

**N/REF: Comunicación con Fiscalías nº 35/2019**

**FECHA: 7 de marzo de 2019**

**ASUNTO: Remisión de repertorio jurisprudencial correspondiente al segundo semestre de 2018**

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

Madrid, a 7 de marzo 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 queja.

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. Como en ocasiones anteriores, algunas de esas resoluciones van seguidas de una “nota” en negrita, comentando brevemente las razones de la discrepancia, siempre desde el más absoluto respeto a los pronunciamientos judiciales.

Ejemplo de lo anterior son, una vez más, las resoluciones judiciales referidas a la prescripción.

Se recoge, por un lado, el AAP Valencia, sec. 5ª, nº 660/2018, de 05-07-2018, que coincide totalmente con la doctrina de la Circular 9/2011 de la FGE en uno de los problemas de la prescripción allí tratados: el del valor interruptivo o no de las diligencias dirigidas contra un menor de edad con manifiesta falta de competencia. La AP considera, variando su criterio anterior, y amoldándolo a la Circular, que esas actuaciones son nulas y carecen por ello de valor interruptivo.

Donde persiste la irresoluble disparidad de criterios es en relación a cuál debe considerarse el primer acto interruptivo de la prescripción.

La AP de Barcelona continúa su línea jurisprudencial (minoritaria) conforme a la que el auto de incoación de expediente judicial es “una resolución de trámite” no interruptiva de la prescripción. Desde hace tiempo matiza esa interpretación en los supuestos del art. 132.1, párrafo segundo, cuando la víctima es menor de edad. En estos casos viene estimando los recursos del Fiscal y entiende que el hecho no está prescrito, al considerar que el *dies a quo* es aquél en que el menor alcanza la mayoría de edad o, si se incoa un procedimiento de la LORPM, cuando se dicte el auto de apertura de audiencia. Sin embargo, en este resumen jurisprudencial, se transcribe un auto, el nº 749/2018, sec 3ª, en el que la AP modula su propia doctrina enmendando alguna resolución anterior, para estimar ahora que no es de aplicación a los delitos leves.

También debe hacerse notar, como se indica en los comentarios a otra sentencia de la AP de Barcelona, que el tema se ha complicado más aún -si cabe- tras la reforma del art. 132.2. 2ª del CP por LO 1/2015. En la Circular 9/2011 se consideró que el parte de incoación de expediente remitido al Juzgado tenía virtualidad para suspender el plazo de prescripción, como la denuncia o la querrela (esta interpretación ha sido acogida expresamente por la AP de Guipúzcoa). Sin embargo, cuando se hizo la Circular los plazos de suspensión previstos en el CP eran de dos meses para las faltas y seis meses para los delitos. Tras la reforma del CP, por LO 1/2015, se mantiene un único plazo de seis meses de suspensión. De esta forma no tiene ya sentido lo que se propugnaba en la Circular en lo que a delitos leves se refiere. Por eso, asiste la razón a la AP de Barcelona (SAP sec. 3ª, nº 448/2018, de 16-10-2018) cuando dice que en un delito leve carecería de razón de ser un plazo de prescripción de tres meses (art. 15.1.5 LORPM) y un plazo de suspensión de seis meses por aplicación supletoria del art. 132.2. 2ª CP.

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

Se discrepa, igualmente, del AAP Guipúzcoa, sec. 1ª, nº 819/2018, de 21-12-2018. Dicha resolución, en contra del criterio del Juzgado y Fiscalía, estima un recurso de apelación y permite personarse a una víctima, que no lo había hecho durante todo el procedimiento, para que pueda recurrir la sentencia absoluta que le fue notificada. Aunque el Dictamen 1/2016 del Fiscal de Sala Coordinador de Menores, *sobre adaptación de la Ley 4/2015, del Estatuto de la víctima del delito, al ámbito de la Justicia Juvenil*, no se pronuncia expresamente sobre esta posibilidad, del conjunto del Dictamen se infiere que, en tal caso, no cabe recurso si previamente no se ha hecho uso de la facultad de personación prevista en el art. 25 LORPM. Por otra parte, el criterio de la AP parece entrar en colisión con alguna resolución del TS que, tras la Ley 4/2015 del EV, se ha pronunciado sobre la cuestión (vid. ATS de 1 de mayo de 2017).

Llamativa es también la SAP Navarra, sec. 1ª, nº 165/2018, de 26-06-2018. Absuelve en un caso de *Sexting* por estimar que la sentencia condenatoria del Juzgado de Menores hacía una interpretación extensiva del art. 197.7 del CP. Para la AP no concurre el tipo, pues el menor acusado se limitó a difundir un video de carácter sexual que la víctima le envió por wasap voluntariamente, sin que tal grabación fuese “obtenida” por el expedientado. El tipo del art. 197.7 del CP introducido ex profeso para penar esta clase de conductas, paradójicamente, y como consecuencia de su redacción final poco precisa y atinada, parece dar lugar a espacios de impunidad no previstos por el legislador.

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

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

Con la esperanza de que la nueva selección 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

### 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

### A.- II. 2 DELITOS DE MÁXIMA GRAVEDAD

**No es posible “rebajar en grado” las medidas previstas en el art. 10.2 LORPM, pues no es aplicable supletoriamente la regla del art. 62 del CP para las formas imperfectas de ejecución.**

**SAP Madrid, sec. 4ª, nº 541/2018, de 27-11-2018, Pte.: Vigil Leví, Jacobo**

“...Alega la recurrente que se han infringido los *artículos 8, 10.1 y 11 de la LORPM en relación con los artículos 16, 62 y 72 del Código Penal* reguladores de la medida impuesta.

1. Se ha impuesto al menor expedientado como autor de dos delitos de homicidio intentado la medida de 5 años de internamiento en régimen cerrado, complementada por 3 años de Libertad Vigilada. En la resolución recurrida se argumenta que la medida en su naturaleza es la legalmente exigida y que su extensión se justifica en consideración al interés del menor conforme a lo informado por el equipo técnico.

La LORPM establece en su artículo 10.2 a) para la comisión de un delito de homicidio por un menor que, como es el caso, tenía 15 años al tiempo de la infracción, la medida de 1 a 5 años de internamiento en régimen cerrado, complementada por 3 años de Libertad Vigilada. Además, el artículo 11.2 de la misma ley, en relación con el precepto antes citado, para el caso de pluralidad de infracciones, permite elevar el límite máximo de la medida de internamiento a 6 años. Por otra parte el artículo 8.2 de la LORPM limita la extensión de la medida privativa de libertad al establecer que su duración no podrá superar en ningún caso el tiempo de la pena privativa de libertad que se hubiere podido imponer al sujeto en caso de haber sido mayor.

Entiende la Sala que el límite legal para la imposición de la medida no se ha superado. En efecto, el menor ha sido considerado responsable por dos delitos de homicidio en grado de tentativa. Sin embargo, por el grado de ejecución de las infracciones, próximos a la tentativa acabada, la pena correspondiente a los delitos, en caso de haber sido condenado como delincuente mayor, debería ser reducida en un solo grado ( *art. 62 del Código Penal* ), fijándose así un límite de cinco años y un día a diez años (art. 138), por lo que no se ha superado el límite previsto en el *artículo 8.2 de la LORPM antes citado. Además que en este caso son dos las infracciones atribuidas al menor, lo que situaría la medida en una extensión proporcionalmente inferior a lo prevista para un mayor que hubiera cometido el mismo delito, aun con la aplicación del artículo 62 del Código Penal*.

Debemos recordar además que en esta jurisdicción, la justificación de la medida es el beneficio de los menores. La proporcionalidad como regla de juicio es el

resultado de comparar el gravamen que supone para el menor y la finalidad que se persigue con la medida. En este sentido el artículo 7.3 de la LORPM establece los criterios que habrán de considerarse para la determinación de la medida que son " *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*". No se menciona, entre tales criterios, el del grado de ejecución de la infracción, por lo que no se considera de aplicación la regla prevista en el artículo 62 del Código Penal , tal como se recuerda en la *sentencia de esta Sección 4ª de la A.P de Madrid nº 177/12 de 28 de diciembre ."*

### A.- II. 3 PROPORCIONALIDAD

**La medida de seis meses de tareas socioeducativas, para prevenir conductas delictivas y de habilidades sociales y control de impulsos, resulta proporcionada al delito leve de lesiones del 147.2 CP cometido por la menor.**

**SAP Ciudad Real, sec. 1ª, nº 13/2018, de 11-09-2018, Pte.: Alarcón Barcos, Mª Jesús**

"...En el Art. 7.3 LORPM explicita, como uno de los criterios a los que el Juez de Menores debe atender para elegir la medida adecuada, el referido a la valoración jurídica de los hechos; es decir, la significación que los mismos tienen desde la óptica ofrecida por la gravedad del injusto, atendiendo al desvalor de la acción y del resultado. A su vez, el artículo 14.1 LORPM vincula la modificación por el Juez de Menores de la medida impuesta en la sentencia a que la novación (que puede ser un cese de la medida impuesta, una reducción de su duración o una sustitución por otra medida), además de redundar en el interés del menor infractor, exprese suficientemente al mentado menor el reproche merecido por su conducta.

Por su parte, en el artículo 9 LORPM, se establecen la clase de medidas aplicables a las infracciones cometidas por menores tomando como referente las exigencias de adecuación entre el nivel de aflicción predicable del contenido y duración de la medida y la gravedad del hecho cometido.

En aplicación de todo ello al presente caso, del examen del referido fundamento de derecho tercero de la sentencia de recurrida, se aprecia cómo la Juzgadora explica muy detalladamente las razones por las que impone esta medida . Si bien, compartiendo esta Sala los argumentos de la Juzgadora de Menores, toda vez que se trata de un delito leve de lesiones, que denota cierta agresividad, lo propio es adoptar medidas tendentes a que no recidiva conductas como la

enjuiciada y para ello resulta oportuno que se someta a cursos de control de impulsos y técnicas de aprendizaje para la resolución pacífica de conflictos.

Por todo ello, debe considerarse que la medida impuesta por la Juez de Menores, no es desproporcionada, sino que por el contrario se considera adecuada en interés de la formación, educación y reinserción social de la menor además de ser precisa para evitar la futura reiteración de conductas análogas a la aquí enjuiciada.”

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

**Delito contra la integridad moral. Coautoría por participación en actos materiales de acoso y humillación sobre la víctima realizados en grupo. No se precisa una concreta e individualizada atribución de los insultos o actos vejatorios.**

**SAP Santa Cruz de Tenerife, sec. 2ª, nº 269/2018, de 19-09-2018, Pte.: Paredes Sánchez, Fernando**

“...En el caso de autos, de los hechos declarados probados y de la valoración de la prueba practicada se evidencia la implicación activa de la menor apelante en la actuación de acoso escolar sufrida por la menor Ana María., y así se atribuye a la menor Carmen una conjunta participación en actos materiales de acoso y humillación sobre la víctima, sustentándose la condena en un concepto de coautoría que no necesariamente exige una concreta e individualizada atribución de materiales insultos o actos vejatorios que sólo ella pudiera haber proferido sobre la víctima, contra quienes dirigen en grupo una coordinada actuación tendente a quebrantar su integridad moral tal y como, con acierto, lo advierte la Juzgadora a quo. La jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (ver STS nº 778/2014 ) se ha referido a la coautoría y al concierto entre los autores de la siguiente forma: " La coautoría aparece caracterizada, como hemos señalado, desde el plano subjetivo, por una decisión conjunta de los autores que permite engarzar las respectivas actuaciones enmarcadas de una división de funciones acordadas. Desde el plano objetivo, las acciones de los coautores deben estar enmarcadas en fase de ejecución del delito. Las SSTS 29-3-93 , 24-3-98 y 26-7-2000 , han admitido como supuesto de coautoría, lo que se ha denominado participación adhesiva o sucesiva y también coautoría aditiva, que requiere la concurrencia de los siguientes elementos. 1) Que alguien hubiera dado comienzo a la ejecución del delito. 2) Que posteriormente otro u otros ensamblen su actividad a la del primero para lograr la consumación del delito cuya ejecución había sido iniciada por aquel. 3) Que quienes intervengan con posterioridad ratifiquen lo ya realizado por quien comenzó la ejecución del delito aprovechándose de la situación previamente creada por él, no bastando el simple conocimiento. 4) Que cuando intervengan los que no hayan concurrido a los actos de iniciación, no se hubiese producido la consumación, puesto que, quien, interviene después, no puede decirse que haya tomado parte en la ejecución del hecho."

Con arreglo a tales premisas parece claro que la conducta de la menor apelante puede integrarse en dicho concepto, en cuanto no solo formó parte de la rueda o corrillo en torno a la acosada sino que de manera individualizada la dirigió

expresiones insultantes y denigratorias que, en es contexto humillante, atentaron contra la integridad moral de la misma, por lo que resulta correcta su condena en calidad de coautora del delito previsto en el artículo 173 del Código Penal.”

**Delito contra la integridad moral: situación de dominio y humillación sobre la víctima que justifica la aplicación del tipo del art. 173.1 CP.**

**SAP Tarragona, sec. 2ª, nº 546/2018, de 29-11-2018, Pte.: Calvo González, Susana**

“...Respecto a la subsunción típica de los hechos declarados probados en el tipo del art. 173.1 CP, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y la del Tribunal Supremo han venido configurando los elementos del delito contra la integridad moral, que vendría integrado por un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo del delito, un padecimiento, físico o psíquico en dicho sujeto, y un comportamiento que sea degradante o humillante e incida en el concepto de dignidad de la persona afectada o en su inviolabilidad derivada de aquélla, que impiden que sea legítimamente tratada como algo distinto del ser humano ( SSTS 233/09, de 3 de marzo y 20/11, de 27 de enero).

El núcleo del ataque a la integridad moral es la sensación de humillación y de cosificación que tiene la víctima porque resulta agredida en lo que es más esencial del individuo: su dignidad de ser humano merecedor de respeto precisamente por su condición humana. La expresión integridad moral viene referida a la capacidad individual de actuar y comportarse de acuerdo con unos principios generalmente tenidos por aceptables moralmente en la sociedad en la que el sujeto se desenvuelve. Se dice que se refiere a una cualidad moral del sujeto, que se es íntegro por un comportamiento que conforma su moralidad y que solo él puede alterar por su decisión ( STS 489/03, de 2 de abril).

El tipo exige por tanto, la existencia de un trato degradante y un resultado consistente en el grave menoscabo de la integridad moral de quien lo sufre. Aunque las circunstancias han de ser valoradas, generalmente el primero supondrá la causación del segundo, pero no se exige en modo alguno la existencia de una lesión psíquica o la necesidad de tratamiento derivado del trato degradante sufrido. Es trato degradante aquel que pueda crear en las víctimas sentimientos de temor, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso, su resistencia física o moral ( SSTS 1061/09, de 26 de octubre y 20/11, de 27 de enero). Y tales sentimientos, que aparecen relatados por la menor y también por su madre, puede que no necesiten ser superados a través de ayuda de profesionales médicos o psicólogos, cosa que en cualquier caso en el caso que nos ocupa ha quedado probado a través de la declaración de la madre de la menor quien refirió en juicio que su hija estaba sometida a tratamiento psicológico a cargo de la psicóloga Sra. Eulalia, como consecuencia de los hechos sufridos.

La actuación las acusadas, la intensidad del sentimiento de inferioridad y temor en la víctima, que se coligen sin dificultad y sin resquicio para la duda atendido el contexto que hemos descrito en el relato fáctico obtenido de la prueba plenaria y singularmente de la profusa declaración de la menor, nos permiten situarnos ante una situación de dominio y humillación que permite la condena por el tipo

referido. En consecuencia, la condena por el tipo del art. 173.1 CP ha de ser mantenida.”

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

**Adecuación de la medida de ocho meses de convivencia en grupo educativo y cuatro meses más de libertad vigilada a las circunstancias y delito cometido por la menor, de malos tratos habituales en ámbito familiar.**

**SAP Madrid, sec. 4ª, nº 384/2018, de 16-07-2018, Pte.: Hervás Ortiz, José Joaquín**

“...Igual suerte adversa ha de correr el segundo motivo de recurso, con el que se viene a combatir la medida de convivencia en grupo educativo que ha sido impuesta a la menor, pues, a la vista de lo informado por el Equipo Técnico, dicha medida, frente a lo que de forma injustificada se afirma en el recurso, resulta adecuada al interés de la menor y tendente a su defensa.

En este sentido, se indica en el informe del Equipo Técnico que se estima adecuada una medida socio-educativa prolongada en el tiempo, con expresa referencia a la idoneidad de la medida de convivencia en grupo educativo, señalando que la mayoría de factores de riesgo se acumula en las áreas familiar y psicológica, en las que debería centrarse toda la intervención.

Se añade en el informe que habría que movilizar recursos para reequilibrar la dinámica y papeles de los distintos miembros de la unidad familiar, así como una terapia individualizada que ofrezca a la menor una intervención en drogas y que mejore la inestabilidad emocional que presenta y que, además, la dote de recursos para manejar las emociones arrolladoras o negativas y la conducta impulsiva que presenta.

Finalmente, se añade en el informe que sería necesario supervisar y realizar un seguimiento de la menor en el centro educativo y en el ocio.

A la vista de todo ello, difícilmente puede entenderse que no resulte adecuada la medida de convivencia en grupo educativo para intentar superar los déficits que la menor presenta. Y lo que no resulta adecuado, desde luego, al menos en este momento, es la sustitución de dicha medida por la de convivencia de la menor con su madre fuera del domicilio familiar, que se propone en el recurso, pues, de un lado, la madre es uno de los miembros de la familia en la que se ha generado el conflicto y, además, se hace constar en el informe del Equipo Técnico que la propia madre manifiesta que la hija "le puede" y que ella no sabe mantener los castigos ni conseguir que los cumpla, añadiendo que se considera también culpable de la situación existente y que cree que se han invertido los papeles, de tal manera que ella es la hija y la adolescente la madre, y que la menor no le hace caso.

En tales condiciones difícilmente va a poder contribuir la madre de la menor, con una mera convivencia con esta última fuera del domicilio familiar, a la efectiva corrección de los déficits que la menor presenta, que requieren de la imposición a esta última de unas mínimas normas que la madre no parece estar en concisiones de hacer cumplir en la actualidad, a la vista de lo informado por el Equipo Técnico.”

**Se deniega la nulidad de la audiencia solicitada por la defensa para que estuviese presente el padre del menor, contra el que la madre ejercía la acusación particular por malos tratos en ámbito familiar. Decisión acertada de la Juzgadora de recabar la presencia de un técnico de Bienestar Social.**

**SAP Cuenca, sec. 1ª, nº 144/2018, de 04-12-2018, Pte.: Martín Mesonero, Javier**

“...La representación del menor pretende en primer término la nulidad del acto de juicio por no haberse atendido su petición de suspensión formulada al inicio del mismo a fin de que compareciera su padre en su condición de representante legal dado el conflicto de intereses existente con su madre, constituida en acusación particular.

El motivo no puede ser estimado.

El acompañamiento por padres, tutores o adultos se configura como un derecho procesal del menor. Tiene por finalidad el que se sienta más seguro, tranquilo, en una situación que es difícil para todo el que se enfrenta al sistema de justicia y a un medio objetivamente hostil, máxime si es menor de edad.

La LO 5/2000, de 12 de enero, sólo regula expresamente las condiciones en que ha de recibirse declaración al expedientado, durante la fase de instrucción, cuando tiene la condición de detenido, en su artículo 17 , que establece que:

"Toda declaración del detenido, se llevará a cabo en presencia de su letrado y de aquéllos que ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor -de hecho o de derecho-, salvo que, en este último caso, las circunstancias aconsejen lo contrario. En defecto de estos últimos la declaración se llevará a cabo en presencia del Ministerio Fiscal, representado por persona distinta del instructor del expediente".

Ya en la fase de juicio oral, para el acto de la vista, donde la declaración del menor será una de las pruebas a practicar, el artículo 35 de la LORRPM 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".

En el presente caso, la petición del letrado del menor relativa a la presencia del padre de éste fue formulada de forma sorpresiva al inicio del juicio, pues nada se interesó al respecto en fase de instrucción ni tampoco se solicitó su citación en ningún momento anterior al juicio. Ante la imposibilidad de dar satisfacción a dicha petición por la propia inacción del solicitante, quien ni siquiera facilitó un domicilio donde citar a su progenitor, la decisión de la juzgadora a quo de recabar la presencia de un técnico de bienestar social se estima acertada. La DUE

2016/800 del Parlamento europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2016 relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales, en los supuestos en que el menor no puede estar acompañado por el titular de la patria potestad durante el proceso, establece en el artículo 15 que:

"Si el menor no ha designado a otro adulto adecuado, o si el adulto designado por el menor no resulta aceptable para la autoridad competente, esta designará a otra persona para acompañar al menor, teniendo en cuenta el interés superior del menor. Dicha persona también podrá ser alguien dependiente de una autoridad o de alguna institución responsable de la protección o del bienestar de los menores".

En todo caso, debe recordarse que la nulidad requiere indefensión, y ésta solo existe cuando se priva al justiciable de alguno de los instrumentos que el ordenamiento jurídico pone a su alcance para la defensa de sus derechos, con el consiguiente perjuicio al producirse menoscabo real y efectivo del derecho de defensa, situación que desde luego no se constata en el caso de autos, pues el menor contó con una defensa técnica con todas las garantías y pudo manifestar todo aquello que estimó pertinente, sin que la ausencia del padre, con el que, según consta en el informe del Equipo Técnico, apenas tenía relación (siendo prueba de ello el desconocimiento manifestado en el juicio sobre su paradero) ocasionara una merma de tales derechos." (vid. también Apdo. **J.- NULIDAD DE ACTUACIONES**)

#### **A.-III-4 DELITOS CONTRA LA INTIMIDAD. DELITOS TECNOLÓGICOS**

**Sexting.** Absolución, por estimar que la sentencia condenatoria del Juzgado de Menores hacía una interpretación extensiva del art. 197.7 del CP. Para la AP no concurre el tipo en este caso, pues el menor acusado se limitó a difundir un video de carácter sexual que la víctima le envió por wasap voluntariamente, sin que tal grabación fuese "obtenida" por el expedientado.

