceptivamente la asistencia del acusado y del abogado defensor...". Pero, a diferencia de la ley de menores, la de adultos prevé un régimen para el caso de incomparecencia injustificada que ésta no prevé. Y como no lo prevé, es procedente acudir al Derecho supletorio con las debidas adaptaciones, pues de no hacerse, se estaría dejando a la libérrima voluntad del menor la decisión de comparecer o no comparecer, lo que es inadmisibles tanto para su propio proceso educativo, transmitiéndosele, en caso de suspensión y nueva citación, un mensaje de subordinación de las instituciones (en este caso las judiciales) a sus caprichos y lesionando al mismo tiempo otros intereses como los de las víctimas, así como el derecho a un proceso con todas las garantías y sin dilaciones indebidas.

En el caso en examen, en que la madre del menor sí compareció a la audiencia como responsable civil, éste fue debidamente citado en su domicilio y en la cédula se advertía expresamente de la posible celebración en ausencia en caso de no comparecer; se le imputaba un delito leve de hurto en grado de tentativa con una petición de 6 meses de libertad vigilada y 6 meses de tratamiento ambulatorio; la Fiscal de menores solicitó la celebración en ausencia y la defensa fue oída. Es decir, se cumplieron todos los requisitos legalmente exigidos para que no fuera necesaria la suspensión del acto, por lo que no hay nulidad de clase alguna."

**La AP de Madrid admite la celebración en ausencia, como excepción, sólo para los delitos leves y no en todos los casos, sino en función de las circunstancias. En este confirma la sentencia y deniega la nulidad, pues el menor fue citado personalmente y la defensa nada opuso a que se celebrase en ausencia.**

**SAP Madrid, sec. 4ª, nº 83/2019, de 12-03-2019, Pte.: Vigil Levi, Jacobo**

“Se plantea de nuevo la cuestión relativa a la posibilidad de celebrar la audiencia prevista en la LORPM en ausencia del menor expedientado. Esta cuestión ha sido recientemente analizada por la Sala en sentencia nº 56/19 de 21 de febrero que introduce una modulación en la tesis mantenida hasta la fecha por esta Sección.

La resolución citada comienza recordando que no existe en la LORPM una previsión expresa en orden a la celebración de la audiencia en ausencia del menor expedientado. No obstante coexisten dos interpretaciones desarrolladas a partir del artículo 35 de la mencionada norma. La primera entiende que no cabe celebrar la audiencia en ausencia del menor expedientado puesto que el artículo 35 de la LORPM exige su presencia, interpretación que es además acorde con el sentido educativo que tiene todo el procedimiento de reforma y que resulta también de la presencia del menor en el acto de la audiencia. Son exponentes de esta interpretación las sentencias de esta misma Sección de 21 de diciembre de 2004 y 24 de noviembre de 2005 así como la reciente sentencia de la AP de Guipuzcoa nº 315/14 de 14 de diciembre que cita la recurrente.

Una segunda línea interpretativa asume la posibilidad de celebrar la audiencia en ausencia del menor debidamente citado, por extensión analógica a la previsión formulada en el artículo 786.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . Esta línea interpretativa se basa en el interés del menor incompatible con la excesiva duración del procedimiento y en la doctrina expuesta por el ATC 148/1999 así como en la Circular FGE 1/2007 y son exponentes de la misma, tal como se refiere en nuestra sentencia antes citada, las SAP de Santa Cruz de Tenerife de 20 de febrero de 2004 , la SAP de La Coruña de 28 de enero de 2016 , y como más recientes, las SSAP de Córdoba de 15 de mayo de 2018 y de Valencia de 11 julio de 2018 .

Esta Sección, asumiendo la primera de las dos líneas de interpretación expuestas, ha venido sin embargo admitiendo la posibilidad excepcional de celebrar la audiencia en ausencia del menor expedientado cuando se trata de enjuiciar faltas, en consideración a la desproporción que en este caso se da entre la gravedad del hecho enjuiciado y las medidas cautelares que pudieran adoptarse para forzar la comparecencia del menor. Así las sentencias de esta Sala 185/07 de 27 de septiembre y 52/14 de 18 de febrero .

Nuestro criterio ha sido por tanto el de admitir el enjuiciamiento en ausencia respecto de las antiguas faltas, equiparables a los delitos leves por aplicación de la DA 2ª a la LO 1/15 de 30 de marzo . Sin embargo, en la sentencia 56/19 de 21 de febrero queremos delimitar ulteriormente este criterio, restringiéndolo a supuestos excepcionales y sin que pueda hacerse una aplicación sistemática y generalizada de la posibilidad de celebrar la audiencia en ausencia aun para los delitos leves. Se trata de evitar una interpretación automática y de ponderar las concretas circunstancias del caso, las alegaciones formuladas y en fin las circunstancias del menor y del hecho, para valorar en cada caso tal posibilidad. Se dice así en la sentencia citada que "Dicho de otro modo, la excepción no puede convertirse de hecho en regla. Sin duda tiene sentido admitir el enjuiciamiento en ausencia en caso de delitos leves cuando hay una causa justificada como es, por ejemplo, que el menor resida en un lugar

geográficamente distante de la sede del Juzgado de Menores, y desde luego cuando lo pida el menor, con el asesoramiento de su defensa letrada, por otra causa justificada; e incluso, cuando se trate de menores entre 14 y 15 años, con el consentimiento de sus legales representantes; y en general, cuando la defensa del menor no se oponga a la celebración de la audiencia sin la presencia del menor expedientado. También cabe admitir la celebración de la audiencia sin la presencia del menor cuando constando su citación y constando igualmente que ha sido informado con claridad de las consecuencias adversas que para su derecho de defensa puedan derivarse de su incomparecencia injustificada, la oposición de la defensa letrada del menor a la celebración sea meramente retórica y constituya un manifiesto abuso de derecho, es decir, dirigido solo a impedir, perjudicar o dilatar injustificadamente el enjuiciamiento, y siempre que el menor haya sido oído anteriormente en la fase de instrucción y entrevistado por el Equipo Técnico a fin de posibilitar una evaluación rigurosa de sus circunstancias personales, familiares y sociales".

En el caso analizado consta que la menor recurrente fue citada personalmente (f 136). Consta también que concurrió al acto de la audiencia su Letrado. Finalmente, puesta de manifiesto por la juzgadora la ausencia de la menor, su defensa no formuló ninguna objeción a la continuación del acto en su ausencia (min 0:20 del acta).

La actitud de la defensa es de especial importancia en este tipo de supuestos en los que la alternativa a la celebración de la audiencia en ausencia es, posiblemente, la adopción de medidas restrictivas de la libertad del menor. Por esta razón, las alegaciones que puedan formularse en orden a informar acerca de los motivos de la incomparecencia, pero también del interés del menor a asistir, son relevantes a la hora de ponderar los distintos intereses en juego. Si la defensa no se opone a la celebración del acto, y la acusación así lo ha solicitado, difícilmente puede justificarse la adopción de medidas tendentes a conducir forzosamente al menor. Por este motivo la sentencia 56/19 de 21 de febrero refiere la posibilidad de celebrar la audiencia en ausencia "en general, cuando la defensa del menor no se oponga a la celebración de la audiencia sin la presencia del menor expedientado".

Además el artículo 790.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al que debemos remitirnos ante la falta de previsión expresa del artículo 41 de la LORPM, establece que "Si en el recurso se pidiera la declaración de nulidad del juicio por infracción de normas o garantías procesales que causaren la indefensión del recurrente, en términos tales que no pueda ser subsanada en la segunda instancia, se citarán las normas legales o constitucionales que se consideren infringidas y se expresarán las razones de la indefensión. Asimismo, deberá acreditarse haberse pedido la subsanación de la falta o infracción en la primera instancia, salvo en el caso de que se hubieren cometido en momento en el que fuere ya imposible la reclamación". En este caso no es solo que no se protestara la decisión de continuar la celebración de la audiencia en ausencia de la menor, sino que su defensa se mostró expresamente conforme con esta decisión.

Por los motivos expuestos, la pretensión de nulidad ha de decaer.

### C.-XI CONDENA EN COSTAS

**La condena en costas se limita al menor expedientado, pero no es extensible –como pretende la acusación particular- a sus representantes legales con carácter solidario, conforme a la Circular 9/2011 FGE.**

**SAP Granada, sec. 1ª, nº 571/2018, de 12-12-2018, Pte.: Ginel Pretel, Rosa María**

“...La acusación particular ejercitada por la menor y su padre interesan que la condena al acusado de las costas procesales causadas por la acusación particular se haga extensiva con carácter solidario a los representantes legales del menor condenado. Ello no es posible, pues las costas procesales se imponen al acusado condenado, a la persona que comete el delito, como establece el art 240.2 de la Lecrim y el art 123 del CP, no a los representantes legales. Señala la Circular del Ministerio Fiscal nº 9/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores que "... el argumento fundamental para defender la aplicación de las disposiciones sobre condena en costas contenida en los art 239 a 246 de la Lecrim y 123 y 124 del CP es el de que la falta de regulación supone la activación de la aplicación de la Lecrim y del CP conforme a la previsión contenida en la Disposición Final Primera de la LORPM . Por los mismos motivos no cabe hacer extensiva la condena en costas del menor a los terceros responsables civiles. La condena en costas no abarcara en principio (con las excepciones previstas en el art 32 apartado quinto de la Lecivil ) los gastos de procurador, habida cuenta que su intervención no es preceptiva. Para que el Juzgado e Menores pueda condenar en costas incluyendo las devengadas por la acusación particular o por el actor civil es necesario que exista un a petición por el interesado en tal sentido, salvo que se trate de delitos unicamente perseguirles a instancia de parte (ver SSTS nº 37/2006 de 25 de Enero ; 1784/2000 de 20 de Enero ; 1845/2000 de 5 de Diciembre; y 560/2002 de 28 de Marzo ). La inclusión de los gastos generados por acusación particular ha de estimarse procedente salvo que su intervención haya sido notablemente perturbadora y sus peticiones absolutamente heterogéneas en relación con las acogidas en la sentencia. La inclusión de la condena en costas de las devengadas por la acusación particular es la general. El el apartamiento de la regla general el que debe de ser especialmente motivado, porque la actuación de esa acusación haya resultado notoriamente inútil o superflua o se hayan formulado pretensiones absolutamente heterogéneas respecto a las conclusiones aceptadas en la sentencia ( STS 444/2010 de 17 de Marzo). Caso distinto es la responsabilidad civil para la que si establece la ley una responsabilidad solidaria de los padres o representantes legales.”