**SAP Navarra, sec. 1ª, nº 165/2018, de 26-06-2018, Pte.: Argal Lara, María Begoña**

"...La sentencia apelada declara probado que el menor expedientado recibió en su teléfono, a través de la aplicación whatsapp, un archivo enviado de manera voluntaria por la menor de 14 años, conteniendo un video de carácter íntimo de contenido sexual en que se veía la cara de la chica, y que posteriormente el expedientado, sin autorización de la menor, lo envió a dos chicas menores y a un amigo que lo difundió entre otros menores de edad.

Calificó los hechos como constitutivos de un delito contra la intimidad del artículo 197.7 del Código Penal, por concurrir todos los elementos del mismo.

TERCERO.-Infracción de precepto legal: artículo 197.7 Código Penal.

No impugna la parte recurrente la valoración probatoria que se ha realizado en la sentencia, por lo que la cuestión litigiosa planteada en esta alzada queda concretada a la alegada infracción. Sostiene que los hechos probados no tienen encaje en el apartado 7 del artículo 197 CP, dado que el vídeo de carácter íntimo

de contenido sexual que el expedientado compartió, lo recibió de la menor de 14 años de edad que voluntariamente se lo envió a su teléfono móvil a través de la aplicación de whatsapp, no habiendo intervenido el expedientado en su grabación.

Efectivamente el artículo 197.7 CP , introducido por la reforma del Código Penal por LO 1/2015 dispone:"será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de 6 a 12 meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona".

En el preámbulo XIII de la LO 1/2015 se señala: "se modifican los delitos relativos a la intromisión en la intimidad de los ciudadanos, con el fin de solucionar los problemas de falta de tipicidad de algunas conductas. El vigente artículo 197 contempla como delito, por un lado, el apoderamiento de cartas, papeles, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos de naturaleza personal de la víctima y, por otro lado, la interceptación de cualquier tipo de comunicación de la víctima, sea cual fuere la naturaleza y la vía de dicha comunicación interceptada. Ambas conductas exigen la falta de consentimiento de la víctima. Los supuestos a los que ahora se ofrece respuesta son aquellos otros en los que las imágenes o grabaciones de otra persona se obtienen con su consentimiento, pero son luego divulgados contra su voluntad, cuando la imagen o grabación se ha producido en un ámbito y su difusión, sin el consentimiento de la persona afectada, lesione gravemente su intimidad".

De lo que se infiere que las imágenes o grabaciones audiovisuales difundidas, reveladas o cedidas a terceros sin autorización de la persona afectada, para que sean típicas, deben haberse "obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier lugar fuera del alcance de la mirada de terceros"; lo que exige un análisis interpretativo de la acción descrita en el tipo.

Conforme a una consolidada doctrina constitucional ( STC 38/2003, de 27 de febrero ) la garantía material del principio de legalidad comporta el mandato de taxatividad o certeza, que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones (Lex Certa).

Esta exigencia no sólo tiene implicaciones para el Legislador, sino también para los órganos judiciales. En su labor de interpretación y aplicación de las leyes penales, los jueces y tribunales se hallan sujetos al principio de tipicidad, en el doble sentido de que, en primer lugar, están obligados a una sujeción estricta a la ley penal ( STC 133/1987, de 21 de julio ; 182/1990 de 15 de noviembre ) y, en segundo lugar, les está negada la interpretación extensiva y la analogía in malam partem( SSTC 81/1995 de 5 de junio ; 34/1996, de 11 de marzo ; 64/2001, de 17 de marzo y 170/2002, de 30 de septiembre ), es decir, la exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y los límites que ellas mismas determinan.

Como señala la STC 38/2003, de 27 de febrero , el que estas técnicas jurídicas, que tan fértiles resultados producen en otros sectores del ordenamiento jurídico, estén prohibidas en el ámbito penal y sancionador obedece a que en caso contrario las mismas se convertirían en fuente creadora de delitos y penas y, por su parte, el aplicador de la nueva norma así obtenida invadiría el ámbito que sólo

al Legislador corresponde en contra de los postulados del principio de división de poderes.

El requisito de que se hubiera "obtenido con su anuencia en un domicilio o en un lugar fuera del alcance de las miradas de terceros", hace referencia a una modalidad de acción de obtención en espacio íntimo en el que se ha realizado la grabación con anuencia, por lo que cualquier modalidad de "obtención" de la grabación no está sancionada en el precepto.

Dado que en la sentencia se señala que el expedientado obtuvo la grabación porque se la envió la persona afectada, y reconoció que el video era íntimo en el que ella se encontraba desnuda, tocándose, corroborado por el testigo, se infiere que el lugar en el que se desarrolló la grabación era un espacio reservado de la mirada o de la intervención de terceros.

La aplicación del tipo penal realizado en la sentencia recurrida se aparta del tenor literal del precepto, artículo 197.7 CP. al haberse difundido una grabación que no fue "obtenida" por el expedientado en un domicilio o cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros con anuencia de la persona afectada, ya que la grabación se la había remitido voluntariamente ésta, es decir, la obtención de la grabación por el expedientado no tuvo lugar en la forma descrita por el tipo penal, a pesar de que la obtuvo con anuencia de la víctima porque se la envió a su móvil, y su difusión también pudo afectar gravemente a la intimidad personal. Ello implica que se ha realizado en la sentencia una interpretación extensiva de la norma penal por razón de que en la acción desarrollada por el expedientado, "obtención", no concurren los presupuestos que en aquélla se establecen, "con su anuencia en un domicilio o lugar fuera del alcance de las miradas de terceros", por lo que se ha vulnerado el principio de legalidad penal con infracción de la garantía de taxatividad; lo que conlleva el dictado de una sentencia absolutoria."

**NOTA:** La cuestión es más de derecho penal general que específica de la LORPM, aunque, ciertamente, entre los menores proliferen este tipo de conductas. No deja de ser llamativo que un tipo penal, el del 197.7 CP, que se creó *ex profeso*, con la reforma del CP por LO 1/2015, para castigar estas situaciones no sea de aplicación al caso, quizá como consecuencia de una reforma legislativa poco reflexiva y atinada en cuanto a la redacción final del precepto, del que se puede dudar hasta su necesidad objetiva existiendo el tipo del delito contra la integridad moral del art. 173.1 CP.

La actuación de la Sección de Menores acusando por el tipo del art. 197.7 fue correcta y acorde a la Circular 3/2017 de la FGE. No obstante, y para lo sucesivo, quizá sea más adecuado para evitar espacios de impunidad la calificación alternativa por el tipo mencionado del art. 173.1 CP, o en concurso ideal con el 197.7, como prevé también la Circular mencionada (vid. Apdo. 1.2 y Conclusiones 5ª a 7ª).

## B.- FASE DE INSTRUCCIÓN

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

Competencia del Juzgado Central de Menores de la AN para conocer de la difusión a través de Twitter de mensajes de contenido *yihadista*, por si pudieran ser constitutivos del delito previsto en el art. 579 del CP.

**AAP Madrid, sec. 4ª, nº 589/2018, de 12-07-2018, Pte.: Vigil Levi, Jacobo**

“...Alega la recurrente que los hechos no pueden considerarse constitutivos de un delito previsto en el artículo 579 del Código Penal ni en fin en ninguno de los que son competencia del Juzgado Central de Menores, por lo que no procede la inhabilitación.

Castiga el artículo 579.1 del Código Penal al que "por cualquier medio, difunda públicamente mensajes o consignas que tengan como finalidad o que, por su contenido, sean idóneos para incitar a otros a la comisión de alguno de los delitos de este Capítulo". Por otra parte el Código Penal sanciona formas delictivas en las que también podría subsumirse la conducta enjuiciada como el delito de odio (art. 510 ) y aun el de amenazas (art 169 ).

En puridad el sentido del auto recurrido no es determinar cuál sea la calificación adecuada para la conducta que se atribuye a la menor denunciada, ni tan siquiera de forma provisional. Únicamente se plantea la competencia del Juzgado Central de Menores que, en caso de que acepte o de que le sea definitivamente atribuido el conocimiento de la causa, deberá realizar este análisis. Aquel será además el órgano investido de la competencia para estudiar la calificación de los hechos conforme al delito sugerido por el Ministerio Fiscal, estudio que excede de las competencias del Juzgado de Menores de Madrid. Cercenar en este momento procesal, la posibilidad de considerar perpetrado el delito pretendido por el Ministerio Fiscal resulta cuanto menos prematuro.

Por otra parte, a los solos efectos del sentido de la presente resolución, los indicios que resultan del contenido mismo de las expresiones proferidas por la menor expedientada, revelan una posible relación con entidades (ISIS) y conductas ideológicamente relacionadas con los delitos de terrorismo, por lo que la calificación propuesta no puede ser descartada.

Por los motivos expuestos procede desestimar el recurso formulado y confirmar la resolución recurrida.”

**B.-III.-DILIGENCIAS DE INSTRUCCIÓN**

**Video grabado por los menores mientras provocaban un incendio forestal. Para su incautación y visionado por los agentes no era necesaria ni autorización de los padres, al tratarse de una prueba del delito, ni presencia de letrado, pues no es intervención de comunicaciones.**

**SAP Jaén, sec. 2ª, nº 285/2018, de 14-12-2018, Pte.: Aguirre Zamorano, Pío**

“...en cuando a la primera alegación el video grabado por los menores fueron recogidos por la guardia civil que acudió al producirse el incendio.

Es por ello que incautaron el video de conformidad con lo previsto en el art. 282 de la L.E.CR, es decir incoaron las diligencias necesarias para la comprobación del delito, descubrir a los delincuentes y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial, tal y como dispone el artículo citado.

Ello es así porque el art. 126 de la C.E., impone a la policía judicial la averiguación del delito y el descubrimiento del delincuente, esto es, le atribuye

la práctica de los actos de investigación pertinentes para el descubrimiento del hecho punible y de su autoría (STS 777/2013 de 7 de Octubre; STS 608/2013 de 17 de Julio ).

Pues bien esta conducta en la que realiza la guardia civil, actuando con Policía Judicial, es decir, poner a disposición de la Fiscalía todos los efectos del delito. Además consta (folio 6) el menor hizo entrega de forma voluntaria de la cámara digital donde se grabaron los hechos.

Este video fue visionado por los agentes de la Guardia Civil con la autorización del responsable legal del menor (folio 37), aunque a juicio de este Tribunal no hiciera falta tal autorización al tratarse de una prueba del delito.

A mayor abundamiento y tal y como informa el Ministerio Fiscal no es necesario la presencia del letrado del menor al no tratarse de una intervención de las comunicaciones.”

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

**SAP Barcelona, sec. 3ª, nº 350/2018, de 26-07-2018, Pte.: Grau Gasso, José**

**Reconocimiento fotográfico. Fotografías de menores extraídas por la Policía de Facebook. La AP estima el recurso de la defensa y absuelve por entender que el reconocimiento fotográfico inicial pudo ser sesgado y condicionar los posteriores reconocimientos en rueda y en la audiencia.**

“...La representación procesal del menor Demetrio impugna la sentencia dictada en la instancia cuestionando la fiabilidad del reconocimiento fotográfico realizado por la víctima en el atestado policial, así como la identificación realizada posteriormente en el diligencia de rueda de reconocimiento, así como la efectuada en el mismo acto del juicio.

La jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha venido entendiendo (por todas, ver la STS nº 18/2017) que el reconocimiento fotográfico ha sido reiteradamente admitido por la jurisprudencia de esta Sala y la del Tribunal Constitucional como herramienta policial idónea para orientar la investigación con el objetivo de lograr la identificación del autor de los hechos.

La doctrina de esta Sala, recogida entre otras en las STS 330/2014 de 23 de abril y 675/2015 de 3 de noviembre, señala que los reconocimientos fotográficos en sede policial, por sí solos, no constituyen prueba apta para destruir la presunción de inocencia, al constituir meras actuaciones policiales que sirven para la apertura de una línea de investigación, a veces imprescindibles porque no hay otra forma de obtener una pista que pueda conducir a la identificación del autor o de descartar a otros sospechosos.

Las SSTS 901/2014 de 30 de diciembre; 353/2014 de 8 de mayo; 16/2014 de 30 de enero; 525/2011 de 8 de junio; 169/2011 de 22 de marzo y 331/2009 de 18 de mayo, incluyen entre las herramientas de investigación al alcance de la Policía, el reconocimiento fotográfico, que permite concretar en una determinada persona, de entre la multitud de hipotéticos sospechosos, las pesquisas conducentes a la obtención de todo un completo material probatorio susceptible de ser utilizado en su momento en sustento de las pretensiones acusatorias.

La STS 16/2014 de 30 de enero, con cita de las SSTS 617/2010 de 24 de junio, 1386/2009 de 30 de diciembre y 503/2008 de 17 de julio, sintetiza la doctrina general sobre la operatividad procesal y eficacia probatoria de los

reconocimientos fotográficos policiales y argumenta 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".

Ahora bien, ello no implica que las identificaciones fotográficas realizadas en sede policial, no hayan de estar sometidas a determinados presupuestos de método. Existen factores intraprocesales que pueden afectar a la fiabilidad del reconocimiento, y que obligan a constatar que el procedimiento de reconocimiento se ha llevado a efecto en todas las fases de la investigación policial y judicial en las mejores condiciones posibles, sin dar lugar a sesgos condicionados por los propios investigadores (STS 901/2014 de 30 de diciembre y 337/2015 de 24 de mayo).

En palabras de la STS 353/2014 de 8 de mayo, la diligencia quedaría gravemente viciada si los funcionarios policiales dirigen a los participantes en la identificación cualquier sugerencia, o indicación, por leve o sutil que fuera, acerca de la posibilidad de cualquiera de las identidades de los fotografiados.

En este caso, ni se cuestiona la composición de clichés fotográficos que se exhibieron en sede policial, ni se plantea una eventual intervención policial dirigida a influir en el reconocimiento, por lo que no existen razones para cuestionar la regularidad de esta diligencia.

En el presente caso la identificación fotográfica realizada por la víctima en las dependencias policiales se verificó sobre una pluralidad de fotografías obtenidas por los propios agentes de la autoridad de los perfiles de Facebook, fotografías que se corresponden con chicos que, al parecer, previamente fueron identificados por dichos agentes en el mismo barrio en el que se estaban cometiendo delitos semejantes al presente, siendo necesario poner de relieve que resulta más que dudosa la legalidad de dicha práctica policial, toda vez que el Reglamento que desarrolla la Ley Orgánica del Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores es muy estricto cuando regula la obtención de fotografías identificativas de menores de edad y su posterior utilización por parte de los agentes de la autoridad.

Efectivamente, los apartados tercero y cuarto del art. 2 del Real Decreto 1774/2004, de fecha 30 de julio, disponen claramente lo siguiente: 3.- Los registros policiales donde consten la identidad y otros datos que afecten a la intimidad de los menores serán de carácter estrictamente confidencial y no podrán ser consultados por terceros. Sólo tendrán acceso a dichos archivos las personas que participen directamente en la investigación de un caso en trámite

o aquellas personas que, en el ejercicio de sus respectivas competencias, autoricen expresamente el juez de menores o el Ministerio Fiscal, todo ello sin perjuicio de las disposiciones que, en materia de regulación de ficheros y registros automatizados, dicten las Comunidades Autónomas de acuerdo con sus respectivas competencias.

4.A tal efecto, cuando, de conformidad con el artículo 17 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, se proceda a la detención de un menor, se podrá proceder a tomar reseña de sus impresiones dactilares, así como fotografías de su rostro, que se remitirán, como parte del atestado policial, al Ministerio Fiscal para la instrucción del expediente, y constarán en la base de datos de identificación personal y en el presente caso parece evidente que la policía judicial decidió crear un registro de imágenes de varios chicos del barrio, exhibiendo dichas imágenes sin obtener la previa autorización de la autoridad judicial o del Ministerio Fiscal.

En todo caso, lo más relevante es que existen razones para pensar que el reconocimiento fotográfico efectuado por la víctima pudo estar claramente condicionando por la actuación de los agentes de la autoridad. Si observamos las dos identificaciones realizadas por la víctima (ver folios 20 y 22 del expediente remitido por el Ministerio Fiscal) observaremos como en ambos folios aparecen ocho fotografías de ocho chicos con unos rasgos semejantes, pero se da la circunstancia de que en ambos folios todas las fotografías, menos la de la persona identificada, se repiten o son idénticas. De hecho, las fotografías de los figurantes no solo se repiten, sino que en ambos folios están colocadas en el mismo orden.

En estas condiciones, aunque al examinar la grabación del acto del juicio hemos podido constatar como la víctima reconoce sin ningún género de dudas al hoy recurrente como el autor de los hechos y como ratifica la identificación realizada cuando se practicó la diligencia de rueda de reconocimiento, lo cierto es que tenemos o existen dudas más que razonables sobre la fiabilidad del reconocimiento fotográfico realizado en las dependencias policiales, sin que podamos descartar que dicha identificación inicial haya condicionado todas las identificaciones realizadas posteriormente en sede judicial o en el acto del juicio. Por todo lo expuesto, consideramos que resulta de aplicación el principio in dubio pro reo, siendo procedente estimar el recurso de apelación interpuesto y absolver al menor Demetrio de los delitos por los que venía siendo acusado en la instancia, sin imposición de costas en esta alzada por no haber méritos para ello.”

**NOTA:** La AP considera de dudosa legalidad que en el atestado se exhibieran fotografías extraídas de perfiles de Facebook. Desde nuestro respeto a las decisiones jurisdiccionales, lo cierto es que, hasta ahora, todas las Audiencias Provinciales en sus resoluciones han admitido esta práctica siempre que los perfiles de las redes estén abiertos al público. No deja de ser una diligencia policial, que no empece a las identificaciones posteriores en sede judicial con plenas garantías. Si a la AP le parece dudosa esa práctica, más dudoso nos parece que se pretenda -como parece sugerir la sentencia- un requisito de autorización judicial o del Fiscal para estos casos que no están previstos en el art. 2.3 del Reglamento de la LORPM. Y no se comparte la conclusión final a la que llega la Sala:

que esa identificación “contamine” el reconocimiento en rueda y el practicado en la audiencia, con la absolución consiguiente.

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

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

#### **C.-I.-1 DECLARACIONES DE LOS COACUSADOS MENORES O ADULTOS**

**Irrelevancia exculpatoria de las declaraciones en audiencia de los coacausados por los mismos hechos en la jurisdicción de adultos.**

**SAP Tarragona, sec. 2ª, nº 308/2018, de 29-06-2018, Pte.: Calvo González, Susana**

“...Frente a ello, la declaración en calidad de testigos de quienes en el procedimiento de adultos ostentan la condición de encausados por los mismos hechos que el menor ahora recurrente, carece de toda relevancia exculpatoria. Especialmente por su relación con el objeto del proceso pero también por su estrecha y familiar relación con el acusado.

La Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor 5/2000 atribuye a la jurisdicción de menores la competencia para conocer de los hechos cometidos por los menores de edad sin ningún tipo de especialidad ni excepción para aquellos supuestos en los que en los hechos ilícitos hayan intervenido de forma conjunta mayores y menores de edad, produciéndose entonces como en el caso de autos, una duplicidad de procedimientos, siendo normalmente el de menores el que se tramita con mayor celeridad y en el que se procede en primer término a su enjuiciamiento. Y ha de abordarse entonces en qué condición declaran los menores de edad imputados en su correspondiente procedimiento cuando declaran en el procedimiento de adultos y viceversa. Y ello partiendo de la idea de que en la toma en consideración del medio de prueba personal y de su valoración resulta fundamental la vinculación del sujeto declarante con los hechos objeto de enjuiciamiento. Mientras que al acusado se le atribuye indiciariamente los hechos que configuran el objeto del proceso, el testigo tiene una posición externa: sus posiciones no son meramente formales, sino que tienen un contenido material que viene determinado fundamentalmente por la relación del sujeto con el objeto del proceso, y que en el caso del imputado determina que despliegue todos sus efectos el derecho de defensa, y en el caso de los testigos implica la utilización de criterios de valoración en todo caso ajenos a los propios del investigado. La posición de imputado, de denunciado, lo es en relación a unos hechos y no en relación a un procedimiento determinado, de forma que aún cuando el sujeto imputado por un hecho punible declare en un procedimiento en el que no se le formula acusación o no se le ha formulado imputación, no por ello se convierte en testigo y pierde los derechos de defensa que como imputado ostenta.

Por tanto, conforme a la doctrina expuesta en esta sentencia, lo relevante para valorar la declaración del sujeto no es si efectivamente aparece formalmente como imputado o acusado en un determinado procedimiento, sino su relación material con los hechos que constituyen el objeto del proceso. Y en este sentido la Sala entiende que la prueba de descargo consistente en la declaración de los

otros implicados en los hechos efectivamente carece de toda eficacia exculpatoria, su relación con el objeto del proceso obligaría a examinar de manera muy cuidadosa sus manifestaciones, afirmando rotundamente que resultan absolutamente insuficientes para desvirtuar la contundente prueba en contra.

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

**Negativa a declarar de los acusados menores en la audiencia. Lectura de sus manifestaciones en fase de instrucción ante el Fiscal. Es procedente, conforme al TS el uso del art. 714 de la LECrim en este caso, para valorar el contenido de esas declaraciones. Declaraciones tomadas por el Fiscal y su apreciación conforme doctrina STC 206/2003.**

**SAP Madrid, sec. 4ª, nº 541/2018, de 27-11-2018, Pte.: Vigil Leví, Jacobo**

“...Tanto el menor recurrente Octavio como la también expedientada Regina se acogieron en el plenario a su derecho a no declarar. Sin embargo, a petición del Ministerio Fiscal, se dio lectura a sus declaraciones realizadas el 9 de marzo de 2018 ante el Fiscal de Menores a presencia de sus respectivos Letrados y representantes legales, declaraciones documentadas a los folios 294 y 290.