**La AP revoca la imposición de costas a la acusación particular (ADIF), acordada inicialmente por el Juzgado de Menores, al estimar, en contra del criterio del *Juez a quo*, que no existió temeridad o mala fe.**

**SAP Valencia, sec. 5ª, nº 2/2019, de 07-01-2019, Pte.: Rojo Olalla, Jesús Leoncio**

“En cuanto al criterio legalmente fijado para evaluar la procedencia de imponer al querellante -o al actor civil-, la obligación de abonar las costas generadas con ocasión de la tramitación de cualquier procedimiento, nuestra STS n.º 169/2016 de 2 de marzo (RJ 2.º), resumía las premisas afectadas, en los siguientes términos:

"1.- Para resolver la cuestión planteada es necesario partir de dos premisas generales. La primera, que nuestro sistema procesal, partiendo de una concepción de la promoción de la persecución penal como poder también de titularidad ciudadana ( artículo 125 de la Constitución), se aparta de aquellos sistemas que reservan al Estado, a través del Ministerio Público, la promoción del ius puniendi, ese sí de monopolio estatal. La segunda, y por ello, en la actuación de aquel poder reconocido a los ciudadanos, ha de ponderarse la concurrencia del ínsito derecho a la tutela judicial, bajo la manifestación de acceso a la jurisdicción, con el contrapunto de no someter a los denunciados a la carga de un proceso como investigados o, después, imputados sin la apreciación de causas más o menos (según el momento del procedimiento) probables.

Por otra parte, tal fundamento y contexto del reconocido derecho a ser parte acusadora, deriva en el reconocimiento de una total autonomía en cuanto al estatuto que como parte se reconoce al acusador no oficial.

2.- De lo anterior deriva el sistema de regulación de la eventual imposición a cargo del acusador no oficial de las costas ocasionadas al acusado absuelto. La fuente normativa viene constituida por el artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Pero la misma exige una interpretación que jurisprudencialmente se ha ido configurando en las siguientes pautas que extraemos de las múltiples sentencias dictadas por esta Sala.

Dos son las características genéricas que cabe extraer: a) que el fundamento es precisamente la evitación de infundadas querellas o a la imputación injustificada de hechos delictivos, y b) que, dada las consecuencias que cabe ocasionar al derecho constitucionalmente reconocido antes indicado, la línea general de viabilidad de la imposición ha de ser restrictiva.

El punto crucial viene a ser la precisión del criterio de temeridad y mala fe a los que remite el artículo antes citado...

(...) En la apreciación restrictiva y en la motivación exigida para la imposición, el argumento de la Juez a quo ha consistido en atribuir a la acusación particular el conocimiento de que frente a sus afirmaciones en distintos escritos, incluida la apelación del sobreseimiento, donde dice que al menor se le ve manipular el cableado de tomas de tierra en diferentes puntos y que porta herramientas, sabia, sin embargo, que no es tal la imagen que trasladan los fotogramas de los folios 110 a 114 y que las herramientas las llevaba dentro de una bandolera según resulta del atestado. Es decir, la Juez a quo, acorde a lo que dice el T.S. que es la mala fe, viene a sostener que la acusación particular procede así al realizar e insistir en efectuar atribuciones fácticas de comportamiento ilícito respecto de las que era consciente que no se correspondían con la realidad y que así se desprendía del tenor de los fotogramas presentados y de la información policial.

En esa perspectiva no se puede compartir el discernimiento de la Juez a quo porque la acusación particular no ha manipulado ni distorsionado la prueba para

trasladar a los tribunales una impresión que los propios órganos judiciales no pudiesen percibir ni, también en palabras del T.S., es asumible que la acusación particular pudiese tener la convicción de que el menor no hubiese participado en el ilícito.

La entidad ADIF se ha limitado a efectuar su particular valoración por la conducta que adopta el menor en lugar que en modo alguno es propio para su presencia - zona de peligro, vallada y reservada para la circulación de trenes de alta velocidad- y con comportamientos -capucha sobre la cabeza, se agacha junto a cajas de acceso a red eléctrica y posee herramienta- que resultan altamente compatibles con ilícito propio de sustracción de cableado detectado en esas fechas y zona y que pudiera representar la preparación del terreno para posteriores o nuevos apoderamientos por él o por terceros. Es aceptable que ADIF creyese que el menor participaba en la sustracción de cableado y que por tal motivo diese la interpretación que otorga a su presencia y comportamiento en la zona acotada de paso del tren.

La insuficiencia de la prueba no es inexistencia ni implica la perversa intención de la acusación no oficial de llevar a juicio a quién se estima razonablemente ajeno a ilícito. La experiencia forense pone de manifiesto la celebración de juicios en que en el último momento el acusado se niega a aceptar un acuerdo del que se llega a dar lectura en sala, resultando luego que el juicio finaliza con sentencia absolutoria por ausencia severa de prueba del hecho.”

#### **D.- FASE DE EJECUCIÓN**

##### **D.- I.- QUEBRANTAMIENTO DE MEDIDA**

**El reiterado incumplimiento de un adulto de la medida de libertad vigilada, impuesta por hechos cometidos siendo menor, justifica la deducción de testimonio por delito del art. 468.1 del CP. La competencia para dilucidar si es delito corresponde al Juzgado de Instrucción y Juzgado de lo Penal.**

**AAP Asturias, sec. 2ª, de 12-12-2018, nº 713/2018, Pte.: Carbajo González, Julio**

“...El recurso de apelación interpuesto contra el Auto de 17 de octubre de 2018 dictado por el Juzgado de Menores de Oviedo pretende dejar sin efecto el pronunciamiento contenido en el mismo, en virtud del cual se acuerda deducir testimonio de lo actuado para su remisión al Juzgado Decano de los de DIRECCION001 por un posible delito de quebrantamiento de condena.

El interesado, Luis Antonio , fue condenado por sentencia dictada en fecha 8 de mayo de 2018 por el Juzgado de Menores de Oviedo , como autor de un delito leve de lesiones, imponiéndosele la medida de tres meses de libertad vigilada, así como la obligación de indemnizar, de forma conjunta y solidaria con su progenitor, a la víctima. Para dar cumplimiento a la medida indicada, por parte de la Asociación Centro DIRECCION000 , Programa de Medio Abierto, se realizó una propuesta de programa individualizado de ejecución de la medida, en el que se efectuaba una evaluación inicial del menor, se indicaban las necesidades detectadas en el individuo, se marcaban unos objetivos, se fijaban unas actividades, se describían los recursos implicados y se establecía un seguimiento para supervisar la evolución del menor, pautándose sesiones

tutoriales con una frecuencia mínima semanal. El programa marcaba como fecha de inicio el 28 de junio de 2018 y, dado que se acordó en sentencia una medida de tres meses de duración, su finalización estaba prevista para el 28 de septiembre del mismo año. En fecha 6 de agosto de 2018 se eleva, por parte del indicado Centro, informe de incidencias de medida en el que se pone de manifiesto que "el joven no acude a las citas programadas para dar desarrollo a la Medida Judicial de Libertad Vigilada", indicándose que no se presentó a las citas programadas para los días 26 de julio y 2 de agosto, a pesar de los esfuerzos relatados por el Centro para contactar telefónicamente con él y para ajustar las citas a un horario que le resultara más conveniente. La conclusión contenida en el informe es que Luis Antonio no se encuentra cumpliendo la Medida Judicial de Libertad Vigilada. Requerido por el Juzgado para el cumplimiento de la medida, y advertido de que la persistencia en su conducta de irregular cumplimiento podría estimarse como quebrantamiento de la medida, el menor manifestó, entre otra cosas, que no había acudido a las tutorías, que está trabajando de comercial y sale muy tarde, y que tiene que hablar con el tutor. Con posterioridad, se eleva nuevo informe del Centro DIRECCION000 , en el que se comunica, a fecha 3 de septiembre de 2018, que el interesado sigue sin acudir a las citas programadas durante el mes de agosto y que, desde el inicio del programa, el menor se ha presentado únicamente a una tutoría, el día 12 de julio. A la vista de todo ello, el Ministerio Fiscal, de conformidad con lo informado por el Equipo Técnico del Juzgado, atendida la situación de Luis Antonio , que alcanzó la mayoría de edad el 16 de julio de 2018, dado que ya había cumplido medidas con anterioridad y que, por la entidad de la infracción cometida, no cabe su sustitución por otra más gravosa, solicitó al Juzgado de Menores que se acordara dejar sin efecto el periodo de libertad vigilada incumplido, sin perjuicio de que se remitieran las actuaciones al Juzgado de Instrucción por si los hechos fueran constitutivos de un quebrantamiento de medida ocurrido durante su mayoría de edad. Por el Juzgado de Menores se acogió íntegramente lo interesado por el Ministerio Fiscal en el Auto objeto de apelación en esta alzada. SEGUNDO. -Siendo todo ello así, no cabe acoger los argumentos desplegados por la representación del recurrente, que se esfuerza en considerar, no como quebrantamiento de medida, sino como puro incumplimiento de la misma la conducta de quien, como es el caso, no se presenta el día o la hora señalados para hacerla efectiva, por las razones que a continuación se exponen. Primera, porque no puede pretenderse que la conducta de quien no se presenta a ninguna de las citas programadas semanalmente, a pesar de las constantes llamadas telefónicas efectuadas para ajustar horarios, no genera más que un simple incumplimiento que no conlleva ninguna relevancia jurídica; en principio, los hechos podrían subsumirse en el artículo 468.1 del Código Penal, como así sostiene el Ministerio Fiscal; la inconcreta alegación realizada por el recurrente, de que se encontraba trabajando, podría no parecer suficiente para exonerarle de las graves consecuencias que podrían derivarse de su decisión, pues no manifestó ni horarios ni días de descanso, ni la más mínima preocupación por compatibilizar su jornada laboral con la asistencia a las citas programadas en cumplimiento de la medida judicial impuesta. Segunda, porque la alegación que se efectúa en el recurso, al artículo 50 de la LORPM , no resulta de aplicación, dado que la previsión de reingreso en centro del que se hubiera evadido no cabe en el presente caso, y no debe olvidarse, además, que el menor había alcanzado