La recurrente cuestiona que dicha diligencia pueda ser valorada como prueba de cargo. Sostiene que la jurisprudencia del T.E.D.H y del TS impide valorar el silencio del acusado que se niega a declarar como un indicio en su contra, con cita de la Sentencia del TEDH de 8 de febrero de 1996 (Caso Murray contra Reino Unido). No dice sin embargo que esta doctrina ha sido matizada por el mismo Tribunal en la posterior STEDH de 2 de mayo de 2000 (Caso Condrón) en la que se establece que, "mediante las garantías adecuadas el silencio de un acusado en situaciones que requieren manifiestamente una explicación, puede tenerse en cuenta cuando se trata de apreciar la fuerza de las pruebas de cargo" (apartado 61).

Sin embargo, no es esta la cuestión. En el caso analizado no se ha considerado en la sentencia de instancia el silencio del menor expedientado como un elemento de cargo. Lo que se ha hecho es, ante la negativa del expedientado a declarar, introducir su manifestación realizada ante el Ministerio Público en el debate contradictorio y valorarla en consecuencia como prueba de cargo. Este modo de proceder es admisible desde una perspectiva constitucional.

Constituye una regla general en nuestro ordenamiento la que establece que únicamente constituye prueba de cargo la declaración testifical realizada en el plenario y a presencia de las partes ( art.741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y Art. 6.3 del C.E.D.H.). Sin embargo no son pocos los supuestos en los que nuestra doctrina constitucional y jurisprudencia formulan excepciones a esa regla y permiten valorar como prueba de cargo las declaraciones de testigos no comparecidos en el plenario previa su lectura ( art. 730 Ley de Enjuiciamiento Criminal ), o ponderando las eventuales contradicciones halladas entre lo depuesto en el plenario y lo declarado en fase de instrucción ( art. 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

La primera peculiaridad resulta del hecho de que los sujetos cuya declaración analizamos son acusados y no testigos y que no han declarado acogiéndose a su derecho a guardar silencio, por lo que en puridad si que comparecieron y no han entrado en contradicción formal con sus anteriores manifestaciones.

Respecto de esta situación, y en relación con el procedimiento de mayores, el TS ha trazado una línea jurisprudencia, ya constante, en la que considera la validez de la valoración de la declaración prestada en fase de instrucción por un acusado que se acoge a su derecho a no declarar, si debidamente introducida en el plenario. Así entre otras en su STS nº 590/04 de 6 de mayo (Pte Martínez Arrieta) en la que se concluye que "Consecuentemente, y de acuerdo con la doctrina jurisprudencial reseñada, la negativa del acusado a responder a las preguntas que desde la acusación se le formulan, no impide que puedan ser valoradas las declaraciones sumariales prestadas con observancia de las garantías previstas en la ley procesal penal, pudiendo conformar la convicción judicial sobre los hechos imputados.". En el mismo sentido la más reciente STS 156/17 de 13 de marzo (Pte Llarena Conde) en la que se razona que "Y contemplando específicamente los supuestos en los que el acusado decide acogerse a su derecho a guardar silencio en el plenario y hubiera declarado en la instrucción sumarial ante el Juez, nuestra jurisprudencia (STS 843/2011, de 29 de julioo 654/2016 de 15 de julio), concreta que por más que en estos casos no se produzca una auténtica retractación (ante la cual, el artículo 714 LECRIMposibilita la lectura de las declaraciones sumariales), dado que no hay expresión de ningún contenido divergente al anterior, y pese a que tampoco es un supuesto de imposibilidad de practicar la declaración (supuesto en el que también se contempla la lectura de las declaraciones sumariales en el art. 730 LECRIM), pues el ejercicio del derecho a no declarar no puede identificarse con la imposibilidad de practicar la declaración; es igualmente evidente que, en estos casos, el declarante no ratifica ni rectifica lo ya declarado, pues se limita a guardar silencio (art. 714 LECRIM). Por ello, dado que la Ley de Enjuiciamiento Criminal no prevé otra forma de incorporar tales manifestaciones al material probatorio durante el plenario, y que una interpretación literal de los preceptos indicados supondría impedir la lectura en juicio de tales declaraciones sumariales (lo que supondría de facto reconocer al acusado, no sólo su derecho a no declarar, sino el derecho de excluir o borrar las declaraciones propias hechas voluntariamente en momentos anteriores), la jurisprudencia de esta Sala ha admitido que, si las declaraciones instructoras se realizaron con todas las garantías (incluyendo el respeto del derecho del investigado a no declarar), sea posible acudir a la aplicación del art. 714 de la LECRIM .

El supuesto analizado presenta sin embargo una peculiaridad, puesto estamos en la jurisdicción de menores y las declaraciones se realizaron ante el Fiscal de Menores encargado de la instrucción y no ante el Juez. El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la aptitud como prueba de cargo de la declaración prestada ante el Fiscal de Menores, cuando tal declaración se ha realizado con todas las garantías y ha sido debidamente introducida en el debate. Así en la STC 206/2003 de 1 de diciembre ha razonado que el Ministerio Fiscal el en procedimiento que establece la LORPM asume una actividad que no es meramente policial, sino que adquiere una posición institucional como órgano encargado de dirigir la investigación de los hechos asumiendo verdaderas funciones instructoras. Es además un órgano integrado con autonomía funcional

en el Poder Judicial y que ejerce sus funciones de acuerdo con los principios de legalidad e imparcialidad ( art. 124 CE). Por tal motivo concluye que "En estos términos, ha de admitirse la aptitud constitucional de la declaración del menor ante el Fiscal de Menores para incorporarse por la vía delart. 714 LECriminal acervo probatorio a tener en cuenta por el juzgador a la hora de formar su convicción, garantizándose de este modo la triple exigencia constitucional de toda actividad probatoria: publicidad, contradicción e inmediatez (por todas, SSTC 2/2002, de 14 de enero, FJ 6 ; 155/2002, de 22 de julio, FJ 10). Y, como señalábamos en esta última Sentencia, si se cumplen las exigencias reseñadas, "el órgano sentenciador se encuentra ante pruebas válidas y puede dar credibilidad a uno u otro testimonio y fundar sobre él la condena, ya que la defensa puede impugnar su contenido haciendo a su respecto las alegaciones que tenga por oportunas" (STC 155/2002, FJ 10 y todas las allí citadas)". En este sentido se ha pronunciado reiteradamente esta Sala en sentencias 129/16 de 26 de abril y 135/16 de 27 de abril entre otras. Estas consideraciones son suficientes para concluir que la declaración del menor Octavio puede ser valorada.

Por lo que se refiere a la otra acusada Regina, se debe ponderar además el hecho de que se trata de una declaración inculpativa que procede de una coacusada. A este respecto las SSTC 65/2003 de 7 de abril y 181/2002, de 14 de octubre (FJ 3) , con cita de la STC 68/2001, de 17 de marzo (FJ 5), entre otras, consideran que las declaraciones de un coimputado, por sí solas, no permiten desvirtuar la presunción de inocencia. Para que la condena pueda basarse en tales declaraciones, sin lesionar el derecho fundamental a la presunción de inocencia, es preciso que se adicione a las mismas algún dato que corrobore mínimamente su contenido, destacando las consideradas Sentencias que no es posible definir con carácter general qué debe entenderse por la exigible "corroboración mínima", más allá de la idea obvia de que la veracidad de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externos para que pueda estimarse corroborada.

En el caso que nos ocupa sin embargo la declaración de Regina. cuya valoración se nos propone no tiene una finalidad exculpativa, puesto que su absolución no dependió de la responsabilidad que de dicha declaración pueda deducirse para el menor recurrente. Por otra parte, si que se dan ciertos elementos de corroboración de lo manifestado por Regina. que resultan de la versión del propio Octavio como de la testifical practicada, en términos a los que haremos oportuna referencia.

Concluimos así que las manifestaciones de los dos menores acusados, tal como han sido obtenidas e introducidas en el plenario, pueden ser valoradas como prueba de cargo, sin el impedimento constitucional que alega la recurrente."

## **C.- II CELEBRACIÓN EN AUSENCIA**

**Validez del juicio celebrado en ausencia, por aplicación supletoria de la LECrim, y previo apercibimiento al menor que podría celebrarse si no concurría.**

**SAP Valencia, sec. 5ª, nº 377/2018, de 11-07-2018, Pte.: Gómez Villora, José María**

“...el presente recurso ha de resolverse, en primer término, la alegación sobre la posible nulidad de la Sentencia al haber sido celebrado el juicio en ausencia del menor.

En cuanto a celebración del juicio en ausencia del menor al amparo del artículo 786 de la Lecrim , ha de decirse que no existe esta previsión de forma específica para la jurisdicción de menores si bien resulta posible su aplicación supletoria ex Disposición Final Primera de la LORPM, tal y como señala el Ministerio Fiscal.

Por lo que respecta a la interpretación de dicha norma, puede traerse a colación la doctrina citada por la Sentencia 216/2017 de 30 de marzo de la Sección Segunda de esta Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, cuando señala lo siguiente:

"...el Tribunal Constitucional, en una lectura compatible del procedimiento especial en ausencia con las exigencias derivadas del proceso justo, ha establecido un programa rígido de condiciones de realización afirmando que ésta sólo es posible si se garantiza suficientemente el derecho del acusado a defenderse en un juicio contradictorio dándole, mediante la citación que produzca un conocimiento efectivo, oportunidad de comparecer en él con anterioridad para que pueda conocer los hechos que se le imputan y garantizándole, en cualquier caso, la posibilidad de instar un procedimiento rescisorio frente a la condena penal en ausencia, sin que tal posibilidad haya de extenderse necesariamente a los pronunciamientos civiles de la sentencia (STC 135/1997, F. 7).

Ahora bien, la necesidad de aplicar estándares deferentes para la mejor protección del derecho de defensa no supone que pueda ordenarse una consecuencia procesal tan relevante como lo es la nulidad del juicio del simple dato alegado por la parte de que no participó en el acto del juicio. La nulidad, reclama identificar una situación de indefensión constitucionalmente relevante, entendiéndose por tal la que priva de razonables expectativas de ejercicio de derechos de intervención y alegación en el proceso y que, además, no sea imputable a la propia actitud o conducta procesal de la parte que la sufre."

Dicha doctrina ha de completarse con lo dispuesto por la Directiva 2016/343, conforme a la cual:

"(36) En determinadas circunstancias, debe poder pronunciarse una resolución de condena o absolución de un sospechoso o acusado, aun cuando la persona interesada no se encuentre presente en el juicio. Este puede ser el caso si el sospechoso o acusado no comparece personalmente, pese a haber sido informado oportunamente del juicio y de las consecuencias de su incomparecencia. El hecho de que se haya informado del juicio al sospechoso o acusado se debe entender como una citación a comparecer personalmente o, de otro modo, como una comunicación de información oficial a esa persona acerca de la fecha y el lugar de celebración del juicio de tal manera que se le permita tener conocimiento del juicio." El hecho de que se informe al sospechoso o acusado de las consecuencias de la incomparecencia se debe entender, en particular, en el sentido de que dicha persona ha sido informada de que puede pronunciarse una resolución sin que haya comparecido en el juicio."

Pues bien, extrapolando dicha doctrina al caso que nos ocupa, del examen del recurso y de las alegaciones de las partes así como el acta del juicio resulta que el menor Clemente compareció al juicio que estaba señalado para el día 23 de febrero de 2018, suspendiéndose su celebración y resultando citado el menor en persona para una nueva vista el día 22 de marzo haciéndole saber que para el

caso de no comparecer se podría celebrar en su ausencia, solicitando el Ministerio Fiscal y la acusación particular la celebración oponiéndose a la suspensión interesadas por su Defensa.

Resulta por tanto un hecho no controvertido que el menor, fue citado al juicio y se le advirtió de que podría ser condenado si no comparecía.”

### **C.-V DERECHO A LA ÚLTIMA PALABRA**

**SAP Vizcaya, sec. 1ª, nº 53/2018, de 28-09-2018, Pte.: Pueyo Rodero, Jesús Agustín**

**Aplicación de los arts. 37.3 y 37.4 LORPM, desplazando a los menores acusados a una sala contigua a la de vistas. No se estima que exista nulidad por infracción del derecho a la última palabra, al no estimar acreditada una indefensión material efectiva derivada de esa infracción, conforme a la doctrina del TC.**

“...Del audio de la vista oral se desprende que, en las declaraciones de testigos de los perjudicados, que, conforme a lo dispuesto en el art. 37.3 LORPM , se produjo desde una sala contigua a la de vistas, preservando su imagen frente a los acusados. La primera de ellos, Fátima solicitó que los menores no escucharan su declaración, lo que demandaba que salieran de la sala, tras un turno de intervenciones, en el que los menores indicaron que querían oír su declaración y las partes se opusieron a tal pretensión, la magistrada no lo permitió. El siguiente testigo Sabino , insistió en la misma petición, las partes se opusieron porque vulneraría su derecho de defensa, y el ministerio fiscal recordó el derecho de los menores a la última palabra respecto a lo desarrollado en la audiencia y presenciado por ellos. Pero el testigo explicó con evidente afectación, que los tiene en frente de su casa ( el centro de menores se encuentra en las cercanías ), que recibe amenazas constantes hacia él y hacia su hija. Ello motivó que la magistrada accediera a que durante dicha declaración los menores salieran de la sala, por dos razones: 1- El interés de los menores conforme al art. 37.4 LORPM , a fin de evitar una posible comisión hacia ellos de delitos ( pues el perjudicado dijo que en caso de nuevos episodios el "iba a defender a su hija" ); 2- Lo manifestado por el testigo, aludiendo clara, pero implícitamente, a que pudieran producirse represalias hacia aquellos. Con la protesta de casi todas las partes.

Sin embargo, procede advertir tres cuestiones relevantes para la solución de este obice procesal. 1)-Aun cuando el material probatorio es propiamente el del plenario, conocían el contenido de la declaración del testigo sr. Sabino , coincidente por cierto en gran medida con la testigo que habían escuchado, en fase instructoria, habiendo podido ser interrogado por sus letrados por las contradicciones y omisiones relevantes entre un acto y otro, en orden a intentar desacreditar su declaración. 2)- Ninguno de los menores, tras escuchar a sus letrados, se acogió al derecho a decir la última palabra tras la práctica de la prueba, lo que hace difícil o imposible apreciar en que medida la no presencia a la declaración del testigo indicado, les hubiera determinado a decir algo en dicho turno. 3)-Tanto el ministerio fiscal como el letrado de MAUROUANE, han obviado la conexión necesaria entre la supuesta infracción procesal y una concreta

situación de indefensión de los menores que no quisieron utilizar el derecho a la última palabra, renuncian a establecer el necesario nexo entre la infracción procesal y el resultado lesivo de la indefensión, de la limitación efectiva de su derecho de defensa en lo que se refiere a su versión de los hechos y su tesis de descargo(...)

... LaSTS 19/07/2017(Roj: STS 3210/2017 ) se hace eco de la evolución de la doctrina constitucional , así como de la necesaria conexión entre infracción procesal e indefensión material.

"Frente a la jurisprudencia más antigua que consideraba que la desnuda constatación de la ausencia de ofrecimiento al acusado del derecho a manifestar lo que conviniera al término del juicio bastaba para provocar la nulidad ( STS 891/2004 entre otras) es doctrina común hoy que solo cuando esa omisión ha supuesto una efectiva privación de un medio de defensa con contenido real será planteable un desenlace anulatorio. Básica en este punto es la STC 258/2007, de 18 de diciembre : tras razonar que una irregularidad procesal o infracción de las normas de procedimiento sólo alcanza relevancia constitucional cuando produzca un perjuicio real y efectivo en las posibilidades de defensa de quien la denuncie, concluye que la vulneración del derecho a la última palabra no se debe configurar como una mera infracción formal desvinculada de la comprobación de que se ha generado una indefensión material. Argumentar sobre esa indefensión material es carga procesal del recurrente. Solo habrá indefensión material con relevancia cuando no sea descartable que el trámite omitido hubiera sido decisivo en términos de defensa, en el sentido de que hubiera podido determinar un fallo diferente".

#### C)-Conclusion

A partir de todo lo expuesto, partiendo de la base de que la decisión de la magistrada, (aunque basada en manifestaciones previas del testigo sobre existencia de peligro en caso de ser identificados a través de su voz por parte de los menores y de la previsibilidad de represalias posteriores), no fue suficientemente justificada ( el término arbitraria utilizado por los recurrentes es excesivo, pues parece implicar una voluntad libérrima no basada en una razón; y no es argumento que, respecto a la testigo anterior, no se acordara, porque el grado de conocimiento sobre la situación grave que sufren los testigos es mucho mayor en el segundo), pues el interés primario y primero de los menores es poder escuchar todas las pruebas, siendo la cuestión relativa a evitar un conflicto entre ellos y los perjudicados que les perjudique, una cuestión quizá previsible, pero posterior en el tiempo y de carácter hipotético, de modo que, sin perjuicio de otras medidas ( ya se acordó en sentencia la prohibición de acercarse por los menores a los perjudicados ) consideramos que la concreta y bienintencionada ponderación de los intereses en conflicto y en particular del interés de los menores, por parte de la magistrada, no ha sido adecuada a lo manifestado por ellos y sus letrados.

Sin embargo, la dimensión constitucional de tal infracción en orden a la conexión con la existencia de indefensión material, en cuanto afectación efectiva del derecho de defensa, tanto en su variante de defensa técnica como en la propia autodefensa, no ha sido alegada, explicada o al menos indiciada, por los recurrentes, ya que ni en el acto del juicio oral, en los informes finales, ni en los recursos de apelación se realiza un mínimo esfuerzo en orden a explicar qué repercusión ha tenido el trámite omitido (subsanao en gran medida por el

conocimiento de su declaración en fase instructoria, y, en particular, los menores, por los informes de sus letrados en los que se explican con suficiencia las posibles contradicciones, variaciones entre lo declarado por el testigo en el juicio y en fase de instrucción) en relación a un derecho, el de pronunciar la última palabra en el juicio, que han omitido. Incluso cabe añadir que la testifical de Sabino apenas afecta a Justino, ya que la prueba de cargo de la autoría de este último, como se verá más adelante, es, en gran medida, ajena a dicha testifical.”

### **C.-VI ACUSACIÓN PARTICULAR EN AUDIENCIA**

**Malos tratos en ámbito familiar. Acuerdo Pleno Sala 2ª TS de 23-1-2018. No procede la nulidad por no haberse ofrecido a la madre la dispensa de declarar del art. 416 LECrim, pues ésta estuvo en todo momento constituida como acusación particular.**

**SAP Cuenca, sec. 1ª, nº 144/2018, de 04-12-2018, Pte.: Martín Mesonero, Javier**

“...se pretende la nulidad del juicio por no haberse ofrecido a la madre del menor la dispensa de declarar prevista en el art. 416 LECrim.

Tampoco este motivo puede ser atendido, pues la madre del menor compareció al juicio en su condición de acusación particular, que en ningún momento abandonó, por lo que la dispensa resultaba improcedente, como así se infiere del Acuerdo de la Sala Segunda del TS de 23 de enero de 2018.

El acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de abril de dos mil trece, ya establecía: "La exención de la obligación de declarar prevista en el art. 416.1 LECRIM alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto. Se exceptúan: a) La declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto. b) Supuestos en que el testigo esté personado como acusación en el proceso".

En la actualidad el Tribunal Supremo por un nuevo acuerdo de 23 de enero de 2018, ha establecido: "2.- No queda excluido de la posibilidad de acogerse a tal dispensa (416 LECRIM) quien, habiendo estado constituido como acusación particular, ha cesado en esa condición." Lo que no sucede en este procedimiento en el que la víctima no ha cesado en su condición de acusación, por lo que su declaración es plenamente válida.

**Acusación particular y Estatuto de la Víctima. La AP estima el recurso de apelación y, contra el criterio del Juzgado y Fiscalía, permite personarse a la víctima, que no lo hizo durante todo el procedimiento, para que pueda recurrir la sentencia absolutoria que le fue notificada. Se le faculta a personarse sólo para recurrir la sentencia, no para formular una nueva acusación, que resultaría sorpresiva.**

**AAP Guipúzcoa, sec. 1ª, nº 819/2018, de 21-12-2018, Pte.: Subijana Zunzunegui, Ignacio José**

“....-El examen del procedimiento permite dejar constancia del siguiente recorrido procesal:

1.1.- En la audiencia celebrada el día 25 de abril de 2018 el Ministerio Fiscal formuló acusación definitiva frente al menor Roque por un delito de lesiones.

1.2.- La sentencia del Juzgado de Menores, de 15 de mayo de 2018, absolvía al menor acusado y acordaba notificar a la víctima, no personada, la sentencia.

1.3.- La víctima no personada, Patricio , tras serle notificada la sentencia, compareció ante el Juzgado de Menores el día 25 de mayo de 2018 y solicitó la suspensión del plazo para interponer recurso de apelación al haber postulado ese mismo día el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

1.4.- El mismo día de la comparecencia, el Juzgado de Menores decida suspender el plazo para interponer recurso de apelación, comenzando nuevamente a computarse una vez el órgano judicial tenga conocimiento de la designación de Letrado por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita.

1.5.- El día 6 de junio de 2018 el Juzgado de Menores acuerda que se comunique a la víctima el Letrado designado indicándole que a partir de la comunicación comenzará el plazo para interponer el recurso de apelación.

1.6.- El día 19 de junio de 2018 el Juzgado de Menores acuerda, a petición del Letrado designado por la víctima, la suspensión del plazo para interponer recurso de apelación desde el día 13 de junio, comunicándole que el plazo para interponer recurso de apelación comenzará a contar a partir del día siguiente a la entrega de la copia de la grabación del juicio solicitada.