la mayoría de edad por lo que no es posible la sustitución de la medida por ninguna otra. Y tercera, porque, como acertadamente manifiesta el Ministerio Fiscal en el escrito de impugnación al recurso presentado, la determinación de si el incumplimiento de la medida constituye o no un delito de quebrantamiento de medida, contemplado en el artículo 468.1 del Código Penal, no es algo que corresponda realizar en este trámite sino que corresponderá en su caso al Juzgado de Instrucción o de lo Penal competente para el enjuiciamiento de los hechos. Por todas las razones expuestas, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto y confirmar en su integridad el Auto recurrido.”

## **E.- RESPONSABILIDAD CIVIL**

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

**Responsabilidad civil de la Diputación Foral de Guipúzcoa, que ostenta la guarda de hecho del menor (condenado por robo con violencia y lesiones), aunque este no permaneciera ni un día en centros de protección, por sucesivas fugas tras sus ingresos de urgencia.**

**SAP Guipúzcoa, sec. 1ª, nº 261/2018, de 27-12-2018, Pte.: Barbarín Urquiaga, María Josefa**

“...la responsabilidad civil impuesta en la sentencia, debe ser atribuida al ente foral, en la condición de éste de guardador de hecho del menor.

Se trataba de un menor extranjero, no acompañado de familiar alguno, previamente reseñado como tal Felicísimo en el registro administrativo correspondiente, quién en fecha 7 de Julio del 2017 se había presentado en la Guardia Municipal comunicando que era menor, determinando de esta forma su primer ingreso en el referido centro, DIRECCION000 , en fecha 8 de Julio del 2017.

A partir de este momento temporal, consta en las actuaciones una ocasión posterior, Septiembre del 2017 en la que se produjo un segundo ingreso, acompañado de una posterior fuga del menor del referido centro, hasta que en fecha 18 de Noviembre del 2017, ingresó en el centro educativo DIRECCION002 , para el cumplimiento de medidas judiciales.

El primer ingreso del menor en el referido centro de acogida se produjo, como venimos señalando en Julio, un segundo en Septiembre, y los hechos que aquí se están enjuiciando son de fecha 17 de Septiembre del 2017.

En este mismo sentido, consta en el folio 100 y siguientes de las actuaciones, incorporado por la propia Diputación Foral de Guipúzcoa, los sucesivos ingresos del menor en el Centro DIRECCION000 .

Entendemos que, más allá de la ausencia de declaración formal de desamparo, y a falta del resto de responsables que menciona el precepto, debe ser la citada entidad pública, en su condición de guardadora de hecho del menor, la que asuma la condena civil por los actos ilícitos cometidos por el menor cuya guarda de hecho provisional ostentaba.

La mayor o menor diligencia, por otro lado, del ente foral en la investigación de las concretas circunstancias personales de quién según la documentación policial obrante en autos estaba filiado como menor, y la ulterior declaración de

su situación legal de desamparo, entendemos que no puede ser causa de exclusión de responsabilidad. La falta de diligencia de la entidad pública en la comprobación de las concretas circunstancias del menor, y, en su caso, en la efectiva intervención sobre el mismo, no puede ser causa de exclusión ni exoneración de su responsabilidad.

En cualquier caso, la falta de comprobación de estas circunstancias, entendemos que tampoco puede perjudicar el derecho al debido resarcimiento de las víctimas.

En este sentido, en último término, tampoco podría aplicarse la causa de moderación de la responsabilidad contemplada en el último apartado del art. 61.3 de la LORPM que literalmente establece: "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."

Nada se ha alegado ni acreditado por la entidad pública en este sentido, que contribuya a su moderación de responsabilidad: ninguna intervención realizaron sobre el menor desde que en julio del 2017 ingresó por primera vez en el centro de acogida para menores en situación de desamparo."

### **E.- II.-3 MODERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD**

**Inversión carga probatoria. Se rechaza moderar la responsabilidad civil de los progenitores, pues estos no han acreditado que adoptaran las precauciones necesarias para evitar la conducta delictiva del menor.**

**SAP Alicante, sec. 2ª, nº 14/2019, de 14-01-2019, Pte.: Guirau Zapata, Francisco Javier**

"Manifiesta la sentencia de instancia que "Ninguna prueba se ha aportado de la existencia de un determinado sistema de control y supervisión del menor por parte de los padres y de que los mismos utilizaran todos los recursos a su alcance para prevenir daños como el producido.....no se han aportado elementos concretos y tangibles que permitan valorar su buena gestión del proceso de educación del menor y la adecuada supervisión de su conducta, no genéricamente sino en relación a circunstancias directamente relacionadas con el supuesto litigioso, que aconsejen esa atenuación en la responsabilidad civil".

No puede prosperar este motivo de impugnación, pues, como manifiesta reiterada jurisprudencia de las Audiencias Provinciales (por todas, la Sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Asturias de fecha 26 de mayo del año 2005 o la Sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de fecha 10 de febrero del 2009 ) la facultad de moderación debe ser rechazada cuando no se han acreditado cumplidamente las circunstancias que deben justificar dicha moderación, dándose un supuesto de inversión consiguiente de la carga probatoria, de manera que es a quien solicita la moderación de la responsabilidad civil a quien corresponde acreditar que ha empleado las precauciones adecuadas para impedir el evento dañoso, sin que, en el presente caso se haya acreditado que los padres hubieran actuado con la diligencia suficiente para justificar su petición de moderación del importe de la responsabilidad civil, recordándose la doble finalidad de la actual regulación, pues por un lado se amparan los derechos de las víctimas eximiéndolas de tener

que probar la culpa del responsable civil, protegiéndola asimismo de la más que probable insolvencia del menor infractor, mientras que por otro se busca una mayor implicación de los padres y demás responsables en el proceso de socialización de los menores, responsabilizándolos de las consecuencias civiles que los menores cometan al transgredir los deberes que tienen sobre ellos. Comparte la Sala el criterio sustentado por la Magistrada de Menores cuando entiende que no concurren circunstancias que, de un modo u otro, puedan justificar la no operatividad del principio general establecido en el artículo 61.3 de la LO que señala que los progenitores responderán solidariamente de los daños y perjuicios causados por el menor, correspondiendo a los padres acreditar que han empleado las precauciones adecuadas para impedir la actuación delictiva del menor.”

## **E.-II.-6 SUJETOS RESPONSABLES. SOLIDARIDAD**

### **E.-II.-11 PLURALIDAD DE RESPONSABLES**

**Concurrencia de responsables civiles. Responsabilidad civil solidaria de progenitores y entidad pública de protección. Orden no excluyente del art. 61.3 LORPM.**

**SAP Baleares, Sec. 2ª nº 161/2019, de 3-4-2019, Pte.: Jiménez Vidal, Juan**

“...Entiende el apelante que el artículo 61.3 LORPM debe interpretarse en el sentido de que el sujeto que debe responder es el que ejerce la guarda en el momento del daño, es decir, en este caso, el titular del centro de protección de menores 4x4 en el que estaba residiendo en régimen de guarda permanente el menor en el momento de ocurrir los hechos...

...

cabe plantearse si el orden que establece el artículo 61.3 de la LORRPM es excluyente respecto del subsiguiente o no, es decir, si se puede exigir responsabilidad civil a varios de los distintos grupos que recoge el precepto o no, ya que así parece desprenderse de los términos utilizados por el legislador al introducir en la redacción del precepto la expresión "... por este orden". Del análisis de la doctrina y de la jurisprudencia se podría considerar la existencia de tres sistemas distintos: 1.- La tesis del orden excluyente en la que la existencia de miembros de un grupo anterior excluye la de los siguientes; 2.- La tesis del orden acumulativo que no impide establecer una responsabilidad solidaria de miembros de las distintas categorías nombradas en el artículo 61.3 y, finalmente, 3.- La tesis de la gestión efectiva del proceso educativo, según la cual serán responsables civiles solidarios los miembros de las categorías nombradas que en el momento de suceder los hechos delictivos eran los gestores reales del proceso educativo del menor, independientemente de la existencia de miembros de categorías anteriores.

Estos problemas de determinación de responsables se presentan con especial intensidad en los supuestos de concurrencia de padres biológicos u otros potenciales responsables junto con el titular del centro docente, cuyos profesores y directores actúan como verdaderos guardadores de hecho cuando los menores se hallan bajo la dependencia y tutela de los mismos. Existen resoluciones que parecen inclinarse por la imposibilidad de responsabilidad acumulada de los

distintos responsables potenciales, decantándose por imponerla exclusivamente a la Comunidad Autónoma en caso de centros de su titularidad. Así, por ejemplo, en un supuesto de menor tutelado por la Entidad Pública se ha considerado que responde solidariamente con el menor la Comunidad Autónoma pero no los padres (sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de fecha 23- 12-2002 y sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de fecha 09-06-2004 ) y en el mismo sentido la Audiencia Provincial de Álava de fecha 16-06-2009 (nº 186/2009, rec. 15/09 ) establece únicamente la responsabilidad de la Entidad Pública de Protección de Menores en relación con un menor respecto del que asumió la guarda, aunque el delito fue cometido por el menor mientras estaba pasando unos días con su madre biológica. Por el contrario, también existen resoluciones judiciales en las que ante menores tutelados por las Comunidades Autónomas por una declaración de desamparo basada en el incumplimiento de las obligaciones inherentes a la patria potestad se ha optado por condenar de forma conjunta y solidaria a la Comunidad Autónoma y a los padres (sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de fecha 24 de febrero de 2005 y sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de fecha 10 de junio de 2008 ).

Para esta Sala una interpretación literal de la norma lleva a una responsabilidad excluyente en atención al orden que dicha norma establece, pero siguiendo el criterio mantenido por una gran parte de Audiencias Provinciales del país (podemos citar a modo de ejemplo las Sentencias de la AP de Málaga (Sección 8ª) 572/09 JUR 2010\211336 , de 9 de noviembre y 654/2011, de 10 de diciembre JUR 2012\82765 ; Sentencia 248/2010 de AP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 6ª) de 12 de mayo de 2010 JUR 2011\10151 , AP de Almería de 8 de julio de 2011 , Álava, sentencia no 46/2009 de 13 de febrero y AP de Pontevedra - Sección 2ª - nº 43/2011 JUR 2011\158640). Partiendo de una interpretación lógica y sistemática nos conduce a entender que lo que el legislador ha pretendido es que la responsabilidad de orden civil recaiga, de entre aquellas personas que en el artículo 61.3 se enumeran, en la que en el momento de causarse los daños por el menor ejerciera sobre el mismo los contenidos de la patria potestad, o alguno de ellos. El fundamento de esa responsabilidad conjunta y solidaria por parte de personas o entidades integradas en distintas categorías de sujetos respondería al control, siquiera potencial, que pueden ejercer sobre la conducta del menor y por tanto la posibilidad que tienen para prevenir y evitar sus actos ilícitos generadores de una conducta dañosa, pues sería absurdo, por ejemplo, el atribuir a unos padres a quienes se les hubiera privado de la patria potestad la obligación de responder por los daños y perjuicios causados por un hijo cuya guarda y custodia se hubiera encomendado a un tutor.... De ahí que el orden previsto legalmente en el artículo 61.3 no supone un orden de exclusión automática y sucesiva, de modo que existiendo padre se excluya al tutor, al acogedor o guardador, pues ello sólo sería así, si la existencia del mismo va acompañada del ejercicio de la totalidad o haz de facultades conjuntas que integran la patria potestad. Por el contrario, si parte de las facultades se delegan manteniendo una facultad de superior vigilancia y cuidado, lo propio es compartir responsabilidades, debiendo en todo caso responder de forma solidaria y sin perjuicio de las acciones civiles que puedan corresponder entre sí a los corresponsables solidarios.

En suma, hemos de partir de la posibilidad de concurrencia de distintos responsables, siempre que participaran en el proceso de gestión educativa del

menor y ejerzan sobre el mismo un control, aunque sea potencial, de su comportamiento.

Estas sentencias desarrollan lo que se establece en la anterior en orden a determinar las personas y entidades que deben responder de forma solidaria de los daños derivados de la acción delictiva. Realmente el último párrafo citado sintetiza perfectamente la doctrina aplicable. Su aplicación al caso concreto debe conducir a la condena solidaria por la responsabilidad civil contraída por el menor del IMAS, que ostentaba la patria potestad sobre el menor, de la compañía aseguradora del riesgo, y de la Comunidad Autónoma en cuyas instalaciones se encontraba internado en régimen de semilibertad de las que se fugó.

En el presente caso, por los mismos motivos, la responsabilidad civil solidaria alcanza al padre del menor que conserva la patria potestad. A lo anterior se suma que la Letrada apelante actúa en representación y defensa del menor R\*\*\*\*\*, sin que alegue legitimidad alguna para formular pretensiones a través del recurso de apelación a favor del padre del mismo, C\*\*\*\*\*. En consecuencia, se ratifica la condena de dicho progenitor en los términos que la resolución impugnada recoge.”

## E.-II.-10 COMPENSACIÓN DE CULPAS

**Aunque en las agresiones recíprocas proceda la compensación prevista en el art. 114 CP, en este caso no, pues una de las menores contendientes sí tuvo lesiones, pero la otra no consta que sufriese lesión alguna.**

**SAP Valencia, sec. 5ª, nº 244/2019, de 22-05-2019, Pte.: Rojo Beltrán, María Pilar Esther**

“...se alega improcedencia de la responsabilidad civil establecida en sentencia, procediendo la compensación en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1156 del C Civil. Lo que se plantea es la aplicación al caso de lo dispuesto en el art 114 CP que dice: Si la víctima hubiere contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido, los Jueces o Tribunales podrán moderar el importe de su reparación o indemnización.

Cuando la víctima de una infracción penal dolosa, sea, a su vez y al propio tiempo, responsable de otra infracción cuya víctima sea la misma persona autora de la primera, como ocurre en los supuestos de agresiones recíprocamente aceptadas sufriendo lesiones ambos contendientes y siendo los mismos condenados como autores de sendas infracciones, si será factible la compensación, incluso total, ya que en estos supuestos los responsables penales y al propio tiempo víctimas, sin duda contribuyen con su conducta a la producción de los daños y perjuicios que sufran al existir una evidente relación de causalidad entre sus actos y esos daños y perjuicios. Pues bien, en el presente supuesto si bien ambas menores se acometieron mutuamente, no sufrieron lesiones de idéntica o similar entidad; de hecho, la menor Benita no consta acreditado que sufriera lesión alguna, por lo que difícilmente puede haber lugar a la ponderación que se postula.”

## F.- RECURSOS

**Se desestima recurso contra auto de incoación de expediente, pues el momento de valorar si procede o no el sobreseimiento es cuando concluye el Fiscal la instrucción, no con el parte de incoación del art. 16.2 LORPM.**

**AAP Valencia, sec. 5ª, nº 703/2019, de 28-06-2019, Pte.: Rojo Olalla, Jesús Leoncio**

“Conforme a los arts. 16-1 a 3 y 30 de la LORPM, es el Mº Fiscal quién incoa el expediente y quién a su conclusión lo remite al Juzgado de Menores, bien con propuesta de audiencia, bien con propuesta de sobreseimiento, bien con resolución de archivo por no tener el hecho entidad delictiva o por no existir autor conocido.

Como resulta del oficio y del acuerdo de Fiscalía que se acompaña en estos autos, es notorio que al tiempo de librar el oficio en que se da cuenta de la incoación del expediente, no se ha concluido la instrucción y, por tanto, no se eleva al Juez de Menores propuesta alguna del trámite a seguir y, en particular, en cuando al fondo de los autos.

Habida cuenta de la dicción que se recoge en el oficio sobre la responsabilidad civil, parece que el Mº Fiscal solo pretende la dación de cuenta de la incoación de expediente a los efectos de apertura de pieza de responsabilidad civil en el que la adopción de medidas compete en exclusiva al Juez de Menores conforme al art. 64 de la LORPM.

Es verdad que en principio y por la dicción del art. 16-3 de la LORPM, parece que la dación de cuenta de la incoación del expediente en Fiscalía se ha de corresponder con el momento en que el Mº Fiscal tenga cerrada la instrucción. Sin embargo y ante la realidad de que no es el caso en el supuesto de autos, se acoge lectura de la Juez a quo en el sentido de que la dación de cuenta del art. 16-3 de la LORPM está también dirigida a formación de piezas con medidas cautelares, es decir, aquellas que tienen por objeto asegurar el buen fin de un posible pronunciamiento en una futura sentencia condenatoria y cuya práctica está vetada al Mº Fiscal según resulta del art. 64 del reiterado texto legal, y cuya adopción, en función de la urgencia, no requieren que la instrucción esté concluida.

Consecuencia de lo expuesto es que, como viene a decir la Juez a quo, la resolución apelada es de mero trámite en cuanto a la resolución sobre el fondo del procedimiento. La Juez a quo no se encuentre en momento procesal ni con oportunidad de conocimiento suficiente para dirimir si la causa debe ser sobreseída en la continuación frente a la recurrente.

Y aunque sea a mayor abundamiento, por tanto no necesario ni *thema decidendi* en el presente supuesto, el Mº Fiscal ha citado diversos extremos de la instrucción que sigue y en los que resultaría la manifiesta incriminación de la recurrente a meros efectos de formación inicial de causa frente a ella. Y esta valoración lo es sin perjuicio de lo que luego pueda resultar en las actuaciones ante el Juzgado de Menores o, antes, a la conclusión de la instrucción ante el Mº Fiscal.”

**Recurso de revisión y doble jurisdicción. Coautoría de menor y adultos en un delito de detención ilegal. La existencia de un fallo absolutorio para los adultos y condenatorio respecto al menor no permite acudir a la revisión. Pronunciamientos no coincidentes dimanantes de procesos diferentes pueden convivir en tanto no sean contradictorios.**

**ATS, Sala 2ª, nº 1904/2019, de 13-2-2019 Pte.: Del Moral García, Antonio**

“...El Ministerio Fiscal por escrito de fecha 22 de enero de 2019 dictaminó:  
"Que, a los efectos previstos en el art. 957 LECRIM , manifiesta que se opone a que se autorice la interposición de recurso de revisión.

El promovente del recurso fue condenado en sentencia de 3-3-14 dictada por el Juzgado de Menores nº 1 de Vitoria-Gasteiz , y confirmada en apelación por sentencia de 16-7-14 dictada por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Alava, como autor de un delito de detención ilegal, a la pena de 10 meses de libertad vigilada y a indemnizar a Argimiroen 5.120 E.