1.7.- El Ministerio Fiscal recurre en reforma las resoluciones pronunciadas por el Juzgado de Menores estimando que el artículo 25.1 de la LORPM debe interpretarse de modo conjunto con lo dispuesto en el artículo 109 bis y 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, los cuales permiten la personación de la acusación particular hasta el trámite de efectuar el escrito de calificación.

1.8.- El auto del Juzgado de Menores de 10 de julio de 2018 estima el recurso de reforma interpuesto por el Ministerio Fiscal y resuelve no admitir la personación de la víctima Patricio. Esta resolución es objeto del recurso de apelación.

2.-El derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas, en la vertiente de acceso a los recursos legalmente establecidos frente a las resoluciones que les causen gravamen (artículo 24.1 CE), precisa una interpretación de los preceptos contenidos en la LORPM , Ley 4/2015 del estatuto de la víctima y de la LEcrim que tome como premisa lo dispuesto en la disposición final primera de la LORPM . Esta disposición determina que tendrá el carácter de norma supletoria, para lo no previsto expresamente en la citada ley , 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. Además, la norma finalmente aplicable deberá interpretarse de modo conciliable con la Ley 4/2015 del estatuto de la víctima, en cuyo artículo 3 , se reconoce el derecho de las víctimas a la participación activa en el proceso penal. La ponderación de este elenco de preceptos nos permitirá el diseño de la posición jurídica de las víctimas en el proceso penal desde la óptica del derecho a la tutela judicial efectiva ( artículo 25.1 CE ), exégesis que, en todo caso, en un proceso penal con garantías, como es el de menores, deberá preservar, también, el derecho a la defensa de este último (traducida, en este caso, en la prohibición de acusaciones sorpresivas).

3.-El artículo 25 LORPM establece que podrán personarse en el procedimiento como acusadores particulares (...) las personas directamente ofendidas por el delito (...), con las facultades y derechos que derivan de ser parte en el procedimiento, entre los que están, entre otros, los siguientes:

a) ejercitar la acusación particular durante el procedimiento (...)

j) formular los recursos procedentes de acuerdo con esta ley.

Y concluye: Una vez admitida por el Juez de Menores la personación del acusador particular, se le dará traslado de todas las actuaciones sustanciadas de conformidad con esta ley y se le permitirá intervenir en todos los trámites en defensa de sus intereses.

Por lo tanto, el artículo 25 LORPM : i) no impone un límite de fase procesal a la hora de ejercer la acusación particular (durante el procedimiento, dice el precepto), ii) además, reconoce que una de las facultades que tiene la acusación particular es formular los recursos procedentes de acuerdo con esta ley (uno de los recursos que preve el artículo 41.1 LORPM es el de apelación frente a las sentencias del Juzgado de Menores que se interpondrá en el plazo de cinco días a contar desde su notificación) y, finalmente, iii) determina que producida la personación se le permitirá intervenir en todos los trámites en defensa de sus intereses.

Al respecto, de forma complementaria, y al no existir regulación expresa en la LORPM , el artículo 789.4 LECrim especifica que el Letrado de la Administración notificará la sentencia por escrito a los ofendidos y perjudicados por el delito, siempre que no se hayan mostrado parte en la causa.

Consecuentemente si: i) existe un deber de notificar por escrito la sentencia del Juzgado de Menores a las víctimas, aunque no hayan sido parte en la causa ( artículo 789.4 LECrim , ii ) la acusación particular se puede ejercer durante el procedimiento (artículo 25. a) LORPM , iii) una de las facultades que conforman el estatuto jurídico de la acusación particular es interponer los recursos de apelación previstos en la LORPM , iv) uno de los recursos previstos en la LORPM es el de apelación frente a la sentencia del Juzgado de Menores y v) uno de los derechos básicos de las víctimas es la participación en el proceso penal que se califica de activa ( artículo 3 y 11 de la Ley 4/2015 ), la inferencia normativa que se obtiene es que una víctima que no es parte, tras la notificación de la sentencia, puede personarse y recurrir la sentencia siempre que lo haga en el plazo de cinco días desde su notificación. Y, en tal caso, lo que procede judicialmente es admitir la personación de la víctima y permitirle que recurra en tiempo y forma la sentencia absolutoria. Lo clarividente es que no produce un efecto preclusivo de esta facultad de personación el agotamiento de la fase preliminar del proceso, dado que pacífica jurisprudencia del TS (tanto antes como después de la regulación que la Ley 4/2015 ha efectuado de los artículos 109 y ss de la LECrim) ha permitido las personaciones tras el trámite de calificación provisional (por todas, SSTS 625/2017, de 17 de enero y 665/2016, de 20 de julio ).

Ahora bien, la personación de la víctima tras ser notificada de la sentencia absolutoria no permite el renacimiento del derecho a conformar la acusación -el contenido de la pretensión sometida a enjuiciamiento jurisdiccional- de una forma distinta a cómo se configuró en la instancia. Por ello, para evitar la indefensión del menor acusado, que se defendió de una pretensión de condena determinada, en el recurso de apelación la víctima personada que recurre en apelación no

podrá ejercitar pretensiones distintas a las formuladas por el Ministerio Fiscal en su escrito de acusación definitivo, evitando, de esta manera, que se retrotraiga el proceso. La víctima personada tras la notificación de la sentencia absolutoria tiene, por lo tanto, el derecho a recurrir la sentencia acusando: i) a quien fue acusado en la instancia por el Ministerio Fiscal y ii) en los mismos términos en los que fue acusado por el Ministerio Fiscal. Carece, sin embargo, del derecho a acusar de una forma autónoma, ejerciendo, por lo tanto, una nueva acusación en la fase de apelación.

Por lo tanto, las pretensiones penales y civiles promovidas por el Ministerio Fiscal en la instancia será el límite infranqueable de la tutela jurídica que la acusación particular pueda instar en el recurso de apelación, evitando, de esta manera, la acusación sorpresiva que colocaría en indefensión al menor acusado (SSTS 625/2017, de 17 de enero y 665/2016, de 20 de julio).

Por las razones aducidas, procede estimar el recurso de apelación...”

**NOTA:** Se discrepa del contenido del auto anterior. En algún trabajo doctrinal se nos ha hecho ver que el dictamen de la Unidad Coordinadora de Menores 1/2016, *sobre adaptación de la Ley 4/2015, del Estatuto de la víctima del delito, al ámbito de la Justicia Juvenil* no se pronuncia sobre la posibilidad de recurrir la sentencia por parte del perjudicado no personado. Ciertamente no se hizo allí un pronunciamiento expreso, pues del conjunto del Dictamen se infiere que, en tal caso, no cabe recurso si previamente no se ha hecho uso de la facultad de personación prevista en el art. 25 LORPM. Por otra parte, el criterio de la AP parece entrar en colisión con el del TS que, tras la promulgación de la Ley 4/2015 del EV, se ha pronunciado sobre la cuestión en el ATS de 1 de mayo de 2017, rec. 21098/2016, en relación con el recurso de casación, denegando la posibilidad de recurrir a la víctima no personada: *el argumento de la recurrente en queja, carece del más mínimo fundamento al referirse a la aplicación de la Ley 4/2015, estatuto de las víctimas, dado que tal posibilidad de recurrir en el mismo se contempla en los casos en que se haya acordado el sobreseimiento de la causa penal, que nada tiene que ver con el caso que nos ocupa, donde tras celebrarse juicio oral se dicta sentencia poniendo fin al procedimiento [...]*

### C.-XI CONDENA EN COSTAS

Se desestima el recurso denegando la imposición al menor de las costas de la acusación particular, entendiendo que ese debe ser el criterio general en la jurisdicción de menores, salvo circunstancias excepcionales que justifiquen lo contrario.

SAP Madrid, sec 4ª, nº 527/2018, de 26-11-2018 Pte: Hervás Ortiz, José Joaquín

“...pretende la acusación particular que se condene en costas a los menores expedientados, viniendo a considerar infringidos los artículos 123 y 124 del Código Penal y el artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Pero este

motivo de recurso no puede prosperar, por las razones que, a continuación, se exponen.

Esta Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Madrid ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión referente a la imposición de las costas de la acusación particular en el proceso de menores en Sentencias de 30 de abril de 2.009 (Sentencia nº 67/2009; rollo 117/09), de 22 de febrero de 2.012 (Sentencia nº 24/2012; rollo nº 28/2012) y 13 de marzo de 2.014 (rollo nº 117/14). En esta última sentencia se recuerda la doctrina de este Tribunal, al señalar lo siguiente:

<<Esta Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Madrid ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión referente a la imposición de las costas de la acusación particular en el proceso de menores en Sentencias de 30 de abril de 2.009 (Sentencia nº 67/2009; rollo 117/09 ) y de 22 de febrero de 2.012 (Sentencia nº 24/2012; rollo nº 28/2012 ), habiendo señalado en esta última Sentencia, textualmente, lo siguiente:

"En el punto décimo tercero, se denuncia la inaplicación de la condena en costas. Este motivo se desestima, compartiendo la Sala el razonamiento de la Juzgadora de Instancia, que es el mantenido por esta Sección, y así en el Rollo de Sala nº 117/09, sentencia nº 67/09 de 30 de abril , señalábamos: "Ahora bien, aunque la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el Código Penal son normas expresamente supletorias en lo no regulado en la LO 5/2000 de responsabilidad penal de los menores ( Disposición Final Primera), lo que conllevaría la aplicación de los arts. 239 y siguientes de la LECR , y 123 y 124 del CP , al no contener específica declaración en torno a la condena en costas, (ni prohibición tampoco), no debemos olvidar que estamos ante un derecho penal especial, que se aparta de ciertos principios del derecho penal y procesal de adultos, "al pretender ser la reacción jurídica dirigida al menor infractor de una intervención de naturaleza educativa..." (Exposición de Motivos de la LORPM ). Y aunque con las últimas reformas operadas por la L.O. 15/2003 de 25 de noviembre y de la L.O. 8/2006, de 4 de diciembre, se dio entrada en este proceso especial a la acusación particular con iguales facultades que en la LECR, - vedada en su redacción originaria "en este procedimiento no cabe en ningún caso el ejercicio de acciones por particulares"-, la naturaleza sancionadora-educativa de este derecho penal especial, en el que prima el interés superior del menor, determina que la condena en costas que propugna aquí la Acusación Particular, debe aplicarse siempre con criterios restrictivos, apreciando circunstancias especiales que determinen la oportunidad de su imposición,...". Es decir, en el proceso penal de menores rige, en lo que se refiere a las costas de la acusación particular, un criterio inverso al que se sigue en el proceso penal de mayores, de tal manera que en el caso de los menores el criterio general es la no imposición al menor de las costas de la acusación particular, salvo que se aprecien circunstancias especiales que justifiquen esa imposición. En base a tal doctrina, que ahora reiteramos, y no apreciando que concurran en el supuesto que nos ocupa esas circunstancias especiales que pudieran justificar la imposición de las costas de la acusación particular al menor aquí enjuiciado, procede desestimar este motivo de recurso.

Por las mismas razones, tampoco procede hacer imposición de las costas de esta alzada.>>.

Ese mismo criterio es el que ha de aplicarse en el supuesto que nos ocupa, pues no se aprecia la concurrencia de circunstancias excepcionales que justifiquen

que se impongan las costas a los dos menores expedientados, en la medida en que la actuación del Ministerio Fiscal era suficiente para la iniciación y prosecución del procedimiento por todos sus trámites y para la obtención de la correspondiente indemnización por los resultados lesivos producidos, debiendo darse por reproducido, en este punto, lo que se indica en el fundamento de derecho quinto de la sentencia apelada.”

## **D.- FASE DE EJECUCIÓN**

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

**Es conforme a derecho la condena a un adulto, que quebrantó una medida de internamiento en régimen abierto, a la pena de 4 meses de prisión menor en lugar de multa como solicita el recurrente. Se trata de una medida privativa de libertad y el interno no puede salir sin autorización del Director. SAP Baleares, Sec. 1ª, nº 138/2018, de 6-7-2018, Pte: Tártalo Hernández, Jaime**

“...entiende el recurrente que la Juez habría errado a la hora de encuadrar los hechos en el inciso primero del art. 468 del Código, en lugar de tipificarlos conforme al inciso segundo de dicho precepto, lo que determinaría la imposición de una pena de multa en lugar de la pena de prisión inicialmente impuesta. Ahora bien, la Sala, tras revisar las actuaciones, considera que la conclusión a que ha llegado la Juez es correcta. Ésta excluye la aplicación del inciso segundo del precepto porque el acusado quebrantó una medida privativa de libertad desde el momento que no podía salir del mismo sin contar con la autorización del director. Hay que partir de la base de que en fecha 10-12-2014, el acusado fue condenado por el Juzgado de Menores como autor de un delito contra la salud pública, y se le impuso como medida el internamiento durante dieciocho meses en régimen abierto.

Establece el art. 7.1.c) de la LRPM que la medida consistente en internamiento en régimen abierto implica que las personas sometidas a esta medida llevarán a cabo todas las actividades del proyecto educativo en los servicios normalizados del entorno, residiendo en el centro como domicilio habitual, con sujeción al programa y régimen interno del mismo.

La educadora del Centro de menores que declaró en el juicio manifestó que el internamiento en régimen abierto implica unas condiciones más favorables para el menor, ya que cuenta con mayores privilegios. Refirió que el menor podía salir del Centro pero que para ello debía contar con la autorización del tutor o del director. Desde este punto de vista, está claro que el acusado estaba privado de libertad aunque de forma muy atenuada porque si bien realizaba todas las actividades del proyecto educativo en los servicios normalizados del entorno, tenía que residir en el centro sujetándose al programa y régimen interno del mismo. Dicho Centro constituía su domicilio habitual. De hecho, la sanción que se le impuso inicialmente, y por la cual el día que se fugó no podía salir del Centro, tenía su origen en la introducción en su dormitorio de sustancias no autorizadas, como consta en el expediente disciplinario que figura en la causa. En concreto, el acusado manifestó que su compañero había metido tabaco en la habitación y le sancionaron a él. dijo también que los fines de semana los pasaba en su casa, por lo que su libertad de movimientos no era absoluta, sino

que podría asimilarse al disfrute de un tercer grado penitenciario del que gozara un interno mayor de edad.

Ahora bien, en el hecho probado se dice que el acusado se marchó del centro sabiendo que tenía que cumplir la condena, que no podía salir sin la autorización del director; y que se marchó del centro porque sintió la necesidad de fumar porros. En este contexto, y con independencia de la mayor permisividad que entrañaba cumplir la medida de internamiento en régimen abierto -lo que no se traducía en la libertad del acusado para salir del Centro de internamiento cuando quisiera-, la realidad es que, según la prueba practicada, el acusado abandonó el Centro ese día sin autorización, puesto que se le había prohibido salir ese día a raíz del episodio del tabaco antes referido. Es cierto que el acusado incumplió una sanción administrativa que le impedía ese día salir del Centro. Pero al hacerlo, quebrantó la medida de internamiento que se le había impuesto porque, si bien de acuerdo con el régimen de cumplimiento de que disfrutaba, podía salir del Centro, para hacerlo necesitaba contar con la autorización pertinente, autorización con la que ese día no contaba. Se cumple, por tanto, el requisito de la privación de libertad a los efectos del inciso primero del art. 468 del Código.”

## **E.- RESPONSABILIDAD CIVIL**

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

**Responsabilidad civil solidaria de la Diputación Provincial de Pontevedra y la Xunta por la agresión cometida por un menor con problemas psiquiátricos, ingresado en un una Unidad de Primera Acogida dependiente de la Diputación. Esta Entidad no puede pretender excluir su responsabilidad, con independencia de repetir luego contra la Xunta.**

**SAP Pontevedra, sec. 2ª, nº 78/2018, de 12-06-2018, Pte.: Collazo Lugo, Rosa del Carmen**

“Por el Juzgado de Menores nº 1 de Pontevedra se dictó sentencia con fecha 06/03/18, por la que se condenaba al menor Pio por el tipo delictivo de LESIONES, a las penas que obran en la sentencia que se dictó, asimismo se declaró la responsabilidad civil solidaria de la Diputación Provincial de Pontevedra y la Xunta de Galicia en un 70%.

Contra esta resolución se alza el hoy apelante DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, alegando que la Diputación arrastra un peso que debería haber sido asumido por la Xunta de Galicia, que han alertado a la Delegación de Menores dependiente de la Consellería de Política Social, que la Unidad de Primera Acogida excluía a menores caracteriales, con problemas toxicológicos y psiquiátricos, seguía haciendo una serie de consideraciones de tipo administrativo que no tienen ninguna relevancia en el caso que nos ocupa y terminaba solicitando que se declarara la no responsabilidad de la Diputación o en su casos que se minorara la responsabilidad de la Diputación de Pontevedra por debajo de la Xunta de Galicia.

SEGUNDO.-El recurso de apelación no puede prosperar, en efecto el art. 61-3 de la LORPM establece de forma clara y rotunda en su art. 61-3º: "Cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus

padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos."

Del relato de hechos probados se desprende que el C.I.P.F., no actuó con la diligencia necesaria para evitar que el menor realizara la conducta agresiva hacia la persona que resultó lesionada, y de esta conducta omisiva se desprende su obligación de indemnizar, obligación que no puede ser obviada, existe un convenio firmado entre la Xunta de Galicia y la Diputación provincial de Pontevedra, de fecha 1/12/16 por el que esta última se compromete a hacerse cargo de los menores, y en concreto en su cláusula décimo primera se prevé la existencia de una comisión de valoración que deberá valorar continuamente a los usuarios del centro y en concreto a los menores que estén bajo tratamiento derivado de problemas psiquiátricos que puedan derivar en conflictos graves con el resto de los residentes, así como menores con problemas de estupefacientes, lo cual hace evidente el pensar que si está previsto el ingreso en el C.I.P.F., de menores con problemas toxicológicos o psiquiátricos.

TERCERO.-La recurrente ha de hacer frente a la responsabilidad civil dimanante de hecho delictivo, y dicha responsabilidad es solidaria.

Mientras que en el ámbito civil la solidaridad no se presume, en el Derecho Penal a efectos de la responsabilidad civil ex delicto, es decir derivada de la responsabilidad criminal por delito, y el art. 61-3º de la LORPM, ya mencionado establece claramente que dicha responsabilidad será solidaria.

En todo caso cuando se haga efectiva la responsabilidad solidaria, quedará a salvo la repetición del que hubiere pagado contra los demás por las cuotas correspondientes a cada uno.

La Diputación de Pontevedra podrá en todo caso reclamar de la Xunta de Galicia si cree que ese es su derecho, pero en el presente procedimiento la entidad apelante ha de responder por las lesiones causadas por el menor."

**Responsabilidad civil solidaria de la menor condenada, de su madre y de la Diputación Foral de Guipúzcoa que, aunque la menor residiera ya en el domicilio de la madre, mantenía la guarda legal.**

**SAP Guipúzcoa, sec. 1ª, nº 143/2018, de 27-06-2018, Pte.: Moreno Galindo, Ana Isabel**

"...Examinados los documentos presentados por la Diputación Foral de Gipuzkoa y que obran en autos resulta evidente que en la fecha en que se produjeron los hechos, el 15 de agosto de 2017, la misma no ostentaba ni la tutela ni la guarda de hecho de la menor Sandra, al contrario de lo que se afirma en la sentencia recurrida. Y es que consta que en fecha 29 de julio de 2015 se dictó la Orden Foral nº 618/2015 por la que se asumía la guarda legal de la menor, sin embargo, desde, al menos, el 10 de mayo de 2017 la misma residía en el hogar familiar a fin de poder trabajar desde allí la convivencia con su madre ante la proximidad de su mayoría de edad, lo cual viene acreditado por el informe de seguimiento de 16 de agosto de 2017 del Recurso Residencial DIRECCION001 y por la propuesta de actuación de la Comisión Técnica de 11 de julio de 2017 (folios 87 y siguientes).

c) Por lo anteriormente expuesto, resulta evidente que la sentencia recurrida adolece de un error que debe ser subsanado en esta instancia dado que la Diputación Foral de Gipuzkoa, en la fecha de los hechos no ostentaba ni la tutela ni la guarda de hecho de la menor, sino tan solo la guarda legal de la misma.

(...)

e) La sentencia recurrida, en su Fundamento Jurídico Quinto establece la responsabilidad civil conjunta y solidaria de la Diputación y, de modo subsidiario, de la madre de la menor, mientras que en la parte dispositiva se acuerda la responsabilidad civil conjunta y solidaria de la menor con la Diputación, debiendo responder de modo subsidiario su madre.

Como hemos señalado anteriormente, en la fecha en que sucedieron los hechos, la Diputación Foral de Gipuzkoa efectivamente no ostentaba ni la tutela ni la guarda de hecho de la menor Sandra, pero si ostentaba la guarda legal de la misma, y en virtud de la misma, le correspondía las funciones propias de un guardador legal en cuanto al normal desarrollo de su actividad diaria (culpa in educando), y las facultades de gestión del día a día de dicha menor.

Por lo tanto, según la interpretación material expuesta anteriormente, que acogemos en la presente resolución, debe entenderse que la Diputación Foral, como guardadora legal de la menor, resulta responsable civil solidaria junto a la misma tal y como se establece en la sentencia recurrida.

f) Por otra parte consideramos igualmente responsable a la madre de dicha menor, Bárbara, dado que al encontrarse en dicha fecha Deyelin conviviendo con la misma, D<sup>a</sup> Bárbara ostentaba la guarda de hecho sobre dicha menor, y, en consecuencia, tenía el deber de vigilar su conducta, concurriendo por tanto en una culpa in vigilando, lo cual supone que deba responder civilmente en el mismo plano que la Diputación, dado que no existe motivo alguno para achacar mayor grado de responsabilidad a un guardador respecto del otro, y tampoco concurre ningún motivo por el cual se deba moderar la conducta de uno frente al del otro, al encontrarse ambos en el mismo grado de responsabilidad respecto de los deberes que les correspondían sobre la menor.