El recurso de revisión se fundamenta en el art. 954. 1-a) LECRIM : "cuando haya sido condenada una persona en sentencia penal firme que haya valorado como una prueba un documento o testimonio declarados después falsos".

Alega que el atestado instruido por la Policía Autónoma Vasca nº NUM000dio lugar al procedimiento ante el indicado Juzgado de Menores, expediente de reforma nº 129/12 , para su propio enjuiciamiento, al ser menor de edad en el momento de los hechos, y al sumario nº 4068/12, procedente del Juzgado de Instrucción nº 3 de Vitoria-Gasteiz, rollo de Sala de la Audiencia Provincial de Alava nº 63/13, para el enjuiciamiento de otras tres personas mayores de edad, las cuales fueron absueltas mediante sentencia de 26-8-15 dictada por la Audiencia Provincial de Vitoria Gasteiz frente a la que se interpuso recurso de casación que el Tribunal Supremo inadmitió por auto de 14-4-16.

Señala que ambas sentencias tienen origen en los mismos hechos y que existen dos fallos contradictorios al haber sido valorada la declaración testifical de Argimirode distinta manera.

De entrada, debe significarse que el recurso de revisión es un recurso extraordinario en cuanto, de prosperar, supone un quebranto del principio de respeto a la cosa juzgada y a la imperiosa necesidad de certeza o seguridad en el campo del Derecho. De ahí que este instituto jurídico sólo pueda ser viable cuando se trate de sanar situaciones acreditadamente injustas en las que se evidencia, a favor del reo, la inocencia respecto al hecho que sirvió de fundamento a la sentencia de condena y siempre que concurra alguno de los supuestos previstos en el art. 954 de la LECRIM .

El presente caso no puede cobijarse en el supuesto de revisión invocado, en tanto que el mismo requiere la existencia de una sentencia penal firme que declare la falsedad del testimonio, cuando lo que aquí lo que ha existido es una distinta valoración de la prueba testifical por dos jurisdicciones penales diferentes.

La STS nº 62/13, de 29-1-13 (caso Marta del Castillo ), en referencia a una cuestión similar, señala que en estas situaciones "semejante enjuiciamiento separado viene directamente impuesto por la norma procesal. En concreto, por el art. 16.5 LORPM que se menciona, pues de su tenor literal necesariamente resultaba en este caso un conocimiento de los hechos de apariencia criminal

ante jurisdicciones separadas, al atribuirse inicialmente la participación en los mismos a una pluralidad de individuos de los que algunos eran mayores y otros menores de edad al tiempo de su producción. Es precisamente el respeto del principio de legalidad el que provoca aquí ese resultado que critica la recurrente ( art. 9.3 CE ), estando el Juez de menores y el Juez de adultos legitimados para impartir justicia en el ámbito de sus respectivas competencias ( art. 117.1 y 3 CE )".

También pone de relieve la citada STS que "En el proceso penal no existe lo que en el ámbito civil se denomina "prejudicialidad positiva" o "eficacia positiva" de la cosa juzgada material, gozando el tribunal de plena libertad para valorar las pruebas producidas en su presencia y aplicar la calificación jurídica correspondiente. Una sentencia de esta Sala fechada el 21/09/1999 lo razonaba ya con total claridad al destacar que "cada proceso tiene su propia prueba, y lo resuelto en uno no puede vincular en otro proceso penal diferente, porque en materia penal no hay eficacia positiva de la cosa juzgada material, sólo eficacia negativa en cuanto que una sentencia firme anterior impide volver a juzgar a una persona por el mismo hecho".(...)

(...) Abelimpetra la autorización necesaria para interponer recurso extraordinario de revisión contra la sentencia dictada el 3 de marzo de 2014 por el Juzgado de Menores nº Uno de Vitoria-Gasteiz confirmada en apelación por la Audiencia Provincial de tal capital. Le condenaba como autor de un delito de detención ilegal a la medida de diez meses de libertad vigilada, así como al pago de una indemnización.

Refiere que en una sentencia posterior fechada el 26 de agosto de 2015 dictada por la Audiencia provincial de Álava absolvió de los mismos hechos a los tres mayores de edad penal imputados que según las manifestaciones de la víctima, Argimiro, habían llevado a cabo la detención junto al menor. Se aporta la sentencia. La Audiencia razona que tal testimonio había de considerarse insuficiente por virtud de elementos que va detallando para alcanzar la certeza exigible para una condena penal.

SEGUNDO.- El falso testimonio influyente en el fallo es motivo específico de revisión previsto en el art. 954.3 LECrim (en su redacción anterior a la reforma procesal de 2015, reforma que no es aplicable a este supuesto dada la fecha de la sentencia y el régimen de transitoriedad previsto pero que, pese a ello, es invocada por el instante).

Exige tal causal (así como su heredera en la legislación vigente) que haya recaído sentencia firme condenando por el referido delito. Solo entonces se abren las puertas de la revisión.

El intento que protagoniza ahora el solicitante para equiparar a ese motivo de revisión una sentencia posterior que proclama, no que el testigo no diga la verdad (de hecho, no deduce testimonio frente a él), sino que su testimonio tal y como fue prestado en ese otro proceso no es suficientemente sólido para convencer a la Audiencia de la culpabilidad de las tres personas allí enjuiciadas y, por tanto, no puede fundar un pronunciamiento de culpabilidad.

Como bien argumenta el Fiscal, en el proceso penal no existe eficacia positiva de cosa juzgada. Pronunciamientos no coincidentes dimanantes de procesos diferentes pueden convivir en tanto no sean contradictorios, lo que sucedería si la segunda sentencia hubiese dado por probado que los hechos no sucedieron

o afirmase apodícticamente que el testigo no decía la verdad. Pero no es eso lo que predica esa segunda sentencia.

Por tanto, no hay base para la revisión pretendida.”

**Se desestima recurso de apelación de acusación particular y adhesión del Fiscal contra sentencia absolutoria. No es posible, de conformidad con la redacción de los arts. 790 y 792 LECrim, tras reforma por Ley 41/2015, pues se invoca error en la valoración de la prueba, sin instar la nulidad y sin que el Tribunal pueda revisar en apelación las pruebas practicadas ante el Juez**

**SAP Valladolid, sec. 2ª, nº 21/2019, de 31-01-2019, Pte.: Donis Carracedo, Miguel**

“Con carácter previo, acaso no resulte ocioso recordar que con los actualmente vigentes arts. 790 y 792 LECr , introducidos por la Ley 41/15 y con aplicación desde 6-12-2.015, conforme a lo resuelto previamente por las STEH de 22-11-2.011 (Calero v España), de 20-3-2.012 (Serrano Contreras v España) o de 27-11-2.012 (Vilanova v España), si bien no se ha suprimido la posibilidad de interponer recursos frente a sentencias con contenidos absolutorios, lo cierto es que esta eventualidad ha sido notablemente restringida con el contenido de ambos preceptos, pues a través de ellos únicamente cabe solicitarse la anulación de la sentencia, pero no su revocación y la consecuente condena del originariamente absuelto.

Y así, conforme a lo establecido en el art. 790,2, párrafo segundo de la LECr , "...si en el recurso se pidiera la declaración de nulidad del juicio por infracción de normas o garantías procesales que causaren la indefensión del recurrente, en términos tales que no pueda ser subsanada en la segunda instancia, se citarán las normas legales o constitucionales que se consideren infringidas y se expresarán las razones de la indefensión. Asimismo, deberá acreditarse haberse pedido la subsanación de la falta o infracción en la 1ª instancia, salvo en el caso que se hubiera cometido en momento en el que fuere imposible la reclamación...".

Por otra parte, que constituye el caso presente, si la parte acusadora alega "error en la apreciación de la prueba" para pedir la nulidad de la sentencia absolutoria o el agravamiento de una condenatoria, conforme al art. 790,2, párrafo tercero de la LECr , "...será preciso que se justifique la insuficiencia o falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas, que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada...".

Complementa lo anterior el tenor literal de lo establecido en el art. 790, 3 LECr , el cual establece que en el escrito de formalización del recurso se podrán pedir las diligencias de prueba "... que no pudo proponerse en la 1ª Instancia, las propuestas que le fueron indebidamente denegadas, siempre que hubiera formulado en su momento la oportuna protesta, y las admitidas que no fueron practicadas por causas que no le sean imputables...".

Por otra parte, el art. 792, 2 LECr manifiesta que no cabe condenar al acusado que resultó absuelto o agravar su precedente condena, también, en el párrafo

párrafo de ese precepto, se establece que"... no obstante, la sentencia, condenatoria o absolutoria, podrá ser anulada..."

A partir del contenido de aludidos preceptos, el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional del TS (2ª) de 9-6-2.016, emitido para unificar doctrina respecto al alcance de la reforma de la LECr operada por aludida Ley 41/15, manifiesta que únicamente cabe declarar la nulidad de una sentencia, por "error en la apreciación de la prueba", si se fundamenta en alguno de los supuestos establecidos en precitado art. 790, 2, párrafo tercero de la LECr y así se solicita en el recurso, pues, caso de acordarse la nulidad de una sentencia absolutoria sin haber sido así interesado por dicha vía, se estaría ante la emisión de una sentencia incongruente por "extra petita" (entre otras, STC de 29-10 y 5-11-2.004 , así como los arts. 218 y art. 4 LEC), y, además, causaría indefensión a la otra parte (apelada). Por tanto, esgrimiéndose vía recurso un pretendido error en la apreciación de la prueba, ello únicamente puede implicar la anulación de la sentencia absolutoria, si es así interesado y se cumplieran sus presupuestos, pero legalmente no cabe por sí su revocación.