Por todo lo expuesto procede la estimación parcial del recurso formulado, en el sentido de que debe revocarse la sentencia recurrida únicamente en el pronunciamiento referente a la responsabilidad civil declarada, debiendo condenar tanto la Diputación Foral de Gipuzkoa como a la madre de la menor, D<sup>a</sup> Bárbara, como responsables civiles solidarias junto con la menor expedientada y ello a los efectos de abonar la responsabilidad civil a la que debe hacer frente dicha menor.”

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

**Responsabilidad civil de la Diputación Foral de Guipúzcoa como guardadora de un MENA que comete un robo violento. No queda excluida por la ausencia de declaración formal de desamparo o porque el menor no hubiera permanecido ni un día entero en centro de protección, a pesar de sucesivos ingresos en centros de acogida inmediata.**

“...Contra el referido pronunciamiento ha recurrido en apelación la Diputación Foral de Guipuzcoa, al entender que la misma no sería responsable civil de los

hechos cometidos por el menor, dado que la actuación de la misma no sería encuadrable dentro del art. 61.3 de la LORPM.

En el caso de autos, y visto que el menor no llegó a permanecer ni un día entero en el centro de acogida menores, ni se tuvo tiempo material de investigar sus circunstancias ni producirse su declaración de desamparo, no puede producirse la condena civil a Diputación en los términos indicados (...)

(...) entendemos que 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.”

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

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

**Agresión de un menor a otro en un centro de acogida. Se estima el recurso del MF y se revoca la moderación de un 50% a cargo de la Comunidad de Madrid, acordada por el Juez, pues no fue justificada ni motivada en la sentencia.**

**SAP Madrid, sec. 4ª, nº 378/2018, de 11-07-2018, Pte.: Pestana Pérez, Mario**

“...El artículo 61.3 de la LORPM dispone: "Cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. 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." Tal y como han señalado múltiples resoluciones de las Audiencias Provinciales, entre ellas las dictadas por esta Sección y que cita el Ministerio Fiscal en su recurso, el legislador ha introducido en el citado artículo un nuevo sistema de responsabilidad civil de mayor alcance y severidad que el anterior, con una doble finalidad: En primer lugar, amparar mejor los derechos de las víctimas al liberarles de tener que probar la culpa del responsable civil, protegiéndolas inequívocamente frente a la frecuente insolvencia del menor infractor y asegurando de este modo, mediante un sistema objetivo sin fisuras ni excusas, la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por tales víctimas; y, en segundo lugar, conseguir una mayor implicación de los padres, tutores etc. en el proceso de socialización de los menores imponiéndoles consecuencias reparadoras de las infracciones que éstos cometan. No es ocioso citar la exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2000 sobre este punto, donde se califica como principio en cierto modo revolucionario el de la responsabilidad solidaria con el menor infractor de los padres, tutores, acogedores o guardadores de hecho, así como la declaración expresa de aplicabilidad de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

El carácter de mecanismo de protección reforzada del derecho de la víctima a la reparación de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la conducta infractora del menor, resulta todavía más evidente si se observa que en la dicción del referido artículo 61.3 de la LORPM la facultad de moderación atribuida al Juez es potestativa y no obligatoria, opera solo cuando el responsable civil solidario no haya favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, y ni siquiera en cualquier caso, sino según los casos.

Además de lo anterior, la carga de la prueba del no favorecimiento corresponde a quien lo alega, lo que supone acreditar que se ha empleado toda la diligencia exigible en el desarrollo de los deberes de vigilancia, custodia y educación que corresponden a los padres, tutores, guardadores o acogedores respecto al menor, y ello en relación con los hechos del expediente. No cabe presumir la diligencia por el solo hecho de que el tutor o acogedor sea una entidad pública. En el caso examinado, los hechos se produjeron en un Centro de Acogida de la Comunidad de Madrid donde tanto los dos menores expedientados como el menor lesionado se hallaban bajo la custodia de dicha Comunidad Autónoma. En la Sentencia apelada no se exponen hechos o circunstancias que justifiquen la moderación de la responsabilidad civil de la entidad pública de acogida de los menores expedientados, ni se motiva de ningún modo la moderación que se establece, nada menos que del 50% de la indemnización solicitada y concedida. En el juicio, tal como se extrae del acta, no se practicó prueba sobre el único punto de controversia subsistente tras la conformidad registrada, punto de controversia que era precisamente la cuestión de la moderación indemnizatoria

que interesaba el Letrado de la Comunidad de Madrid y a la que se oponía expresamente el Ministerio Fiscal y las defensas de los dos menores. En tales condiciones, la moderación acordada es arbitraria y, por ello, lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva de la víctima. En conclusión, los recursos formulados, y la adhesión a los mismos, deben estimarse.”

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

**No ha lugar a moderar la responsabilidad civil de los padres pues, aunque el informe del ET aluda al control familiar de la menor, no existió tal control efectivo en relación a los hechos: permanencia en establecimiento de ocio a altas horas de la madrugada y riña a mordiscos con otra joven.**

**SAP Cuenca, sec. 1ª, nº 89/2018, de 12-07-2018, Pte.: Casado Delgado, Ernesto**

“...Como este Tribunal ha sostenido, por ejemplo, en la sentencia de 21 de noviembre de 2017 (RAM nº 6/2017):.

"Sobre la facultad moderadora, podemos citar la SAP de Barcelona (Secc. 3ª) de 20 de abril de 2012, cuando establece sobre el particular: "...El artículo 61,3 de la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores establece que "Cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho por ese orden", añadiendo el último inciso del citado artículo que "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". Con la introducción de este artículo en la Ley lo que pretende el legislador, en todo caso, es atender a las víctimas dado que la mayoría de los menores responsables criminalmente carecen de los recursos necesarios para hacer frente a la responsabilidad civil. La naturaleza de esta responsabilidad de los padres y demás guardadores, viene siendo calificada por la doctrina de objetiva, pues de los propios términos del precepto mencionado, el responsable no queda exonerado ni siquiera probando la ausencia de culpa o negligencia en su labor de guarda; lo único que admite el precepto es que se modere su responsabilidad, cuando no hubieran favorecido la conducta de aquel con dolo o negligencia grave. La dicción legal implica la inversión en la carga probatoria para proceder a la moderación, de manera que es a los padres o asimilados que invocan la procedencia de la moderación, a quienes corresponde acreditar que han empleado las precauciones adecuadas para impedir la actuación delictiva del menor, de forma que cuando no prueben en modo alguno que obraron con la diligencia debida en su deber de vigilancia, educación y formación integral respecto de su hijo menor de edad, no procederá efectuar moderación alguna. El sistema diseñado por el legislador cumple una doble finalidad: en primer lugar, amparar mejor los derechos de las víctimas al liberarles de tener que probar la culpa del responsable civil, protegiéndola también frente a la frecuente insolvencia del menor infractor, asegurándoles así la indemnización de los daños sufridos por tales víctimas; y en segundo lugar, conseguir una mayor implicación de los padres y demás responsables en el proceso de socialización de los

menores, imponiéndoles las consecuencias civiles de las infracciones que éstos cometan por la trasgresión del conjunto de deberes que tienen sobre ellos".

En definitiva, la facultad moderadora que establece el precepto es potestativa en su aplicación, pero en este caso, es a la parte recurrente a la que corresponde haber probado la total diligencia respecto del menor cuando ocurrieron los hechos, al haberse objetivado la culpa en estos casos y ello no se ha acreditado, carga probatoria que le correspondía; por tanto, no existen razones para acordar la moderación que se pide. Se aludió en este sentido al informe del Equipo Técnico (folio 150 a 156). Dicho informe se limita a reseñar, en lo que aquí interesa, la existencia de un clima familiar positivo caracterizado por el apoyo y la cohesión (folio 153) y que el control que la familiar realiza sobre el comportamiento social de Erica es acorde a su edad y nivel de autonomía (folio 155), pero no acredita en modo alguno que por parte de los progenitores, y en relación a los concretos hechos que aquí nos ocupan, que implicaban además la permanencia de la menor en un establecimiento de ocio a altas horas de la madrugada, se hubieran adoptado las precauciones precisas a fin de evitar sucesos como los que finalmente tuvieron lugar."

**Moderación del 40% de la indemnización aplicada a los padres en un delito de atentado. El padre de la menor avisa a los agentes actuantes que tenía una orden de detención e ingreso en un centro y que se encontraba en una discoteca. Se desestima la petición de exención de la responsabilidad civil, pues el art. 61.3 LORPM permite moderar la RC de los padres, pero no excluirla.**

**SAP Valencia, sec. 5ª, nº 343/2018, de 26-06-2018, Pte.: Gómez Villora, José María**

"...La parte recurrente sugiere error en la valoración de la prueba en cuanto al pronunciamiento sobre responsabilidad civil, en particular en cuanto a la testifical del padre de la menor frente a la que de manera razonada y lógica hace la sentencia apelada, lo que no podría consentirse sin absoluta quiebra de lo que demanda el principio de inmediación; de forma clara resume la cuestión la sentencia del Tribunal Supremo Sala 2ª, S 13-6-2012, nº 487/2012, rec. 1211/2011.: "...No es misión ni cometido de la casación ni decidir ni elegir, sino controlar el razonamiento con el que otro Tribunal justifica su decisión. Por ello, queda fuera, extramuros del ámbito casacional verificado el canon de cumplimiento de la motivación fáctica y la razonabilidad de sus conclusiones alcanzadas en la instancia, la posibilidad de que esta Sala pueda sustituir la valoración que hizo el Tribunal de instancia, ya que esa misión le corresponde a ese Tribunal en virtud del art. 741 L.E.Crim y de la inmediación de que dispuso, inmediación que no puede servir de coartada para eximirse de la obligación de motivar.

Así las cosas, en el Fundamento de Derecho Segundo de la Sentencia se razona de forma extensa el porqué se modera la responsabilidad civil de los padres de la menor, Ignacio y Adriana y se señala que "En el presente expediente no se ha aportado prueba que acredite la manifestación realizada por el padre de la menor referente a la negligencia en la actuación policial, lo que sí consta es que los padres se han preocupado por su hija intentando ejercer el control así como

establecer límites y orientar a la menor en un comportamiento normalizado, aunque sus reforzamientos en el aprendizaje no han sido muy adecuados, también se han preocupado por la desaparición de su hija interponiendo denuncias en la policía para que la buscasen, por todo ello, visto que los padres han ejercido las funciones educativas, favoreciendo un progreso de socialización, con criterios educativos y preocupación constante por su hija, esta Juzgadora considera que debe moderarse su responsabilidad en un 40%. A lo anterior cabe añadir, como dice la propia Sentencia y remarca el Ministerio Fiscal en su informe que el artículo 61.3 LORPM permite una modulación de la responsabilidad civil pero no la exención.”

**Para aplicar la facultad moderadora del art. 61.3 LORPM corresponde a los progenitores probar que han empleado la diligencia debida en su deber de vigilancia respecto al menor de edad. En este caso, de los informes de ET resulta justamente lo contrario.**

**SAP Madrid, sec. 4ª, nº 383/2018, de 16-07-2018, Pte.: Hervás Ortiz, José Joaquín**

“...Se afirma también por la parte recurrente que resulta improcedente la condena de la madre del menor al abono de dicha suma, por haber actuado -sigue diciendo la parte apelante- de forma diligente en cuanto al cuidado de su hijo. Pero este alegato tampoco puede ser acogido, por ser procedente la condena solidaria de la madre del menor expedientado al abono de la citada cantidad, en atención a lo dispuesto en el artículo 61.3. de la LRRPM.

En este sentido, este Tribunal se ha venido pronunciando con reiteración sobre el régimen de la responsabilidad civil de los progenitores, señalando que se trata de un régimen especial que excluye la aplicación del régimen de la responsabilidad extracontractual regulado en el Código Civil, añadiendo que tal especialidad no sólo se desprende de la referida Ley Orgánica, sino también de lo dispuesto en los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil . Puede citarse a este respecto la Sentencia de 30 de abril de 2.010 (rollo nº 127/2009) dictada por este Tribunal , en la que también se recuerda que la norma establece directamente la responsabilidad solidaria de los padres del menor, sin supeditarla a la negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones, tratándose de una responsabilidad cuasi-objetiva que permite su moderación, correspondiendo a los padres la carga de acreditar que no favorecieron con dolo o negligencia grave -entendidos como conceptos civiles- la conducta ilícita del menor. Es decir, que la regla general es la responsabilidad solidaria íntegra de los padres o guardadores asimilados y la excepción es la facultad de moderación que el artículo 61.3. permite cuando no concorra favorecimiento doloso o negligente de los padres respecto de la conducta punible del menor.

Partiendo de lo expuesto, debemos señalar que no ha acreditado la madre del menor, en el supuesto que nos ocupa, la concurrencia de circunstancia alguna que permita atenuar -y mucho menos suprimir- la responsabilidad civil que le alcanza por el hecho delictivo realizado por su hijo menor de edad, máxime cuando en el informe del Equipo Técnico se viene a indicar que la madre no ha actuado eficazmente en la educación y contención del menor, hasta el punto de que este último carecía de horarios y actividad que estructurase su tiempo diario

desde hacía dos años, con una actitud tendente a la permisividad y sobreprotección por parte de la madre, debiendo reiterarse que corresponde a los progenitores acreditar que no han favorecido la conducta ilícita con dolo o negligencia grave.”

**Corresponde a los responsables civiles solidarios relacionados en el art. 61.3 LORPM probar que han empleado las precauciones necesarias para impedir la actuación delictiva del menor, justificando así la moderación de su responsabilidad civil.**

**SAP Jaén, sec. 2ª, nº 285/2018, de 14-12-2018, Pte.: Aguirre Zamorano, Pío**

“...Solicita, por último, la defensa del menor Rafael que la Responsabilidad Civil sea moderada respecto a los padres del menor máxime cuando los hechos se producen cuando el menor estaba bajo el cuidado de otra persona. Pues bien el art. 61.3 de la L.O. 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores dispone que "cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años responderá solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho por este orden. Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, sus responsabilidades podrá ser moderada por el Juez según los casos".

Este precepto al apartarse de lo establecido en el CC ( art. 1903) y del CP que es supletorio pretende dos fines: a) amparar mejor el derecho de las victimas al no tener que probar la culpa del responsable civil protegiéndole de la casi segura insolvencia del menor y consiguiendo por ello la indemnización de los daños sufridos y b) conseguir una mayor implicación de los padres y demás responsables en el proceso de socialización de los menores.

El art. 61.3 supone la inversión de la carga de la prueba puesto que una vez que el Ministerio Fiscal y las acusaciones, en su caso, hayan logrado desvirtuar la presunción de inocencia y se declare culpable al menor, le corresponde a éste y a sus responsables civiles solidarios demostrar que procede la moderación. Y no se trata de una mera innovación sino de una auténtica actividad probatoria. Son ellos los que deben probar y acreditar que han empleado las precauciones adecuadas para impedir la actuación delictiva del menor de forma que si no prueban en modo alguno que obraron con la diligencias debida en su deber de vigilancia, educación y formación integral respecto del menor, no procederá moderación alguna. Y eso es justamente lo que acaece en el caso presente.”

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

### **E.-II.-7 PADRES SEPARADOS O DIVORCIADOS**

**Se desestima la pretensión del progenitor de moderar su responsabilidad basada en el hecho de no haber convivido con su hijo desde que tenía tres años.**

**SAP Santa Cruz de Tenerife, sec. 2ª, nº 190/2018, de 12-06-2018, Pte.: García Afonso, Esther Nereida**

“...El motivo sobre el que se articula el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Valeriano , formulado al amparo de lo dispuesto en el artículo 790.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se refiere a la infracción del art. 61 .3 de la L.O. 5/2000 de 12 de enero reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, basándose en que el recurrente no ha convivido con su hijo Darío desde que el menor tenía tres años de edad , tampoco ha tenido ninguna relación con él, por lo que no ha favorecido con su conducta por dolo o negligencia grave. En base a lo anterior solicita que la responsabilidad civil sea moderada judicialmente (...)

(...) Debe señalarse que no cabe acoger la pretensión que la parte apelante formula, en atención a una reiterada doctrina sobre esta materia. "El art. 61.3 in fine de la LORPM establece que "cuando éstos (los progenitores) no hubieran favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos".

Es evidente que a los progenitores de la menor les alcanza la responsabilidad solidaria prevista en el artículo 61.3. de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores , pues los hechos delictivos de los que deriva esa responsabilidad fueron realizados por su hijo menor de edad. En este sentido, la doctrina se ha venido pronunciando con reiteración sobre el régimen de la responsabilidad civil de los padres, señalando que se trata de un régimen especial que excluye la aplicación del régimen de la responsabilidad extracontractual regulado en el Código Civil, añadiendo que tal especialidad no sólo se desprende de la referida Ley Orgánica, sino también de lo dispuesto en los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil . La norma establece directamente la responsabilidad solidaria de los padres del menor, sin supeditarla a la negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones, tratándose de una responsabilidad cuasi-objetiva que permite su moderación, correspondiendo a los padres la carga de acreditar que no favorecieron con dolo o negligencia grave la conducta ilícita del menor, es decir que han empleado las precauciones adecuadas para impedir la actuación delictiva del menor, de forma que cuando no prueben en modo alguno que obraron con la diligencia debida en su deber de vigilancia, educación y formación integral respecto de su hijo menor de edad, no procede efectuar moderación alguna.

Y, desde luego, en el supuesto que nos ocupa el padre del menor, Darío , no ha acreditado la concurrencia de circunstancia alguna que permita atenuar la responsabilidad civil que le alcanza por los hechos delictivos realizados por su hijo menor, por el contrario, tal y como ha señalado la sentencia impugnada, el informe del Equipo Técnico de fecha 21 de abril de 2015 pone de manifiesto la deficitaria educación y la ausencia de atención prestada por el padre al menor, que indudablemente ha influido negativamente en la conducta antisocial y delictiva del menor y que no le hace merecedor de la moderación de la responsabilidad civil interesada, al amparo del art. 61 .3 de la L.R.P.M. . Señala la juzgadora que "en el citado informe se hace constar que los padres están separados desde la primera infancia del menor Darío y que tras la separación el hijo queda a cargo de la madre, aunque describe convivencias inestables entre los domicilios materno y paterno así como marcadas discrepancias educativas madre/padre, con desvalorizaciones mutuas que tienden a restar autoridad a los adultos de referencia de cara al menor. Asimismo, se refleja que el estilo educativo materno es errático y proteccionista; que no son desdeñables datos

sobre antecedentes violentos en la figura del progenitor masculino, con exposición temprana a aprendizajes que incluyen el uso de la fuerza física como forma de enfrentar y/o resolver conflictos; que las respuestas educativas familiares no dan respuesta a las necesidades del joven, ineficaz transmisión de normas y límites, bajo peso de la secuencia conducta/consecuencia; que el joven se encuentra inactivo presentando antecedentes de inadaptación escolar por conductas como el absentismo, enfrentarse a las figuras de autoridad, negarse a hacer la tarea y cambios de centro por conflictos que se achacan a determinados adultos; que la mayor parte de la jornada del muchacho transcurre al margen de horarios adecuados a su edad, se levanta tarde y sale a la calle hasta altas horas de la madrugada; que existe una socialización de alto riesgo personal y social. En este caso, ambos progenitores han favorecido la conducta del menor con su escasa o nula implicación en su educación, según consta en el informe del Equipo Técnico referenciado; incumbiéndole también al progenitor, como titular de la patria potestad, un deber de vigilancia que comprende los deberes de educación. Resultaría completamente injusto que dicha dejadez resultara beneficiosa con una exención de responsabilidad civil por los hechos cometidos por su hijo." Tales razonamientos han de ser aceptados por esta Sala, no apreciando en los mismos desviación irracional, errónea o arbitraria. En consecuencia, el motivo de impugnación y el recurso han de ser desestimados."

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

**Se estima el recurso del Fiscal apreciando la responsabilidad civil solidaria de la Junta de Castilla La Mancha, titular del centro docente donde ocurrieron los hechos, junto a los padres del menor agresor. La relación de responsables civiles solidarios del art. 61.3 LORPM no es excluyente.**

**SAP Cuenca, sec. 1ª, nº 73/2018, de 21-06-2018, Pte.: Martín Mesonero, Javier**

"...Recurso del Ministerio Fiscal.

Dicho recurso, en el que se interesa la responsabilidad de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha en cuanto titular del centro docente en el que ocurrieron los hechos, debe encontrar favorable acogida.

Como señala la SAP de La Rioja antes citada, una interpretación lineal y literal del artículo 61.3 del Código Penal, y en especial de la expresión "por este orden" de dicho precepto, nos llevaría a entender que existe una suerte de responsabilidad civil "en cascada" o excluyente en atención al orden que dicha norma establece, así como que en la misma se configura un "numerus clausus" de posibles responsables civiles (insistimos, por el orden escalonado y excluyente que según esta interpretación ius- literalista configurarían la norma).

Sin embargo, de aceptar esta interpretación lineal, nos encontraríamos con la paradoja de que el resultado sería el contrario al pretendido por el Legislador con esta normativa, que fue, como indica por ejemplo la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 9 de octubre de 2014, introducir un sistema de responsabilidad civil de mayor alcance y severidad con el fin de amparar mejor los derechos de las víctimas al liberarles de tener que probar la culpa del

responsable civil, protegiéndola también frente a la bastante frecuente insolvencia del menor infractor. Pues lejos de ampliar el ámbito subjetivo de la responsabilidad civil en el caso de delitos cometidos por menores, de aceptar esta interpretación literal del precepto se impediría, verbigracia, el juego de la responsabilidad civil prevenida en el artículo 120 del Código Penal para el caso de los delitos cometidos por adultos.

Es por esto que esta Audiencia Provincial sigue 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 , de 9 de noviembre y 654/2011, de 10 de diciembre; Sentencia 248/2010 de AP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 6ª) de 12 de mayo de 2010 , 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 ) que 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, sí 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 o cuasi-potencial, de su comportamiento.

Las anteriores generales consideraciones sobre la exégesis e interpretación que cabe hacer de la dicción del artículo 61.3 de la Ley reguladora, nos ha de llevar a la estimación del recurso del Ministerio Fiscal y a declarar la responsabilidad civil solidaria de la Comunidad Autónoma como titular del referido Centro escolar, juntamente con el menor causante de la agresión y sus padres.

Ello es así porque la agresión que configura el tipo penal por el que ha sido condenado Benjamín , se perpetró dentro de las instalaciones escolares, por un alumno hacia otro, en horas lectivas en las que el menor estaba bajo el control y cuidado del Instituto. El centro docente era sin duda el encargado de vigilar y controlar a los alumnos, a través del profesorado responsable, y el encargado asimismo de velar por la seguridad y buen orden del patio y demás instalaciones

del centro. Era el centro docente, en concreto, a través del profesorado responsable, el encargado del control de la conducta y comportamiento del menor acusado y por tanto, de velar por el cumplimiento que el mismo debería haber observado de las normas de convivencia y disciplina que han de regir el buen funcionamiento de cualquier instituto. Aunque las funciones tutelares y de vigilancia sobre el menor que ejercen los referidos centros docentes son transitorias y meramente provisionales y no desplazan la responsabilidad de los padres, sí que son reales y plenas durante el horario escolar cuando se trata de menores escolarizados en ese centro. Entendemos que el concepto «guardador de hecho» del artículo 61.3 de la Ley Orgánica 5/2000 de Responsabilidad Penal de los Menores ha de interpretarse, no como una remisión en exclusiva a la situación específica a la que se refieren los arts. 303 y 304 del Código Civil, sino a un concepto fáctico, esto es, a quien está de hecho ejerciendo labores de custodia de un menor, como sin duda son los centros escolares, que ostentan esa guarda transitoriamente (durante el horario escolar) precisamente porque es su función, dada la obligatoriedad de escolarización de los menores de 16 años. La responsabilidad de la Junta debe establecerse con carácter solidario por imponerlo así expresamente la propia Ley en su artículo 61.3, tal y como interesó el Ministerio Fiscal en el acto de la vista celebrada ante este Tribunal.

**RC concurrente de guardador y tutor. Menor fugado de un centro de internamiento dependiente de la CA de las Islas Baleares, que estaba en ese momento bajo la tutela del Consell (IMAS). La AP estima el recurso del Fiscal y de la CA y condena solidariamente a indemnizar por el delito no sólo al menor y la CA, sino también al Consell, como tutor del menor, y a la Compañía aseguradora del Consell.**

**SAP Baleares, sec. 2ª, nº 339/2018, de 05-09-2018, Pte.: Jiménez Vidal, Juan de Dios**

“...En el presente caso los padres del menor habían sido privados de la patria potestad que había sido encomendada al IMAS y el menor se encontraba bajo la custodia de la Comunidad Autónoma, de cuyo centro de reforma se había fugado. Ambas administraciones deben responder civilmente de los daños ocasionados.

Se recoge la misma doctrina en las sentencias de esta Sección de la Audiencia Provincial de 19.6.2015, dictada en el rollo 238/2015, y en la sentencia de 16.7.2015, dictada en el rollo 277/2015. En ellas añadíamos:

Respecto al concepto de guardador de hecho la Ley reguladora no define que ha de entenderse por tal y al respecto de si los centros docentes pueden o no estar integrados en esa categoría o grupo, la respuesta ha de ser afirmativa y ello por cuanto aunque las funciones tutelares y de vigilancia sobre el menor que ejercen los referidos centros son transitorias y meramente provisionales y no desplazan la responsabilidad de los padres, en tanto en cuanto la Disposición Final Primera de la ley reguladora dispone que "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", resulta por ello de aplicación el supuesto de responsabilidad civil que consagra 120.3 del CP, referida a: "las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos o faltas

cometidos en establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionadas con el hecho punible cometido de modo que no se hubiera producido sin dicha infracción"; con la particularidad de que por efecto y aplicación directa de lo que establece el artículo 61.3, dicha responsabilidad no es subsidiaria como proclama el CP, sino que tiene el carácter de solidaria, con base al fundamento de la protección que consagra la Ley Penal del Menor dada la naturaleza objetiva de la responsabilidad y el aseguramiento y amparo que concede a la víctima del delito frente a la conducta criminal del menor y su presumible falta de capacidad económica.

En especial el artículo 1.903, párrafo quinto dispone que "las personas o entidades que sean titulares de un centro docente de enseñanza no superior responderán de los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se encuentren bajo el control o vigilancia del profesorado del centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias".

Asimismo, cabe plantearse si el orden que establece el artículo 61.3 de la LORRPMes 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 consecuencia, debe estimarse la pretensión de los apelantes y revocar el pronunciamiento civil de la sentencia. La condena solidaria a hacer frente a la responsabilidad civil derivada del delito debe extenderse, además de a la CAIB, al IMAS y a la compañía aseguradora "Zurich". El menor Humberto, en el momento en que ocurrieron los hechos, estaba sometido a la tutela del IMAS y en la sentencia impugnada no se tuvo ello en cuenta, lo que dio lugar a la aplicación indebida del artículo 61.3 de la LORPM . Ello a pesar de que los apelantes solicitaron en juicio la condena solidaria del IMAS por cuanto este Instituto ostentaba la tutela del menor en el momento de ocurrir los hechos -no la guarda del mismo, como por error se señala en la sentencia-, por haber sido privada de ella sus padres. También interesaron la condena de la CAIB por ejercer la guarda de hecho del menor que se había fugado del centro de menores de DIRECCION000, cuya gestión se encuentra encomendada a un ente instrumental de la CAIB.

Cierto es que, en nuestra Comunidad Autónoma, como razona su representación legal, la competencia en materia de menores se distribuyen entre la CAIB y a los Consells Insulares. Ello da lugar -en ocasiones- a que la administración que ejerce la tutela de un menor no sea la misma que se encarga de la ejecución de la medida impuesta - Consell Insular y CAIB respectivamente-. La guarda de hecho del menor por parte de la CAIB, que ejecuta la medida impuesta, no altera en modo alguno el ejercicio de la tutela por el Consell Insular. Ello se desprende de los artículos 70.3 y 30. 39 del Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares, así como la Ley 8/1997, de 18 de diciembre , que atribuye competencias a los Consells Insulares en materia de tutela, acogimiento y adopción y la Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de atención y de derechos de infancia y adolescencia de las Islas Baleares, que regula las competencias en la materia, para concluir que las competencias de los Consells Insulares cuando asumen la tutela de menores de edad (que se ejerce a través del organismo autónomo IMAS), no quedan sin efecto o suspendidas por el hecho de que, posteriormente, ingresen en un centro de menores de la CAIB por haber delinquido. No existe precepto alguno que pueda amparar la interpretación contrario. La guarda de hecho del menor internado no otorga al guardador las competencias propias del tutor establecidas en el artículo 271 del Código Civil y la Ley 17/2006.

**Guardadora de hecho. Se absuelve en apelación a la tía del menor, declarada responsable civil en la instancia, al estimar que ni tenía la representación del menor, ni la guarda de hecho, habiéndose, además, desarrollado el procedimiento a sus espaldas, con la consiguiente indefensión.**

**SAP Madrid, sec. 4ª, nº 493/2018, de 24-10-2018, Pte.: Pestana Pérez, Mario**

“...Tal como se colige de la secuencia procesal descrita en el párrafo primero del ordinal anterior, el expediente instruido en la Fiscalía y posteriormente seguido en el Juzgado de Menores se ha desarrollado prácticamente de espaldas a la ahora recurrente. Es por fin el día 26 de mayo de 2018 cuando la Sra. Filomena tuvo conocimiento por primera vez de que era parte procesal en el expediente, así como del escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal y del día señalado para la celebración de la audiencia en el Juzgado de Menores, once días después.

Incluso es significativo que en el escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal, concretamente en el relato de hechos, no aparezca el nombre de Filomena, omisión que se reproduce en la declaración de hechos probados de la Sentencia recurrida. En dicho relato consta solamente que el menor Eutimio "residía con una tía materna", sin especificar su identidad.

En el expediente no se informó a Filomena de que tenía derecho a designar abogado, con la advertencia de que se le nombraría de oficio en caso de no hacerlo. Tampoco se le informó en ningún momento de que se la consideraba defendida por el letrado de oficio nombrado al menor, lo cual, por otra parte, no había sido acordado expresamente. En este punto, no es ocioso señalar que desde que se designó abogado de oficio al menor y hasta la celebración de la audiencia, Filomena y su sobrino no convivieron ni consta que mantuvieran relación. La ausencia de convivencia en ese periodo es clara a partir de los informes emitidos por el Equipo Técnico.

D<sup>a</sup> Filomena no era la representante legal del menor cuando fue citada a la audiencia y cuando dicho acto procesal se celebró. El representante legal del menor era la Comunidad de Madrid, que ejercía su tutela desde el día 22 de febrero de 2017, y que sin embargo no fue citada a la audiencia.

No había ninguna razón para admitir que el abogado designado de oficio para la defensa del menor ejerciese también la defensa de Filomena, la cual ni era la representante legal del menor ni convivía con el mismo. Además, debemos recordar lo antes indicado: La Sra. Filomena tuvo conocimiento por primera vez de que era parte procesal en el expediente el día 26 de mayo de 2018, y nadie le informó de su derecho a nombrar abogado.

La razón por la que la Sra. Filomena ha sido demandada por el Ministerio Fiscal como responsable civil solidario del menor expedientado ha sido, a juzgar por los términos del escrito de alegaciones, la circunstancia de que el día de los hechos enjuiciados, 19 de febrero de 2017, Eutimio residía con ella. Ciertamente, la designación de la Sra. Filomena en dicho escrito de alegaciones debería haber sido más precisa, habida cuenta de los extremos incluidos en los números 4, 6, 7 y 14 del párrafo primero, y en la letra B) del párrafo segundo, ambos del ordinal anterior, pero tal defecto se subsana después cuando se la identifica nominalmente, tras su condición de tía del menor, en el punto 6 del citado escrito. Por lo tanto, el parentesco y la supuesta convivencia entre tía y sobrino, referida al día de los hechos enjuiciados, es la base fáctica de la pretensión indemnizatoria dirigida contra la Sra. Filomena.

Con mayor rigor técnico, en el escrito de impugnación del recurso examinado, el Ministerio Fiscal señala que Filomena era la guardadora de hecho de su sobrino cuando se produjeron los hechos del expediente, el 19 de febrero de 2017, al haberse hecho cargo de Eutimio, que estaba bajo su cuidado.

Tales condiciones y circunstancias fácticas son las que se niegan en el recurso. Es decir, precisamente cuando a Filomena se le asigna un abogado defensor en el expediente, lo que alega es que nunca ostentó la condición de guardadora de hecho de su sobrino, o, como mínimo, que no lo era cuando se produjeron los hechos enjuiciados. Y no se trata de una alegación inconsistente, retórica u oportunista, tal como se extrae de los informes de los Equipos Técnicos.

Un primera conclusión de lo hasta ahora expuesto es que Filomena se ha visto privada del derecho a la defensa efectiva en el expediente. Ni se le ha dado la oportunidad de declarar sobre los hechos en los que se basaría su eventual

responsabilidad ex. artículo 61.3 de la Ley Orgánica 5/2000, ni de nombrar abogado defensor o pedir uno de oficio para su defensa, y tampoco cabe entender que haya sido defendida por el abogado que defendió a su sobrino Eutimio en la audiencia, quien se limitó, en el marco de una conformidad, a pedir una moderación de la responsabilidad civil a cargo de la Sra. Filomena.

La figura del guardador de hecho suscita no pocos problemas interpretativos en el ámbito de la doctrina civil especializada, comenzando por su propia concepción. No hay una definición en el Código Civil del guardador de hecho; y en las que figuran en el Código Civil de Cataluña y en el Código de Derecho Foral de Aragón, referidas a los menores, se destacan las notas del cuidado del menor o de la ocupación transitoria de su guarda. En la doctrina científica -"La guarda de hecho", Universidad de Oviedo, Patricia Anahí Lescano Fera, con una cita abundante de doctrina- se destaca el carácter voluntario en la ocupación de los asuntos del guardado; el rasgo consistente en el ejercicio de hecho de alguna de las funciones propias de las instituciones tutelares; el haberse encargado de la custodia y protección, o de la administración patrimonial o gestión de intereses del guardado; el ejercicio de la guarda efectivamente ejercida y asumida sin formalidades; o que el guardador de hecho es quien asume deberes de protección y custodia sin título que le habilite.

En el trabajo académico mencionado se citan varias resoluciones judiciales sobre el concepto. Así, la SAP Asturias de 17 de abril de 1999, que establece que la guarda de hecho es una "situación que existe o puede producirse siempre que alguien, sin estar investido oficialmente de funciones tutelares respecto de un menor o incapaz asume y ejerce de hecho tales funciones". También, la SAP Cádiz de 22 de diciembre de 2004 determina que en la guarda de hecho "se trata de un caso más de los diversos de ejercicio de hecho de un derecho, a saber gestión por una persona, que no es tutor, de la persona y, en su caso, del patrimonio de un menor o incapacitado". En el mismo sentido vid. SAP Valladolid de 1 de febrero de 2005.

Sobre el fundamento de la imputación de responsabilidad solidaria a los padres, tutores, acogedores y guardadores que contiene el artículo 61.3 de la Ley Orgánica 5/2000, el mismo se encuentra en el incumplimiento de los deberes de educar, formar integralmente y vigilar que respetivamente les correspondan -SSAP de Burgos de 20 de octubre de 2006 y de 11 de noviembre de 2010-. 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 (por todas, SAP de Cuenca núm. 73/2018, de 21 de junio, con cita de numerosas resoluciones de Audiencias en igual sentido). Por lo tanto, debe atenderse a las efectivas facultades que los diversos responsables tengan atribuidas sobre el menor y que se corresponden con los consiguientes deberes jurídicos de educación y control o vigilancia (por todas, SAP Zamora núm. 1/2018, de 17 de enero, con cita de numerosas resoluciones de Audiencias en igual sentido).

En el caso que no ocupa, cabe identificar en D<sup>a</sup> Edurne y D. Leonardo los rasgos propios del guardador de hecho del menor Eutimio, desde que aquellos se hicieron cargo del mismo -y de su hermana menor- en 2015, tras el ingreso de su madre en un centro penitenciario, y hasta que enviaron al menor a República

Dominicana a vivir con su abuela. Sin embargo, no cabe entender acreditado que Filomena asumiese voluntariamente funciones de cuidado y/o formación, control y/o vigilancia, o bien de representación de su sobrino tras regresar el mismo de la República Dominicana en octubre de 2016, es decir, que asumiese de hecho funciones tuitivas propias de la tutela, o bien de la curatela, acogimiento o guarda legal. Solo consta que al parecer le pagó el alquiler de una habitación, pero sin supervisarle, lo que parece indicar que solo perseguía evitar que su sobrino viviese en la calle; que Filomena trabajaba como empleada interna; y que el expediente de tutela se incoó en febrero de 2017, siendo lógico suponer que tal incoación se produjo antes de que ocurrieran los hechos enjuiciados -los cuales ocurrieron dos días antes de la declaración legal de desamparo y constitución de tutela-.

En conclusión, las manifiestas mermas del derecho de defensa de la recurrente que hemos puesto de relieve, de un lado, y la fragilidad de la prueba sobre su supuesto carácter de guardadora del menor Eutimio cuando ocurrieron los hechos enjuiciados, de otro, determinan la estimación del recurso examinado, con la revocación parcial de la Sentencia apelada en lo referente al pronunciamiento de condena de Filomena en el ámbito civil accesorio.”

**Concurrencia, como posibles responsables civiles solidarios, de la Diputación Foral de Álava que tenía la tutela de la menor y de los progenitores que tenían delegada la guarda en la fecha del hecho. La AP confirma la condena sólo de la Diputación Foral, pues únicamente se ejerció contra ella la acción civil.**

**SAP Álava, sec. 2ª, nº 361/2018, de 30-11-2018, Pte.: Tapia Parreño, José Jaime**

“...En el caso presente, la entidad recurrente nos relata ampliamente cuál ha sido la diversa situación jurídica en la que se ha hallado la niña a lo largo del tiempo.

Se reconoce, en todo caso, que en abril del año 2016, el Consejo del Menor declaró la situación de desamparo y asumió la tutela "ope legis", y más tarde que "se procedió a la delegación de la guarda en los progenitores, con mantenimiento de la tutela por parte de la entidad de protección", y añade que "los hechos origen del presente procedimiento de reforma se encuadran en este último espacio de tiempo".

Sentado lo anterior, según aquella doctrina, es diáfana la responsabilidad de la Diputación Foral de Álava o si se quiere de aquel ente, al ser la entidad tutora. Eventualmente, podría haberse establecido una doble responsabilidad, esto es, de los progenitores, como guardadores, y de la entidad pública como tutor, porque ese precepto no excluye aquélla, si se hubiera ejercitado una acción contra aquéllos, lo que no es el caso.

La Diputación Foral de Álava seguía manteniendo las facultades y deberes propios de la Tutela, que le hacen responsable civil de los perjuicios causados por la menor a los agentes de la autoridad.

Entre aquéllos resultan determinantes la facultad de elección de la persona adecuada para el ejercicio de la guarda; la que es más relevante la de control o supervisión sobre el ejercicio de tal institución por parte de los progenitores, y

finalmente el deber de cesar tal guarda-acogimiento si no se ejerce adecuadamente.

El art. 172 ter CC establece que "la guarda se realizará mediante el acogimiento familiar¿(que) se realizará por la persona o personas que determine la entidad pública".

Igualmente, según el vigente art. 174.3 CC "la vigilancia del Ministerio Fiscal(sobre una guarda)no eximirá a la entidad pública de su responsabilidad para con el menor¿".

Finalmente, el art.173.4 CC establece que "el acogimiento familiar del menor cesará por resolución de la Entidad Pública, de oficio¿cuando se considere necesario para salvaguardar el interés del menor".

En conclusión, según tales normas (y otras), con independencia de las obligaciones que incumbían a los guardadores, la Diputación seguía manteniendo ese control sobre la labor realizada por aquéllos, y eventualmente podía cesarla.

Más allá de la responsabilidad concreta que pudieran tener los padres, la Diputación no estaba exenta de aquélla, como hemos expresado previamente, si algunas facultades se delegan manteniendo una facultad superior de vigilancia y cuidado, y lo propio es compartir responsabilidades y responder de forma solidaria.

Por tanto, en línea con la que ha sido nuestra postura pacífica, aunque podría existir eventualmente una responsabilidad de los padres, que no podemos analizar, por un principio de congruencia y dispositivo, existía una responsabilidad de la propia entidad apelante con respecto a los terceros perjudicados."

## E.-II.-10 COMPENSACIÓN DE CULPAS

**Se modera la responsabilidad civil del menor por lesiones en un 15%, por aplicación del art. 114 del CP. Se estima la contribución de la víctima mayor de edad a la producción del daño, pues con su conducta propició el enfrentamiento en el que tuvo lugar la agresión.**

**SAP Madrid, sec. 4ª, nº 398/2018, de 25-07-2018, Pte.: Pestana Pérez, Mario**

"...procede revisar la indemnización fijada a favor del lesionado, en el sentido de reducirla en un 15%. La lesiones sufridas por Domingo se produjeron en el contexto de una pelea en cuya génesis no fue ajeno. Intervino por lo tanto en la creación intencional de una situación violenta, de riesgo para la integridad física ajena y propia, y teniendo como antagonista a un menor de edad. Por aplicación de lo previsto en el artículo 114 del Código Penal, moderamos la indemnización en los términos expuestos. Sobre la viabilidad de la moderación prevista en el artículo 114 del Código Penal también en el caso de delitos dolosos, cabe citar las SSTS núm. 98/2009, de 10 de febrero, con abundante cita de doctrina legal ciertamente no uniforme, y núm. 300/2014, de 1 de abril. En conclusión, fijamos la indemnización a favor de Domingo en la suma de 1.020 €."

**Se deniega la apreciación del art. 114 del CP. La AP rechaza que la facultad moderadora de dicho precepto se deba aplicar automáticamente por el mero hecho de participar la víctima en una pelea o riña.**

**SAP Barcelona, sec. 3ª, nº 459/2018, de 24-10-2018, Pte.: Linage Gómez, Myriam**

“...solicita el recurrente sea moderada la obligación resarcitoria en función del artículo 114 del CP atemperando la cuantía indemnizatoria a la suma de 50 euros. Aun cuando no se desconoce que han existido pronunciamientos judiciales así tanto del TS como de las Audiencias Provinciales que han aplicado aquella facultad moderadora en atención a la participación que la propia víctima haya podido tener en la causación de las lesiones, no sólo en el ámbito de la imprudencia sino también en el caso de lesiones dolosas, no es pacífica ni consolidada la doctrina que parte de la asunción de los propios daños cuando de una riña aceptada se trata, y aunque tal ha sido en algunas ocasiones el criterio mantenido por esta Audiencia Provincial, no creemos equitativo omitir el pronunciamiento en materia de responsabilidad civil por el mero hecho de haber participado la víctima en una pelea o riña en la que el mismo haya tenido activa y violenta intervención, pues aquella aceptación no ha de implicar necesariamente la asunción del riesgo de sufrir graves lesiones, máxime cuando entre las sufridas y las provocadas a la otra parte existe una diferencia significativa, o como, cuando en el caso se trata, la causante de las lesiones no sufre por su parte daño corporal de clase alguno.”