No obstante lo anterior, el ámbito del recurso de apelación no resulta tan estricto para que no quepa excepción, en el sentido de admitirse la posibilidad de revocación de una sentencia con contenido precedentemente absolutorio, si el motivo de revocación estribase en una cuestión estrictamente jurídica, pues el control de legalidad en ese caso debe realizarse respecto al juicio de subsunción efectuado en la primera Instancia, como así reconocen (entre otras) las STEDH de 16-11-2.010 (García Hernández v España ) o de 10-3-2.009 (Coll v España), también entre otras las STC 157/13 ó 184/2.009 y las STS de 18-1-2.017 (FD 3 ) o 18-5-2.016 , respetándose el relato de hechos probados de la recurrida y sin necesidad de oír al acusado en la segunda Instancia (entre otras, STC 201/12 ó 45/11 ), aún cuando las también STC 88/13 ó 126/12 afirman la necesidad de oír a esa persona, si la infracción de precepto penal se refiere a la valoración del elemento subjetivo del delito, pues este elemento formaría parte de la vertiente fáctica del Juicio.

CUARTO. -

El recurso y la adhesión deben ser DESESTIMADOS.

Partiendo de la base que en el caso se esgrime un mero error en la apreciación de la prueba, como que únicamente se interesa en esta Instancia la revocación de la recurrida y la condena de la absuelta, debemos tener en consideración el contenido legal y jurisprudencial precedentemente referidos en Fundamento anterior, para concluir que el recurso y la adhesión no pueden estimarse. El Juzgador de Instancia, partiendo de los principios que a la fase plenaria son propios y especialmente los de contradicción e inmediación, llegó al convencimiento, en sede del art. 741 LECr , en el sentido que los actos denunciados respecto a aludida menor no revestían concreto comportamiento delictivo, pues ya en el relato de "hechos probados" de la recurrida se puso de relieve que la actuación de dicha menor no tenía otro alcance que el "separar" al apelante de su padrastro ( Urbano ), cuando ambos se agredían recíprocamente, en base a la prueba practicada y de la que se excluyeron las declaraciones de un testigo ( Benjamín ) por circunstancial incredibilidad subjetiva (folios 58 y ss y en fase plenaria), habida cuenta sus previas relaciones contenciosas existentes entre él y el padrastro de la menor. Por cuanto antecede procede la CONFIRMACIÓN de la recurrida."

**Se desestima recurso de apelación de acusación particular contra sentencia absolutoria, fundamentado sólo en error en la valoración de la prueba. Nueva regulación de los arts. 790 y 792 LECrim, tras Ley 41/2015. No se solicita nulidad y el Tribunal no puede revisar la prueba practicada.**

**SAP Asturias, sec. 2ª, nº 54/2019, de 19-02-2019, Pte.: Llaneza García, María Luisa**

“Comenzando por el examen del recurso interpuesto por la Acusación Particular, en representación del menor lesionado Luis Pedro , la pretensión que se efectúa por la parte recurrente frente al pronunciamiento absolutorio dictado a favor de Juan Ramón respecto del delito de lesiones, no puede ser acogida en esta alzada, por cuanto que la absolución decretada se basa en la valoración del conjunto probatorio sometido a consideración de la Juzgadora "a quo", y haber intervenido personalmente en su práctica, después de haber examinado las manifestaciones vertidas por el denunciante, los acusados y los testigos, analizándose en la sentencia con todo rigor el conjunto de las pruebas practicadas, sin que su decisión pueda entenderse errónea, arbitraria o irracional.

Sobre este extremo la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, por la que fue reformado el artículo 792 de la misma completando la regulación del recurso de apelación con nuevas previsiones legales relativas al error en la valoración de la prueba como fundamento del recurso y al contenido de la sentencia, que el órgano ad quem podrá dictar en tales circunstancias, cuyo fin último es ajustar la reglamentación de esta materia a la doctrina constitucional y, en particular, a las exigencias que dimanen del principio de inmediación, resultan de aplicación en este supuesto, ya que las presentes actuaciones se iniciaron en el año 2017.

En consecuencia, no resulta posible por la Audiencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 792-2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , al resolver el recurso de apelación, condenar al acusado que resultó absuelto en primera instancia, ni agravar la sentencia condenatoria dictada que le hubiere sido impuesta, sino, únicamente, proceder a su anulación, con devolución de las actuaciones al órgano que dictó la resolución, si tal declaración de nulidad hubiese sido interesada por quien ejercitó la acusación, como señala el artículo 790-2 en su párrafo último, justificando la insuficiencia o falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento de manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada.

Así las cosas, es lo cierto que por la parte recurrente no se ha efectuado tal petición de nulidad en el escrito de interposición de recurso y a este Tribunal le está vedado examinar el fondo de la cuestión debatida, a los efectos de revocar la resolución dictada, para proceder, conforme se interesa. Por cuanto antecede resulta procedente la desestimación del recurso de apelación interpuesto por la citada representación.”

**Se desestima recurso de apelación de acusación particular, por error en valoración de la prueba, contra sentencia absolutoria. La Audiencia no puede revisar en apelación pruebas personales practicadas en primera instancia, conforme doctrina del TC y TEDH.**

**SAP Valencia, sec. 5ª, nº 245/2019, de 22-05-2019, Pte.: Mora Alarcón, José Antonio**

“Se alega por la representación de DIRECCION002. error en la valoración de la prueba por parte de la Magistrada a quo, por entender que los hechos son constitutivos de un delito de daños y que los ocasionados a DIRECCION002 ascienden a la suma de 10.329,32 euros.

Ante la pretensión de condena que formula el recurso, forzosamente hemos de hacernos eco de la doctrina del Tribunal Constitucional, iniciada en su STC 167/02, de 18-09-2002, y ratificada por otras muchas (como la SSTC 307/2005 y 324/2005, de 12 de diciembre o 24/2006, de 30 de enero de 2006), que comporta que las sentencias absolutorias sean inatacables en la práctica, cuando la pretensión de condena formulada en la apelación, se funde en prueba de carácter personal. En definitiva, el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción, contenidos en el derecho a un proceso con todas las garantías, impone inexorablemente que toda condena se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente, y en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción, por lo que, cuando la apelación se plantee contra una Sentencia absolutoria y el motivo de apelación concreto verse sobre la valoración de pruebas personales, no puede el Tribunal ad quem revisar la valoración de las practicadas en la primera instancia, si en segunda instancia no se practican nuevamente.

Y en este mismo sentido se pronuncia el TS en SSTS 500/2012 , 1160/2011 y 798/2011 , "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 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). De conformidad con la doctrina constitucional establecida en las SSTC 167/2002 y 184/2009 vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías ( art. 24.2 CE) que un órgano judicial, conociendo en vía de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación a partir de una nueva valoración de pruebas personales o de una reconsideración de los hechos estimados probados para establecer su culpabilidad, siempre que no haya celebrado una audiencia pública en que se desarrolle la necesaria actividad probatoria, con las garantías de publicidad, inmediación y contradicción que le son propias, y se dé al acusado la posibilidad de defenderse exponiendo su testimonio personal".

Esta doctrina ha sido recordada a España por el TEDH de Estrasburgo en sentencia de 16 de noviembre de 2010, recaída en el asunto García Hernández contra España , que declara admisible la queja de la demandante por violación del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos , que fue condenada en apelación por la Audiencia Provincial de Murcia, tras haber sido absuelta en primera instancia. Y declara a este respecto el Tribunal, que la condena de la demandante en apelación por la Audiencia provincial, tras un cambio en la valoración de elementos tales como el comportamiento de la demandante, sin que éste hubiera tenido la oportunidad de ser oída personalmente y de discutirlos mediante un examen contradictorio durante una audiencia pública, no es conforme con las exigencias de un proceso equitativo, tal y como garantiza el artículo 6.1 del Convenio.

Por todo lo anterior, la Sala debe recordar que constituye doctrina jurisprudencial reiterada la que señala que, cuando la cuestión debatida por la vía del recurso de apelación es la valoración de la prueba llevada a cabo por el Juez "a quo" en uso de las facultades que le confieren los artículos 741 y 973 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y sobre la base de la actividad desarrollada en el juicio, debe partirse, como principio y por regla general, de la singular autoridad de la que goza la apreciación probatoria realizada por el Juez ante el que se ha celebrado el juicio, núcleo del proceso penal y en el que adquieren plena efectividad los principios de inmediación, contradicción y oralidad, a través de los cuales se satisface la exigencia constitucional de que el acusado sea sometido a un proceso público con todas las garantías ( artículo 24.2 de la Constitución ), pudiendo el juzgador de instancia, desde su privilegiada y exclusiva posición, intervenir de modo directo en la actividad probatoria y apreciar personalmente sus resultados, así como la forma de expresarse y conducirse las personas que en él declaran (acusados y testigos) en su narración de los hechos y la razón del conocimiento de éstos, ventajas de las que, en cambio, carece el Tribunal llamado a revisar dicha valoración en segunda instancia. De ahí que el uso que haya hecho el Juez de su facultad de libre apreciación o apreciación en conciencia de las pruebas practicadas en el juicio (reconocida en el artículo 741 citado) y plenamente compatible con el derecho a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva, siempre que tal proceso valorativo se motive o razone adecuadamente en la sentencia ( Sentencias del Tribunal Constitucional de 17 de diciembre de 1985 , 23 de junio de 1986 , 13 de mayo de 1987 , y 2 de julio de 1990 , entre otras), únicamente debe ser rectificado, bien cuando en realidad sea ficticio por no existir el correspondiente soporte probatorio, vulnerándose entonces incluso la presunción de inocencia, o bien cuando un ponderado y detenido examen de las actuaciones ponga de relieve un manifiesto y claro error del juzgador "a quo" de tal magnitud y diafanidad que haga necesaria, con criterios objetivos y sin el riesgo de incurrir en discutibles y subjetivas interpretaciones del componente probatorio existente en los autos, una modificación de la realidad fáctica establecida en la resolución apelada.