## **F.- RECURSOS**

**Se desestima recurso de apelación de acusación particular y adhesión del Fiscal. No es posible revisar en apelación por el Tribunal pruebas testificales que, en este caso, determinaron la apreciación por el Juzgado de la eximente de legítima defensa.**

**SAP Málaga, sec. 8ª, nº 368/2018, de 14-06-2018, Pte.: González Zubieta, Fernando**

“...Se razona en la Sentencia recurrida, que la convicción absoluta se produce al no quedar acreditados en todos sus extremos los hechos denunciados con la suficiencia jurisprudencialmente exigida, para desvirtuar la eficacia del principio de "presunción de inocencia" que se consagra en el art. 24 de la Constitución, pues habiéndose negado por el acusado los hechos que se le imputan, se producen dos versiones contradictorias que no se resuelven con la prueba practicada en este caso, la declaración de la menor acusada expresa que Paula se dirigió a ella profiriendo la expresión "me cago en tu padre" al tiempo que se abalanzaba sobre ella, cogiéndola por el pelo cayendo ambas al suelo, donde se defendió del ataque siendo separadas enseguida versión que es corroborada por el testigo Virtudes, siendo contradichos por otro testigo, Marí Jose, algunos de los detalles del enfrentamiento que trata de introducir Paula. Concurren a criterio de la Juzgadora de Instancia, los requisitos de la eximente de legítima defensa del Art. 20-4 del Código Penal.”

El análisis del escrito de alegaciones de la apelante revela que el recurso se basa en una errónea valoración de la prueba. Cuando se trata de prueba testifical, cuya valoración depende en gran medida de la percepción directa, la determinación de la credibilidad que corresponde otorgar a cada testigo es tarea atribuida al Juzgado de instancia, en virtud de la inmediación de la que carece el Tribunal de apelación, sin que su criterio pueda ser sustituido en esta sede, salvo los casos excepcionales en los que se aporten datos o elementos de hecho no tenidos en cuenta por aquel Tribunal que pongan de manifiesto una actuación que pueda considerarse arbitraria. Igualmente, viene manteniendo que el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es solo revisable en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del tribunal de los hechos de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos. Por el contrario tiene dicho el TS que son ajenos al objeto de la casación aquellos aspectos del juicio que dependen sustancialmente de la inmediación, o sea de la percepción directa de las declaraciones prestadas en presencia del Tribunal de instancia. En este sentido se ha señalado repetidamente que la cuestión de la credibilidad de los testigos, en principio, queda fuera de las posibilidades de revisión en el marco del recurso. Causa extrañeza a la Sala, que la dirección letrada de la recurrente siga insistiendo en incardinar en el delito del art. 147.1 del Código Penal, lo que son unas lesiones leves incardinables en el párrafo 2 del Art. 147. Pero aún causa más sorpresa, que en el suplico del recurso, solicite nada menos que la imposición de "pena" de 15 meses de internamiento en régimen cerrado, para un delito leve (antes Falta) de lesiones.

Pese a la adhesión del Mº Fiscal, esta Sala consideramos que existe cierto margen de duda razonable respecto de la concurrencia ó no de la eximente de legítima Defensa, algo que en todo caso ha de resolverse en favor del reo, ello además de que la Juzgadora de instancia razona debidamente, frente a una actitud de provocación y ataque sobre la menor acusada, que, según apreciamos con la audición del soporte DVD que contiene el Acto del Juicio Oral, no tenía pensado pugnar ni manifestar enemistad alguna, sino todo lo contrario, quitar importancia a la enemistad que origino que las dos salieron con el mismo chico, cabe albergar la duda de que Sagrario tuviera también alguna erosión, algo que no se determinó porque no acudió al médico.

En definitiva, la Sala entendemos que no cabe obviar lo que determina el art. 792-2 en relación con el art. 790-2 de la LECrim ., y en tal virtud no vemos que se haya llevado a cabo una valoración de las pruebas arbitraria, carente de la lógica o razonamiento más elemental, o se haya omitido valorar alguna ó algunas de las pruebas practicadas."

**Se desestima recurso de apelación de la acusación particular contra sentencia absolutoria por error en la valoración de la prueba. Acuerdo Pleno No Jurisdiccional, Sala 2ª TS, de 9-6-2016, sobre la reforma de la LECrim de 2015 y nuevo art. 790.2, párrafo tercero. Doctrina del TEDH proscribiendo revisar la valoración de pruebas practicadas en la instancia.**

**SAP Palencia, sec. 1ª, de 30-07-2018, nº 11/2018, Pte.: Maderuelo García, José Alberto**

“...Versando el recurso de apelación sobre el supuesto error cometido por el Juez a quo al valorar las pruebas practicadas a su presencia, conforme a la reciente doctrina del Tribunal Supremo tras Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda de fecha 9 de junio de 2016, celebrado para unificación de criterios sobre alcance de la reforma de la LECrim operada en 2015, sólo cabe acordar la nulidad de la sentencia, que deberá basarse en alguno de los supuestos señalados en el art. 790.2 párrafo tercero de LECrim, cuando así se solicite en el recurso interpuesto. En otro caso no cabe acordarla y su falta de invocación deviene en causa de desestimación. Es por ello que sin otras consideraciones jurídicas procede rechazar el recurso y confirmar la resolución que absolvió al expedientado.

A mayor abundamiento, antes incluso del citado Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional del TS de 9 de junio de 2016, tampoco era posible condenar en apelación sin la preceptiva celebración de vista oral que permitiera al Tribunal oírle, por estar prohibido en nuestro sistema penal y en este sentido la doctrina del Tribunal Constitucional señalaba que el Tribunal de apelación para poder condenar al acusado absuelto en primer grado debe haberlo oído ya que, si el tribunal no ha presenciado dichas pruebas personales bajo los principios de publicidad, inmediación y contradicción, se vulneraría el artículo 24 de la CE pues se produciría una nueva valoración de esos elementos probatorios con modificación de los hechos probados vulnerando el derecho a un proceso con todas las garantías del artículo 6.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades públicas, en la interpretación que de él viene haciendo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que afirma que cuando el órgano de apelación tiene que pronunciarse globalmente sobre la culpabilidad o inocencia del acusado, la apelación no puede resolverse sin un examen directo y personal del acusado que niega haber cometido el hecho.”

**Se desestima queja contra auto de AP denegando preparación de recurso de casación. En el ámbito de la LORPM sólo cabe el recurso de casación para unificación de doctrina del art. 42, que no se ha visto modificado.**

**ATS Sala 2ª, sec. 1ª, de 27-06-2018, rec. 20147/2018, Pte.: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón**

“... en sede del recurso basta con remitirse al bien fundado auto de 18/01/18, de la Sección Cuarta, de la Audiencia Provincial de Madrid, para comprobar que no concurren los requisitos exigidos en el art. 42 LORPM, único recurso posible, para unificación de doctrina, que como no desconocen los profesionales intervinientes, es un remedio extraordinario cuya finalidad es reforzar, a través de la jurisprudencia de esta Sala, la garantía de la unidad de doctrina -y consiguientemente del principio de seguridad jurídica y del derecho a la igualdad de todos ante la ley- en el ámbito del derecho sancionador de menores. Debe entenderse que la naturaleza extraordinaria de este recurso no sólo se manifiesta en su carácter tasado -sólo puede ser interpuesto para resolver, en determinados supuestos de especial gravedad, las contradicciones doctrinales a que se refiere el apartado 2 del art. 42 LRPM- sino en su carencia de efecto suspensivo. La finalidad del nuevo recurso es reforzar la garantía de la unidad de doctrina "en el ámbito del derecho sancionador de menores", quedando explicitado el sentido

de esta frase en el art. 42.2 LORPM en que se dispone que las contradicciones doctrinales que pueden dar lugar al recurso tienen que estar referidas a "hechos y valoraciones del menor que, siendo sustancialmente iguales, hayan dado lugar, sin embargo, a pronunciamientos distintos" ( STS 3-2-03 ). La cuestión central en este tipo de recursos estriba en la unificación de doctrina, esto es, la sentencia de contraste lo que tiene que poner de manifiesto es que la sentencia recurrida se ha apartado de la interpretación de la norma que en las otras sentencias se mantiene. En otras palabras, se trata de examinar la interpretación de la norma para su unificación, pero no de entrar en el análisis de otras circunstancias que han sido tenidas en cuenta a la hora de la elección de la medida adecuada para la reforma del menor. Y teniendo en cuenta que este régimen de recursos establecido en la LORPM no ha sido modificado y que la casación en materia de menores solo está prevista para unificación de doctrina y no para supuestos de casación ordinaria.

En consecuencia el auto de la Audiencia es ajustado a derecho y procede la desestimación de este recurso de queja con imposición de las costas a la recurrente."

## G.- PRESCRIPCIÓN

**No interrumpen la prescripción respecto al infractor menor de edad las actuaciones dirigidas contra él por un Juzgado de Instrucción con manifiesta falta de competencia y cuya nulidad se declaró. Cambio de criterio de la AP, adoptando el expresado en la Circular 9/2011 de la FGE.**

**AAP Valencia, sec. 5ª, nº 660/2018, de 05-07-2018, Pte.: Gómez Villora, José María**

"...Recorre la apelante el auto por el que se decretaba el archivo, por prescripción del delito, del procedimiento contra Ángel Jesús por la muerte por atropello de Don Cayetano .

Dicho Auto considera que la declaración de Ángel Jesús , cuando era menor de edad, no tendría virtualidad para interrumpir la prescripción, más aún teniendo en cuenta que fueron declaradas nulas las actuaciones; que en la jurisdicción de menores ha de entenderse dirigido el procedimiento contra el culpable cuando el Ministerio Fiscal acuerda la incoación del expediente del artículo 16 de su Ley reguladora y lo comunica al Juzgado de Menores, considerando además de esencia en este procedimiento que no pase un lapso de tiempo dilatado entre los hechos y la imposición de la medida, pues esta devendría ineficaz.

En mérito a lo anterior y teniendo en cuenta el plazo de prescripción del delito por el que se ha seguido el procedimiento, entre la fecha de los hechos, 11 de noviembre de 2015 y la del Decreto de incoación del Ministerio Fiscal, 14 de marzo de 2017, se habría superado el plazo de 1 año previsto en el artículo 15 de la LORPM .

Frente a lo anterior, considera la recurrente que no puede apreciarse la prescripción por cuanto el procedimiento no ha estado paralizado durante un año, teniendo en cuenta estos antecedentes:

El atropello se produce el día 11 de noviembre de 2015.

El 21 de enero de 2016 se acuerda la incoación por el Juzgado de Instrucción nº 1 de DIRECCION000 de las Diligencias Previas 1245/2015.

El 1 de marzo de 2016 se produce la personación de REALE SEGUROS.

El día 22 de marzo de 2016 se lleva a cabo la declaración del investigado Ángel Jesús ante el Juzgado de Instrucción.

El día 6 de junio de 2016 se interpone recurso de reforma por la parte apelante.

El 29 de abril de 2016 se dicta Auto de incoación de Procedimiento Abreviado.

El día 17 de enero de 2017 se acuerda la nulidad del procedimiento.

Aduce además la recurrente que el Auto de esta misma Sección de 27 de junio de 2017 ya rechazó la prescripción acordada por medio de Auto del Juzgado de Menores de 18 de abril de 2017 por lo que existiría cosa juzgada.

Frente a lo anterior, la representación de REALE SEGUROS solicita la confirmación de la resolución recurrida al haber prescrito los hechos, aduciendo además que se vacía de contenido la medida reparadora del menor en su momento por cuanto Ángel Jesús ya es mayor de edad y han transcurrido más de dos años y cuatro meses desde el siniestro.

Igualmente insiste en dicha tesis la Defensa de Ángel Jesús en que el procedimiento ha de considerarse prescrito por cuanto el mismo era menor en la fecha de los hechos sin que las diligencias declaradas nulas en virtud del Auto de 17 de enero de 2017 del Juzgado de DIRECCION000 puedan ser consideradas aptas para interrumpir la prescripción.

Así, señala dicha parte que transcurre más de un año desde la presentación de la denuncia el día 4 de diciembre de 2015 hasta el acta de exploración ante Fiscalía de menores el día 22 de noviembre de 2017.

Aduce dicha parte que en el atestado de la Policía Local de Canals ya constaba la filiación completa de Ángel Jesús, menor en aquella fecha, así como que se dictó Auto de cuantía máxima por el Juzgado de Menores 2 de Valencia.

Al estar ante un delito menos grave habría prescrito teniendo en cuenta la fecha de los hechos, la fecha de la denuncia y el Decreto del Fiscal.

Así consta al folio 141 el Auto de nulidad acordado por el Juzgado de Instrucción 1 de DIRECCION000 por cuanto el investigado Ángel Jesús era menor en la fecha en que se producen los hechos.

Consta igualmente al folio 144 Decreto de la Fiscalía de Menores instando la incoación el día 14 de marzo de 2017 de Expediente de Reforma contra el menor por el homicidio imprudente de Don Cayetano por hechos del día 11 de noviembre de 2015, acordando la remisión al Juzgado de Menores competente interesando que se acuerde el archivo por prescripción al amparo del artículo 15.1.4 de la LORPM, interesando igualmente que se dicte el Auto de Cuantía Máxima.

TERCERO. El Auto 853/2017 de esta misma Sección de 27 de junio rechazó la prescripción del delito al haberse seguido el procedimiento contra Ángel Jesús ante el Juzgado de Instrucción Número 1 de DIRECCION000 y sin que una vez remitido a la Fiscalía de Menores se hubiera paralizado en los plazos previstos en la Ley para dar lugar a la prescripción.

Tras dicha resolución, el día 20 de septiembre de 2017 se acuerda por el Juzgado de Menores dar traslado al Ministerio Fiscal, que interesa la continuación de la causa y la devolución a la Fiscalía.

El día 9 de noviembre de 2017 se acuerda por la Fiscalía de Menores la elaboración de informe al Equipo Técnico de la Fiscalía de Menores.

El 22 de noviembre comparece a prestar declaración Ángel Jesús .

Ese mismo día se presenta por Doña Gracia Llaudes LLaudes, en nombre y representación de Ángel Jesús , escrito interesando al práctica de diligencias, siendo denegada su práctica por medio de Decreto de 11 de diciembre de 2017. Por medio de Decreto de 25 de enero de 2018 se acuerda la conclusión del expediente y la remisión al Juzgado de Menores solicitando que por éste se acuerde el archivo por prescripción ex artículo 30 LORPM .

El 8 de febrero se efectúan alegaciones por la acusación particular oponiéndose al archivo por prescripción.

El 15 de febrero se dicta el Auto objeto de recurso.

CUARTO. Así las cosas, son dos las cuestiones que deben tratarse en el presente recurso.

La primera, si queda vinculada la Sección por su anterior resolución de 27 de junio de 2017.

La segunda y para el caso de que la respuesta a la anterior cuestión sea negativa la aptitud de los actos realizados ante la jurisdicción ordinaria y declarados nulos, para interrumpir la prescripción ante la jurisdicción de menores, por cuanto no se discute que el autor de los hechos era menor cuando se produce el atropello mortal.

Pues bien, en relación con la primera cuestión, nada empece al cambio de criterio de la Sala tras un nuevo estudio de la cuestión y de la composición de la misma.

Así, por lo que respecta al momento en el cual cabe entender interrumpida la prescripción ante la jurisdicción de menores, la Circular de la Fiscalía General del estado 9/2011, señala que "El decreto del Fiscal incoando el Expediente de reforma inicia el proceso propiamente dicho, abierto al control jurisdiccional y a la personación e intervención de las partes. Efectivamente, como consecuencia de ese Decreto se producen importantes actuaciones procesales, como la comunicación de la incoación al Juzgado de Menores (art. 16.3 LORPM ); la notificación del expediente al menor imputado (art. 22.2 LORPM ), con los derechos expresados en el art. 22.1, de asistencia letrada, así como del equipo técnico y sus representantes legales; y la notificación a quien aparezca como perjudicado (art. 22.3 LORPM ). La relevancia de tal decisión determinó un consenso generalizado a la hora de estimar que dicho decreto de incoación constituye el primer acto relevante para interrumpir la prescripción. Así ha sido tanto en la doctrina científica como en la emanada de las Audiencias Provinciales, cuyo parecer, a diferencia del caso de las Preliminares, era unánime a este respecto (vgr. SSAP Sevilla, secc. 3.ª n.º 91/2003, de 16 de abril ; Valencia secc. 5ª n.º 479/2010, de 16 de julio ; Madrid, secc. 4.ª, n.º 103/2010, de 20 de mayo ).

Pero comoquiera que el nuevo tenor del mencionado art. 132.2 CP alude ahora a una resolución judicial motivada, cabe cuestionar si sigue bastando, a efectos interruptivos, el decreto del Fiscal, o debe ser una resolución del Juez de Menores, y en tal caso, cuál habría de ser ésta. Debe mantenerse, no obstante la reforma del art. 132.2 CP , que el decreto de incoación de expediente por el Fiscal goza de esa capacidad interruptiva. Esta conclusión se apoya en la propia sustantividad de la LORPM , que regula un procedimiento singular en el que la dirección del proceso contra el menor sospechoso, a través de la instrucción, se atribuye al Fiscal.

Como argumento a favor de entender que sólo el inicio de actuaciones ante el Juzgado de Menores tenía aptitud para interrumpir la prescripción, se dice en la Circular que Estas diligencias del Juzgado garantizan el seguimiento jurisdiccional con importantes consecuencias, pues quedan delimitados, ya en vía judicial, los menores imputados así como los perjudicados a los efectos de responsabilidad civil (art. 4 y 64.1.<sup>a</sup> LORPM ). Sólo a partir de ese momento las víctimas podrán realizar la personación ante el propio Juzgado, a los efectos de ejercer la acusación particular, en su caso (art. 25 LORPM ). Y es en tal procedimiento donde se resolverán, si se planteasen, las peticiones de medidas cautelares (art. 28.4 LORPM ); de diligencias restrictivas de derechos fundamentales (arts. 23.3 y 26.3 LORPM ); la declaración de secreto (art. 24 LORPM ); o las solicitudes de prueba que hubiesen sido denegadas por el Fiscal y que el Juez podría decidir practicar por sí mismo, si las considerara relevantes a los efectos del proceso (arts. 26.1 y 33 e) LORPM ). Por tanto, de conformidad con el art. 16.3 LORPM , se abre un proceso judicial cuya iniciación mediante auto de incoación no es simple *usus fori*, sino exigencia de estricta legalidad.

En cuanto a esta cuestión, la Circular señala lo siguiente:

Con frecuencia la noticia criminis referida a hechos delictivos cometidos por menores no llega a las Secciones de Menores de manera directa, a través de atestados o denuncias referidos tan solo a menores, sino que el atestado o denuncia se remite a un Juzgado de Instrucción que, tras verificar la minoría de edad de alguno o de todos los presuntos culpables, se inhibe o remite el correspondiente testimonio a Fiscalía ( art. 779.1.3.<sup>a</sup> LECrim .). En estos casos pueden presentarse dos tipos de situaciones, una de carácter regular y otra que podría denominarse irregular o anómala. La primera de ellas la integran todos aquellos supuestos en que recibidos en un Juzgado de Instrucción un atestado o denuncia, y practicadas las actuaciones ordinarias dirigidas a determinar la identidad, filiación y edad de los presuntos inculcados, se acuerda la inhibición o la remisión de testimonio a la Sección de Menores al constatarse fehacientemente que todos o alguno de los imputados son menores. En tales casos, la actividad procesal desplegada por el Juzgado de Instrucción mantiene su eficacia como actividad interruptiva de la prescripción. A este tipo de situaciones serían asimilables las de aquellos casos en que por un Juzgado de Instrucción se instruyese una causa en la creencia, razonablemente fundada en datos objetivos, de la mayoría de edad del inculcado, que resultase luego haber sido menor al tiempo de los hechos. Los actos procesales realizados hasta que hubiese constancia fehaciente de la menor edad interrumpirían igualmente el cómputo de los plazos de prescripción. El Tribunal Supremo considera que las actuaciones declaradas nulas carecen de sus efectos propios en el ámbito de la irregularidad, pero no son inexistentes y mantienen una eficacia residual, como es la necesaria para interrumpir la prescripción, invocando el principio de conservación de los actos procesales ( SSTS n.º 1050/1997 de 18 de julio ; n.º 1133/1998 de 30 de septiembre ; n.º 1784/2000 de 20 de diciembre ; n.º 438/2003 de 27 de marzo ). En tal sentido se pronuncia el Acuerdo de Pleno No Jurisdiccional de 27 de abril de 2011 según el cual «las actuaciones declaradas nulas en el proceso penal no pierden por ello la eficacia interruptiva que tuvieron en su momento». Así, aquí la prescripción volvería a correr a partir del auto de inhibición previsto en el art. 779.1.3.<sup>a</sup> LECrim ., hasta que se interrumpiese de nuevo, en su caso, por el decreto de incoación de expediente del Fiscal o -

subsidiariamente, según la interpretación ya referida del art. 132.2 CP - por el auto de incoación de procedimiento del Juzgado de Menores. Tesis del Auto AP Lleida 550/2016 de 18 de octubre.

Diferentes a estas situaciones son aquellas que pueden calificarse de irregulares o anómalas cuando, por error o inadvertencia del órgano judicial, se siguiese tramitando la causa en el Juzgado de Instrucción pese a haberse alegado o constar claramente la menor edad del imputado, pues esa constancia determinaría la manifiesta incompetencia de los órganos de la justicia penal de adultos y la inexcusable inhibición a la jurisdicción especializada. Este tipo de casos están viciados de nulidad radical, que concurre cuando la incompetencia es manifiesta (STC n.º 70/1999, de 26 de abril). Y siendo como son actos radicalmente nulos, a diferencia de los anteriores, no pueden producir ningún efecto, al carecer de los requisitos esenciales e indispensables para su validez, lo que determina la imposibilidad de subsanación, que además lo sería en perjuicio del menor. Por tanto, en estos supuestos los plazos de prescripción correrían normalmente hasta que se dictase el auto de inhibición a Fiscalía, que volvería a interrumpirla.

Sigue esa tesis el Auto 112/2017 de la Ilma. Audiencia Provincial de La Rioja de 6 de abril de 2017 con cita de la Sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid, Sección 4ª, de 26 de marzo de 2015.

Dicha interpretación, consideramos además que es la más beneficiosa para el reo...”