Ningún error o interpretación absurda se observa en la sentencia recurrida que razona adecuadamente que no existe prueba de que el menor expedientado haya realizado ninguno de los grafitis imputados, ni directa - por cuanto no existen testigos que presenciaron los hechos - ni indirecta, toda vez que el menor ni ha sido identificado por las grabaciones aportadas ni la juzgadora considera indicios suficientes los aportados por la Guardia Civil."

## G.- PRESCRIPCIÓN

**Sí son actos de impulso procesal la presentación de escrito de alegaciones y la diligencia de ordenación dando traslado de ellas a menor y letrado. Pero no lo son, a efectos interruptivos, los actos posteriores encaminados -durante más de un año- a materializar ese traslado ya acordado.**

**SAP Madrid, sec. 4ª, nº 124/2019, de 04-04-2019, Pte.: Vigil Levi, Jacobo**

“Alega en primer lugar la recurrente que la infracción ha prescrito, a lo que se oponen tanto el Ministerio Fiscal como la apelada.

El término de prescripción a considerar conforme al artículo 15.1 4º de la LORPM es de un año, al haber sido finalmente calificados los hechos como asimilables a un delito de lesiones previsto en el artículo 147.1 del Código Penal, considerado delito menos grave conforme a los arts. 13 y 33.3a) del Código Penal.

La causa siguió una tramitación ordinaria con la presentación por el Ministerio Fiscal de sus alegaciones el 15 de junio de 2016, el dictado del auto de 23 e junio de 2016, por el que se acuerda la apertura del trámite de audiencia, y la presentación el 5 de julio de 2016 de alegaciones por parte del perjudicado. Verificadas estas actuaciones, se dispuso por diligencia de ordenación de 7 de julio de 2016 dar traslado de las referidas alegaciones a la defensa del menor expedientado para que a su vez formulara las propias.

A partir de este momento se produce una paralización en la tramitación de manera que las únicas actuaciones son las encaminadas a intentar localizar al Letrado de la defensa para dar cumplimiento al trámite acordado; se dicta diligencia de ordenación de 27 de septiembre de 2016 y providencia de 28 de julio de 2017 en la que se reitera la necesidad de proceder a ejecutar el traslado previamente acordado, lo que únicamente se logra el 8 de agosto de 2017.

Verificada esta notificación se convoca a las partes a una comparecencia por providencia de 11 de junio de 2018 y a la audiencia por auto de 18 de julio de 2018.

La jurisprudencia en materia de prescripción, y en concreto relativa a la interrupción del plazo prescriptivo, es muy abundante y no siempre de fácil sistematización. Puede sin embargo afirmarse que, con carácter general, el plazo de prescripción comienza a correr desde que se paraliza el procedimiento ( art. 132.2 del Código Penal actual), cualquiera que fuere la causa de su paralización. También puede concluirse que, según reiterada jurisprudencia, carecen de virtualidad para interrumpir la prescripción las diligencias y actuaciones inocuas que carecen de contenido sustancial a los efectos de impulsar el procedimiento. Así la STS 1.501/98 de 4 de diciembre (Pte Prego de Oliver y Tovar) afirma que “sólo tienen virtud interruptora las resoluciones que ofrecen un contenido sustancial propio de una puesta en marcha y prosecución del procedimiento, en definitiva reveladora de que la investigación avanza, se amplía, es decir, que el procedimiento persevera consumando sus sucesivas etapas.

Sin embargo, hecha la anterior afirmación, el análisis de la doctrina jurisprudencial se complica cuando se trata de dar a la misma un específico

contenido en relación con una concreta actuación procesal analizada. Se enumeran a título de ejemplo algunas actuaciones judiciales ineficaces para interrumpir la prescripción del delito o falta, y se citan la expedición de testimonios, personaciones, solicitudes de abogado, órdenes de busca y captura, rebeldías, etc. respecto a estos últimos dice la Jurisprudencia que no interrumpen la prescripción pues no avanza el trámite que se paraliza hasta sea hallado el desaparecido o buscado.

En el caso que nos ocupa entiende la Sala que constituyen actos de impulso procesal la presentación de alegaciones por las acusación y aun la diligencia de ordenación de 7 de julio de 2016 en la que se acuerda dar traslado de las mismas al menor expedientado y a su defensa. Sin embargo, todo lo realizado durante los meses posteriores tuvo por única finalidad el intento de notificar la referida resolución, lo que no se logró hasta el 8 de agosto de 2017. Se considera que este conjunto de actuaciones tendentes a materializar un traslado ya acordado, no constituyen actos de impulso procesal y no son aptos para interrumpir la prescripción.

El siguiente acto de impulso procesal a considerar fue la convocatoria a las partes a una comparecencia, ciertamente no prevista legalmente, realizada por resolución de 11 de junio de 2018.

La causa estuvo así paralizada durante más de un año y la infracción debe considerarse prescrita.”

**El decreto de incoación de expediente por el Fiscal, con identificación del investigado, perjudicados, descripción del delito y hechos, tiene valor de denuncia y su presentación ante el órgano judicial suspende la prescripción por seis meses conforme al art. 132.2. 2ª CP.**

**SAP Vizcaya, sec. 1ª, de 21-12-2018, rec. 55/18, Pte.: Goenaga Olaizola, Reyes**

“Hay dos posturas contrapuestas en la decisión relativa a si la resolución prevista en el art. 16,3º LORPM y que inicia el expediente de reforma, tras recibir el decreto del fiscal, interrumpe o no la prescripción, o incluso hay posturas favorables a entender que lo hace el propio decreto del fiscal o cualquier actuación de la fiscalía. Los argumentos los conoce esta Audiencia y los hemos estudiado en profundidad, debiendo destacar que cualquier órgano de apelación que se haya aproximado a la cuestión asume que es una falta de previsión del legislador sobre esta cuestión concreta la que nos ha colocado en esta tesitura. Nuestra postura ha sido siempre restrictiva (de acuerdo con una interpretación no extensiva del instituto de la prescripción) y hemos entendido que la resolución del art. 16,3 LORPM no tiene la virtualidad de interrumpir la prescripción.

Este tribunal ha manifestado en reiteradas resoluciones que el decreto de incoación del Ministerio Fiscal no puede constituir la "resolución judicial motivada" a la que hace referencia el art. 132,2,1ª del CP .

Incluso nos hemos pronunciado sobre otras actuaciones realizadas en la fase de instrucción por el Ministerio Fiscal negándoles también la capacidad de interrumpir la prescripción puesto que la dicción del art. 132 del CP exige que se dicte una resolución judicial motivada en la que se atribuya a un sujeto su participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta.

Respecto a la resolución del art. 16,3º LORPM hemos señalado claramente que el hecho de que se dicte un auto, y no una providencia, y que se incluya algún tipo de argumentación jurídica, no convierte a la resolución en una decisión motivada, no tanto porque no incluya una explicación judicial (que la Juez incluye en el fundamento primero in fine), sino porque la esencia y el contenido de dicha decisión no es que el juez valore si hay o no indicios de delito por parte de los menores expedientados, sino dar trámite al expediente, de manera formal, y permitir con ello que se inicie la investigación del delito por parte del Ministerio Fiscal.

Pero, como bien señala la Juez de Menores en la sentencia que se recurre, el supuesto que ahora se analiza tiene otros matices y es cierto que este tribunal no había tenido ocasión de pronunciarse sobre un caso en que se dieran las circunstancias que concurren en el presente expediente.

Como bien señala la Juez de instancia, el art. 132 CP establece que la prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito. Y se entenderá dirigido contra una persona desde el momento en que se dicte resolución judicial motivada, como decíamos arriba. Pero este mismo precepto regula el supuesto en que se presente un denuncia o querrela ante un órgano judicial, en la que se atribuya a una persona determinada su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito. En tal caso, se suspenderá el cómputo de la prescripción por un plazo máximo de seis meses desde la fecha de presentación de la denuncia. Y si dentro de ese plazo de seis meses se dicta alguna de las resoluciones judiciales motivadas de la regla 1ª, la interrupción de la prescripción se entenderá retroactivamente producida a todos los efectos en la fecha de presentación de la denuncia.

La magistrada considera en su sentencia que el decreto del fiscal previsto en el art. 16 LORPM y por el que acuerda la incoación del expediente (en este caso de fecha 9 de noviembre de 2017) y lo comunica al Juzgado de Menores, tiene el valor de denuncia al que se refiere el precepto que acabamos de reflejar ( art. 132,2º CP). Este tribunal no tiene dificultad alguna en considerarlo así, y expresamente compartimos el criterio de la Juzgadora en este punto, pues ciertamente tal decreto contiene la identificación del menor, sus datos personales, los datos de los perjudicados, el delito que se le imputa al menor y los datos básicos sobre los hechos imputados, acompañando a esta resolución de Fiscalía las diligencias policiales. Es decir, los datos básicos que ha de contener una denuncia o querrela y que pueden dar lugar a la realización de actuaciones investigadoras.

Siendo esto así y considerando que el decreto de 9 de noviembre interrumpió la prescripción, pues tiene la consideración de denuncia a estos efectos, la resolución que dicta la Juez de Menores una vez concluida la instrucción, de acuerdo con el art. 33 LORPM, siendo ésta ya una resolución motivada a efectos de interrupción de la prescripción, se ha producido en el plazo de seis meses a que se refiere el art. 132 (la fecha de este auto es 13 de marzo de 2018).

En definitiva, estamos de acuerdo con la juez de instancia en que el delito no estaba prescrito y que la alegación del letrado recurrente no puede prosperar.”

## J.- NULIDAD DE ACTUACIONES

**Se declara la nulidad de la sentencia que absuelve por un delito contra la integridad moral, al estimar que el conjunto probatorio existente no ha sido debidamente valorado en la instancia, por cuanto la conclusión alcanzada no parece obedecer, en atención a la motivación en que se justifica, a un juicio racional y lógico.**

**SAP Asturias, Sec 2ª, nº175/2019, de 29-4-2019, Pte: Vázquez Llorens, Covadonga**

“...En consecuencia, no resulta posible que por la Audiencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 792-2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al resolver el recurso de apelación, se condene a un acusado que resultó absuelto en primera instancia ni agravar la sentencia condenatoria dictada que le hubiere sido impuesta, pero sí, proceder a su anulación, con devolución de las actuaciones al órgano que dictó la resolución, si tal declaración de nulidad hubiese sido interesada por quien ejercitó la acusación, como señala el artículo 790-2 en su párrafo último, justificando la insuficiencia o falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento de manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada.

Así las cosas, y habiendo sido efectuada por la representación de la menor recurrente Inmaculada y de su madre Ramona , tal petición de nulidad en el escrito de interposición de recurso, justificando cumplidamente las razones en que se basa, resulta procedente la declaración de nulidad interesada.

No se considera en esta alzada sea pertinente que por el Tribunal se señalen las concretas razones por las que se estima que la motivación de la sentencia resulta errónea, pues ello, además de que supondría entrar en una valoración de pruebas personales, al margen de la necesaria inmediatez en su práctica, también podría suponer un condicionamiento para el órgano "a quo" a quien corresponderá realizar un nuevo enjuiciamiento, sin embargo, sí es preciso poner de manifiesto algunas puntualizaciones acerca de los motivos por los que por este Tribunal se considera que el testimonio de la menor Inmaculada y el del testigo Silvio , no se han valorado en forma adecuada.

Tampoco comparte la Sala las valoraciones que se efectúan respecto a la entidad de la conducta que se declara probada en la sentencia. No puede olvidarse que los delitos por los que se formuló acusación son tipos circunstanciales que deben ser examinados en relación con el momento, ocasión y circunstancias temporo-espaciales en que se llevaron a cabo y por trato degradante puede entenderse, en términos generales, que cualquier atentado a la dignidad de la persona, que pueda crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarlas, de envilecerlas y de quebrantar, en su caso su resistencia física o moral con un menoscabo grave de su integridad moral, radicando su esencia en la necesidad de proteger la inviolabilidad de la persona; se trata en suma de someter a la víctima, de forma intencionada, a una situación degradante de humillación e e indignidad para la persona humana.

El núcleo de la descripción típica está integrado por la expresión "trato degradante", que -en cierta opinión doctrinal- parece presuponer una cierta permanencia, o al menos repetición, del comportamiento degradante, pues en otro caso no habría "trato" sino simplemente ataque, aunque el delito pueda cometerse a partir de una conducta única y puntual, siempre que en ella se aprecie una intensidad lesiva para la dignidad humana suficiente para su encuadre en el precepto.

A la luz de la doctrina anteriormente señalada, vista la edad de la víctima, la autoría conjunta de los hechos que se estiman probados por las tres menores denunciadas, los términos y vocablos que se declara probado, fueron proferidos por las menores, en relación con los padecimientos físicos que sufre Inmaculada, y por último el tiempo durante el que se prolongó dicha situación, llevan a estimar que el conjunto probatorio existente no han sido debidamente valorado en la instancia, por cuanto la conclusión alcanzada no parece obedecer, en atención a la motivación en que se justifica, a un juicio racional y lógico, por lo que, no siendo compartida por este Tribunal, resulta procedente la estimación del recurso de apelación interpuesto y la revocación de la sentencia dictada con anulación de la misma y del juicio celebrado a fin de que por diferente juzgador, se proceda a una nueva celebración, con declaración de oficio de las costas judiciales causadas."

**Nulidad de la sentencia al considerar la Sala que el Juzgador perdió su imparcialidad, por sus previas y reiteradas invitaciones al menor para que se conformase, previniéndole que si no lo hacía le podría condenar a una medida de internamiento en lugar de libertad vigilada.**

**SAP Granada, sec. 1ª, nº 125/2019, de 20-03-2019, Pte.: Lucena González, Jesús**

"Una vez que se han examinado las actuaciones, visionado la grabación del juicio y analizados los motivos alegados por la defensa del menor de edad Inocencio esta Sala estima que su recurso ha de prosperar, con estimación de la petición principal.

La defensa del menor apelante presentó escrito de alegaciones, conforme a lo prevenido en el artículo 31 LORPM, en día 12 de julio de 2018, proponiendo expresamente, como debía, prueba consistente en examen del menor, testifical de Jesús Ángel, Esteban, Jacinta, Ezequiel, Fausto, agentes del Cuerpo Nacional de Policía con carnets profesionales números NUM001, NUM002, NUM000, NUM003 y NUM004, y vigilantes del HOSPITAL000 con números TIP NUM005 y NUM006, dictándose Auto el día 20 de julio de 2018 por el que se admitía toda la prueba propuesta y se señalaba día para la celebración del acto de Audiencia (artículo 34 LORPM).

La grabación del acto de Audiencia aportada no es completa, pues no permite ver las imágenes, sino tan sólo escuchar.

Al inicio del acto de Audiencia, por el Ilmo. Magistrado Juez "a quo", se informa que podría ser internado el menor en un centro si así resultara de los hechos, estando el menor acusado de "...una actitud violenta con la Policía...". Se anuncia la lectura de los hechos, y se informa que la prestación de conformidad no constituye una obligación, si bien, si los hechos son de relevancia, cabría la

imposición de una medida distinta a la libertad vigilada, como internamiento, o permanencia de fines de semana en centro, según se considere más adecuado por el Equipo Técnico, Ministerio Fiscal y propio Juez. Se informa que caso de reconocer los hechos se impondría una medida de libertad vigilada más breve, y si no hay conformidad, se impondría la medida que se considerara más adecuada. Luego se procede a la lectura de los hechos. A continuación se indica cuál es la finalidad de la medida de libertad vigilada, y las posibilidades de acordar una medida de internamiento, diciéndose por el Ilmo. Magistrado a quo "...que el menor no lo quiere reconocer, pues vemos el video, oímos a los policías y yo ya formaré criterio, si efectivamente el menor tuvo esa actitud, que es lo que vamos a acreditar a lo largo del juicio, pues nos podemos plantear hasta su ingreso en un centro evidentemente, si se produce en los términos pues tan graves como aquí se describen. Que no, pues se podrá mantener la libertad vigilada o incluso si es verdad que todo esto se lo ha inventado la Policía, cosa que yo dudo mucho, así de entrada, porque no está la Policía para eso francamente...", contestando el menor "...no es así, lamentablemente es así Señoría..", continuando diciendo el Magistrado "...yo tengo mis dudas y ahora lo acreditaremos, porque la palabra de la Policía evidentemente no es lo mismo que la del que comete la infracción, pero en fin, yo no voy a prejuzgar nada, pero sí quiero que el menor luego no se eche las manos a la cabeza si le cae una medida más grave, si lo tenemos que internar en un reformatorio, ¿de acuerdo?, ¿entonces esto no es verdad no?...". contestando el menor no. Excede todo ello, con mucho, de las previsiones contenidas en el artículo 36 de la LORPM(...)

(...) Todos los justiciables, mayores y menores de edad, tienen derecho, básico y primero, a que su juicio oral sea celebrado por un Juez, o por Jueces, ordinarios predeterminados por la Ley e imparciales, derecho reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución (CE ) y en el artículo 6 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales , hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, al referirse al derecho a un proceso equitativo, constituyendo también un derecho reconocido por el Tribunal Constitucional ( TC), así, en su S nº 38/2003 , debiendo analizarse, para valorar si el juicio es celebrado por un Juez imparcial, la objetividad y justificación de las razones que la parte alegue para dudar de la parcialidad del Juez, con valoración de todas las circunstancias concurrentes (Tribunal Europeo de Derechos Humanos ( TEDH) SS de 2 de marzo de 2000 caso Garrido Guerrero v. España , 28 de octubre de 1998 caso Castillo Algar v. España , 25 de julio de 2002 caso Perote Pellón v. España , de 1 de octubre de 1982 caso Piersack , de 26 de octubre de 1984 caso Cubber y TC S 11/2000).

El incumplimiento de tal garantía de imparcialidad, implica prescindir absolutamente de las normas del procedimiento, con causación de indefensión, motivo de nulidad previsto en el artículo 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ).

Y se produce tal pérdida de imparcialidad cuando el Juez, antes de la celebración del juicio, o a su inicio, ha tenido contacto con los hechos objeto del enjuiciamiento que le viene encomendado o con el material obrante en las actuaciones, sea por su previa actuación instructora, investigadora, resolutoria de recursos, o por sus propias manifestaciones, habiendo tomado ya una posición sobre los mismos hechos y la posible responsabilidad derivada de los mismos, de tal forma que cualquiera de las partes acusadoras o acusadas,

denunciantes o denunciados en juicio por delito leve, no pueda ya confiar en que la decisión final del Juez se basará exclusivamente en el desarrollo del acto de juicio, Audiencia en el ámbito de la justicia juvenil, pudiendo objetivamente albergar dudas razonables sobre la existencia de prejuicios por parte del Juez, no pudiendo derivarse la duda de imparcialidad por la normal valoración de la prueba practicada o conforme se vaya practicando durante las sesiones del juicio oral, supuesto en el que no existe prejuicio, sino juicio.

Claro resulta que las expresiones referidas, vertidas por el Ilmo. Magistrado "a quo", objetivamente, habrían de hacer nacer en el acusado el temor racional consistente en que el mismo Juzgador, antes de la práctica de la prueba, tenía una idea preconcebida respecto del contenido del fallo a dictar, por lo que procede la estimación del recurso, con declaración de nulidad tanto de la Sentencia recurrida como del acto de juicio oral, el cual deberá ser celebrado por Juez distinto con nueva citación de los intervinientes."