**Cómputo en los supuestos del art. 132.1, párrafo segundo, cuando la víctima es menor de edad. Se estima el recurso del Fiscal, entendiendo que el hecho no está prescrito, porque en estos casos el *dies a quo* es aquél en que el menor alcanza la mayoría de edad o, si se incoa un procedimiento de la LORPM, cuando se dicte el auto de apertura de audiencia.**

**SAP Barcelona, sec. 3ª, nº 413/2018, de 1-10-2018, Pte.: Valle Esqués, Fernando**

“...El Ministerio Fiscal recurre la sentencia de instancia considerando que se ha aplicado incorrectamente el instituto de la prescripción, pues siendo la víctima menor de edad y no teniendo carácter interruptivo el auto no motivado de incoación del expediente y no constando la adopción de medidas cautelares, hay que estar al auto de 9 de enero de 2018 de apertura de la audiencia, que es la primera vez que se imputa el delito leve al menor expedientado, como fecha de inicio para el cómputo de la prescripción. Por ello, interesa la revocación de dicha sentencia y que se devuelva el expediente al Juzgado para que se dicte otra nueva entrando en el fondo del asunto.

Aun reconociendo que por este tribunal se llegaron a dictar algunas pocas resoluciones en sentido diferente, sí que viene siendo un criterio que podemos decir que es consolidado, expuesto en muchas otras resoluciones sobre la misma cuestión que ahora se nos plantea, por ejemplo en las Sentencias de 3 de julio de 2017 (Rollo de Apelación nº 44/17-K ) y 26 de enero de 2018 (Rollo de Apelación nº 105/17 -E), y que seguidamente volvemos a reproducir. El segundo párrafo del art. 132.1 CP establece que en los delitos que menciona, entre ellos los de lesiones y contra la libertad,"cuando la víctima fuere menor de

edad, los términos se computarán desde el día en que ésta haya alcanzado la mayoría de edad, y si falleciere antes de alcanzarla, a partir de la fecha de fallecimiento".

Consideramos que, de entrada, no está de más dejar constancia de la necesidad de delegar en el Legislador la regulación adecuada del instituto de la prescripción en esta jurisdicción, habida cuenta de las dificultades interpretativas y diversidad de criterios que genera. Y ello porque se han reformado los preceptos del CP en esta materia, más concretamente en lo relativo a la "interrupción" de la prescripción, que también aquí resultan aplicables, y que su redactado no se aviene muy bien con circunstancias que acontecen en esta jurisdicción: unos plazos prescriptivos mucho más cortos; una instrucción encomendada, no a los jueces, sino a la Fiscalía, cuando el art. 132 CP atribuye efectos interruptivos de la prescripción a las "resoluciones judiciales motivadas", no a los Decretos de la Fiscalía; y porque, por ejemplo, el supuesto que contempla el segundo párrafo del art. 132.1 CP, que es el que aquí acontece, es evidente que parece estar pensado para casos de un delito cometido por un mayor contra una víctima menor de edad, no de un menor contra otro menor; por citar algunas.

Dicho lo que antecede, y aunque en alguna reciente resolución ello no ha sucedido -como decíamos- estamos en el caso de reiterar el criterio que, en casos como éste (autor y víctima, ambos menores de edad) venimos sustentando desde hace tiempo, así por ejemplo ya en nuestros Autos de 6 de julio de 2012 ( Rollo nº 666/12), de 13 de febrero de 2014 ( Rollo nº 106/14 ) y en la citada Sentencia de 3 de julio de 2017 ( Rollo nº 44/17 ), entre otros citados igualmente por el Ministerio Fiscal en su recurso.

En el presente caso consta en las actuaciones que la víctima es menor de edad, estando acusado el menor expedientado de delitos leves de lesiones y amenazas, por lo que a priori podríamos decir que el plazo de prescripción se iniciaría cuando aquella cumpliera la mayoría de edad.

También decíamos en aquellas resoluciones que la doctrina se ha planteado (por todos, Ramón Ragués i Vallès en su libro "La prescripción penal: fundamento y aplicación") qué pasa cuando la comisión del delito cometido contra un menor de edad ya ha trascendido, habiendo llegado incluso a producirse una persecución penal. Dicho autor pone de ejemplo la incoación de una causa penal por un delito de tentativa de homicidio en el que la víctima tiene diez años de edad y en el que se procede a la detención del responsable, el cual, posteriormente consigue huir, produciéndose la paralización del procedimiento por desconocimiento de su paradero y llega a la conclusión de que en estos casos "el plazo de prescripción deberá empezar a computarse desde la última actuación procesal que haya supuesto persecución, pues tener que esperar (ocho años) hasta la mayoría de edad de la víctima cuando el hecho ha sido ya denunciado y el ofendido conoce su condición de tal resultaría una exigencia carente de todo fundamento".

Esta interpretación del art. 132.1 CP es la que nos pareció, y nos sigue pareciendo, la más adecuada, pero es necesario poner de relieve que para ello no solo es necesario que se haya incoado un procedimiento penal, sino que, conforme a la reforma del Código Penal operada por la L.O. 5/2010, es necesario que dicho procedimiento se haya dirigido contra una persona determinada. Es decir, cuando la víctima es menor de edad y se trata de alguno de los delitos a

los que nos hemos referido anteriormente, para que comiencen a correr los plazos de prescripción previstos en el art. 131 CP, es imprescindible que el órgano judicial haya dictado una resolución motivada en la que atribuya indiciariamente la comisión del delito a una persona determinada, siendo a partir de este momento, en el que está plenamente identificada la persona contra la que se dirige el procedimiento penal, que ésta tiene derecho a beneficiarse de los plazos de prescripción previstos con carácter general en el Código Penal para todos los delitos, toda vez que en estos supuestos carece de toda justificación que el imputado sujeto a un procedimiento penal tenga a soportar dicha condición pese a que dicho procedimiento se encuentre completamente paralizado durante los plazos que ordinariamente darían lugar a la prescripción del delito.

En el presente caso, siguiendo el criterio reiterado que hemos mantenido en la interpretación del nuevo art. 132.2 CP, no teniendo carácter interruptivo de la prescripción el auto de 26 de junio de 2017 de incoación del expediente conforme al art. 16.3 LORPM, y no constando se haya dictado resolución adoptando medida cautelar, debe ser el auto de 9 de enero de 2018 de apertura de la audiencia, dictado conforme al art. 33 LORPM, que es la resolución judicial motivada que por vez primera imputa los delitos leves de lesiones y amenazas, respectivamente, al menor expedientado, la que hay que tener en cuenta para el inicio del cómputo del plazo de prescripción de tres meses.

Por lo tanto, la razón asiste al Ministerio Fiscal en sus alegaciones vertidas en su escrito de recurso, siendo lo procedente, por tanto, revocar la sentencia de instancia para que el Juzgado de Menores, entrando a conocer del fondo del asunto, dicte nueva sentencia.”

**Cómputo en los supuestos del art. 132.1, párrafo segundo, cuando la víctima es menor de edad. Se desestima el recurso del Fiscal entendiendo esta vez, que los delitos leves por los que se sigue el expediente, maltrato de obra y hurto, no se incluyen en el elenco que se contiene en el citado precepto.**

**AAP Barcelona, sec. 3ª, nº 749/2018, de 08-10-2018, Pte.: Linage Gómez, Myriam**

“...Partiendo de ello, es decir estando en este concreto supuesto en el que presunto autor y víctima son menores de edad, que es lo más habitual en esta jurisdicción, el Ministerio Fiscal solicita en su recurso la revocación del auto dictado pues entiende que los hechos no están prescritos, ya que debe considerarse que la fecha inicial del cómputo, trayendo a colación resoluciones de este tribunal, debe ser el 4 de julio de 2018 (auto de apertura de la audiencia). Y en efecto, también hemos de compartir la fundamentación contenida en el escrito interpositivo del recurso por cuanto la misma no es sino reiteración de la doctrina que esta sala ha venido estableciendo en los particulares casos en los que, la víctima del hecho es una persona menor de edad, pues venimos sustentando desde hace tiempo, así por ejemplo ya en nuestros Autos de 6 de julio de 2012 (Rollo nº 666/12) y de 13 de febrero de 2014 (Rollo 106/14) y más recientemente en las resoluciones que se citan en el recurso, sentencia de 3 de

julio de 2017 , 26 de enero de 2018 , 30 de mayo de 2018 , que es el auto de apertura de audiencia el que ha de marcar el días a quo del plazo de prescripción. Ahora bien, pese a ello, advertimos en el concreto caso que ahora se somete a nuestra consideración que los delitos leves por los que se sigue el expediente, maltrato de obra y hurto, no se incluyen en el elenco que se contiene el artículo 132.1, a saber, "...en la tentativa de homicidio y en los delitos de aborto no consentido, lesiones, trata de seres humanos, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio." Y aun cuando en la resolución de fecha 30 de mayo de 2018 entendimos aplicable el precepto también a los delitos leves, considerando que la norma no hacía distinción entre la menor o mayor gravedad de las infracciones, siguiendo, como dijimos entonces un criterio de interpretación literal para no distinguir entre una y otra clase de delitos cuando la ley expresamente no lo hace, es lo cierto, que el fundamento último de la excepción referida a las víctimas menores de edad, se refiere no a toda clase de delitos, sino únicamente a aquellos que protegen los bienes jurídicos más elementales, por lo que cuando los mismos no están en juego, no parece razonable el recurso a esta norma excepcional, de modo que, tratándose en este caso de un leve ataque al patrimonio, sin que la integridad física se haya visto afectada al no haberse provocado lesiones, consideramos desproporcionado acudir a la norma invocada por el recurrente para impedir la eficacia del instituto de la prescripción, en este caso, claramente justificada por el paso de un lapso prologando de tiempo que se proyecta además sobre un leve comportamiento infractor.

**NOTA:** La AP de Barcelona continúa su línea jurisprudencial (minoritaria) conforme a la que el auto de incoación de expediente judicial es “una resolución de trámite” no interruptiva de la prescripción.

Desde hace tiempo matiza esa interpretación en los supuestos del art. 132.1, párrafo segundo, cuando la víctima es menor de edad. En estos casos viene estimando los recursos del Fiscal, al entender que el hecho no está prescrito, pues considera que el *dies a quo* es aquél en que el menor alcanza la mayoría de edad o, si se incoa un procedimiento de la LORPM, cuando se dicte el auto de apertura de audiencia.

Sin embargo, en el último auto citado, el nº 749/2018, sec 3ª, modula su propia doctrina enmendando alguna resolución anterior (sentencia de 30-5-2018) para estimar ahora que no es de aplicación a los delitos leves.

La comunicación de la incoación de expediente al Juzgado de Menores no produce el efecto del art. 132.2. 2ª CP de suspender durante un plazo de seis meses el plazo de prescripción. No puede equipararse por analogía a la presentación de denuncia o querrela ante el Juzgado de Instrucción. Además, en este caso, al tratarse de un delito leve sería absurdo que el plazo de suspensión del 132.2.2ª (seis meses) sea superior al de tres meses de prescripción.

SAP Barcelona, sec. 3ª, nº 448/2018, de 16-10-2018, Pte.: Linage Gómez, Myriam

“...El Juzgado de Menores ha decretado la prescripción de los hechos, pues el presunto delito leve de daños aconteció el 22 de octubre de 2017, e incoado el expediente por medio de decreto de 18 de enero de 2018, se dio cuenta de su incoación al Juzgado de menores en fecha 23 de enero de 2018, donde se dictó el auto de incoación de las diligencias en fecha 24 de enero de 2018, fuera ya del plazo de prescripción de tres meses aplicable al caso y que habría cumplido el anterior día 22 de enero de 2018.

La sentencia apelada cita las resoluciones de esta sala en las que, en casos idénticos, ha proclamado la prescripción de las infracciones leves como las que en este caso se trata, y en efecto, hace aplicación de la doctrina que al respecto de dicho instituto esta sala viene manteniendo sobre la base de una fundamentación que hemos reiterado en numerosas ocasiones y que damos ahora por reproducida en aras de evitar innecesarias repeticiones.

Se alza sin embargo contra la resolución de instancia el Ministerio Fiscal instando la aplicación del artículo 132.2.2ª del CP, en orden a considerar el plazo de suspensión que el indicado precepto establece y computa desde la fecha en que se presenta ante el órgano judicial querrela o denuncia atribuyendo a persona determinada su presunta participación en un hecho que pudiera ser constitutivo de delito. Y así, bajo la cobertura de dicho precepto, pretende el recurrente que el escrito por el que da cuenta del inicio del expediente al Juzgado de menores ex artículo 16.3 de la LORPM, se equipare en cuanto a aquellos efectos suspensivos del plazo prescriptivo, a la querrela o denuncia a la que se refiere el artículo citado. De tal modo que proyectándolo sobre el caso de autos, el escrito de dación de cuenta con adicional petición del dictado de un auto que tenga efectos interruptivos, al suspender el plazo de prescripción que habría empezado a correr en fecha 22 de octubre de 2017, situaría a la resolución judicial de 24 de enero de 2018 dentro del plazo de prescripción, pues retrotraería sus efectos, tal y como lo indica el artículo 132.2.2ª a la fecha de presentación del escrito de dación de cuenta-equiparado a la denuncia- esto es al día 19 de enero de 2018, y por tanto dentro del plazo de prescripción de 3 meses que cumpliría el 22 de enero de 2018.

SEGUNDO.-Aun sin entrar en la bondad de tal construcción jurídica y argumentativa, hallamos un error de cómputo que la desarticula dejándola sin aplicabilidad en el caso de autos, pues yerra el recurrente cuando indica que el escrito de dación de cuenta, que califica como denuncia motivada, fue presentado el día 19 de enero de 2018 ante el Juzgado de menores- tres días antes de finalizar el plazo prescriptivo- ya que examinadas las actuaciones constatamos que dicho escrito fechado a 18 de enero de 2018 no fue presentado al Juzgado sino hasta el día 23 de enero de 2018, tal y como se desprende del sello de entrada que obra estampado en el folio 22, con lo que en dicha fecha ya se encontraba fuera de plazo, que habría cumplido justo el día antes, 22 de enero de 2018. Por ello no podemos sino afirmar que cuando el Ministerio Fiscal da cuenta al Juzgado de menores del inicio del expediente en solitud del dictado de una resolución judicial motivada que interrumpa la prescripción, ya se había agotado dicho plazo, por lo que la infracción prescrita, no podía recuperar efecto alguno, siendo obligada la resolución judicial que ante tal situación no podía sino declarar extinguida la responsabilidad criminal derivada de la infracción denunciada por prescripción.

Lo que nos conduce necesariamente a la desestimación del recurso y a la confirmación de la resolución apelada declarando prescrita la leve infracción de daños de la que este caso se trata

TERCERO.-Dicho y resuelto lo anterior, conviene examinar, atendidos los concretos argumentos que esgrime en su recurso el Ministerio Fiscal, la tesis que éste sustenta, hasta la fecha no aducida, al menos con el efecto pretendido sobre el cómputo del plazo de prescripción aplicable a los delitos leves, que como es sabido, en la jurisdicción de menores se mantiene en el plazo de tres meses. En efecto, transcurrido dicho plazo, computado desde la fecha de los hechos a la del dictado de la primera resolución judicial motivada, que en el procedimiento de menores hemos admitido pueda serlo la dictada al amparo del artículo 16.3 de la LORPM, con el mínimo contenido valorativo que se realiza por remisión, hemos declarado la prescripción de la infracción si entre tales momentos temporales, como decimos, ha transcurrido el mencionado plazo de prescripción. Ahora bien, con ocasión del presente recurso, pretende el recurrente que tome la sala en consideración otro elemento, cual es la posibilidad de suspensión del plazo prescriptivo que el artículo 132.2 2º del CP atribuye a la presentación de la querrela o denuncia ante un órgano judicial. Pero la aplicación de tal régimen normativo a la jurisdicción de menores, no creemos pueda en este caso, resultar procedente, y ello porque las particularidades del procedimiento de menores, en su primera fase investigadora, como es sabido, atribuida al Fiscal, impide pueda tener lugar el supuesto de hecho de aplicación de la norma, esto es la presentación de querrela o denuncia ante un órgano judicial, sin que a los concretos efectos que se pretende, podamos equiparar tales actos con el escrito de dación de cuenta que el Ministerio Fiscal presenta ante el Juzgado de menores en aplicación de lo dispuesto en el artículo 16.3 de la LOPJ, por mucho que el mismo contenga la noticia criminis y suponga la atribución de un hecho delictivo a persona determinada. A ello conduce además la consideración de otro elemento de interés, cual es el plazo de suspensión que en el artículo 132.2.2º es el único de 6 meses, aplicable tanto a los delitos leves como a los menos graves, por lo que su consideración en la jurisdicción de menores nos llevaría a la incoherencia de aplicar un plazo de suspensión superior al plazo de prescripción, lo que creemos no puede ser en modo alguno admitido.

Finalmente hemos de añadir que la argumentación contenida en el rollo 50/2018, la cual cita el recurrente en apoyo de su pretensión, con respecto al tratamiento unitario que el artículo 132.2.2 da tanto a los delitos leves como a los menos graves al no hacer distinción entre ellos atribuyéndoles un mismo plazo de suspensión de 6 meses, lo fue para abundar en la tesis que allí sostuvimos con respecto a una cuestión absolutamente diferente a la que ahora nos ocupa, como lo era la no exclusión del ámbito del artículo 132.1 -para los supuestos en los que la víctima es un menor de edad- del delito leve de lesiones, optando por el criterio interpretativo de literalidad a la hora de no distinguir allí donde la norma no lo hacía, considerando que cuando usa la palabra delitos sin distinción integra tanto a los leves, como a los menos graves o graves. Pero sin que ello pueda trasladarse a esta otra cuestión interpretativa que ahora propone el recurrente con relación a un tema absolutamente distinto cual es el cómputo del plazo de prescripción, en el que hemos de atender a unos criterios hermenéutico

irrenunciables cuales son; la lógica y la coherencia, evitando resultados que puedan contrariar tales básicos postulados.

**NOTA:** La AP de Barcelona se inclina por negar que la presentación del parte de incoación en el Juzgado de Menores suspenda el plazo de prescripción. Por el contrario, la AP Guipúzcoa en varias resoluciones (vid, por todas la S nº 188/2017, Sec 1ª, de 27-9-2017), aunque comparta la tesis jurisprudencial de Barcelona según la cual el primer acto interruptivo de la prescripción es el auto de apertura de audiencia, admite que el parte de incoación del expediente que el Fiscal remite al Juzgado produce el efecto suspensivo establecido en la regla 2ª del art. 132.2 CP, tal y como se sostenía en la Circular 9/2011 de la FGE.

No obstante, asiste la razón a la AP de Barcelona cuando dice que en un delito leve carecería de sentido un plazo de prescripción de tres meses (art. 15.1.5 LORPM) y un plazo de suspensión de seis meses por aplicación supletoria del art. 132.2. 2ª CP. Y es cierto que la Circular 9/2011 propugnó esa interpretación que el parte de incoación suspendiera el plazo de prescripción, pero cuando se hizo la Circular los plazos de suspensión previstos en el CP eran de dos meses para las faltas y seis meses para los delitos. Tras la reforma del CP por LO 1/2015 se mantiene un único plazo de seis meses de suspensión. De esta forma no tiene ya sentido lo que se propugnaba en la Circular por lo que a los delitos leves se refiere.

## I.- PRINCIPIOS

### I.-1 NON BIS IN IDEM

No infringe el principio *non bis in idem* la condena penal a un adulto por un delito del art. 468, y la sanción disciplinaria que le fue impuesta de separación de grupo al escaparse del centro de régimen abierto. Son dos consecuencias sancionadoras de diferente naturaleza y finalidad.

**SAP Baleares, Sec. 1ª, nº 138/2018, de 6-7-2018, Pte: Tártalo Hernández, Jaime**

“...Lo que se alega es la vulneración del principio "in dubio pro reo" al haber sido sancionado administrativamente el acusado por el hecho de haberse fugado del Centro en el que estaba, y haber sido condenado una segunda vez, en este caso, en la vía penal, por la realización de ese mismo comportamiento, la fuga del centro durante una veinticuatro horas. Ciertamente que, como consta en las actuaciones, por ese hecho se incoó contra el acusado un expediente administrativo con el nº 9/16, como consta en la causa por la comisión de dos hechos: introducir o poseer objetos o sustancias prohibidas en la normativa -el acusado aludió en el juicio a que le habían encontrado un paquete de tabaco a su compañero de habitación, y que le habían sancionado a él-; y por intentar o consumir la evasión del interior del Centro. A raíz de ese expediente, durante su tramitación se había acordado la medida cautelar de separación del grupo durante cuatro días, se le impuso como sanción la separación del grupo durante seis días.

En este contexto, el hecho de que posteriormente se le haya condenado por un delito de quebrantamiento de condena por el hecho de haberse fugado del Centro constituye una doble sanción.

No compartimos tal argumento. Tiene declarado el Tribunal Supremo que el principio "non bis in ídem" se configura como un derecho fundamental, integrado en el derecho al principio de legalidad en materia penal y sancionadora del art. 25.1 CE, que en su vertiente material impide sancionar en más de una ocasión el mismo hecho con el mismo fundamento ( STC 2/2003, de 16 de enero). La STS 180/2004, de 2 de noviembre, recuerda que "Según ha declarado este Tribunal "desde una perspectiva sustancial, el principio de ne bis in idem se configura como un derecho fundamental del ciudadano frente a la decisión de un poder público de castigarlo por unos hechos que ya fueron objeto de sanción, como consecuencia del anterior ejercicio del ius puniendi del Estado" y "que irrogada una sanción, sea ésta de índole penal o administrativa, no cabe, sin vulnerar el mencionado derecho fundamental, superponer o adicionar otra distinta, siempre que concurren las tan repetidas identidades de sujeto, hechos y fundamento. Es este núcleo esencial el que ha de ser respetado en el ámbito de la potestad punitiva genéricamente considerada, para evitar que una única conducta infractora reciba un doble reproche afflictivo" (STC 177/1999, de 11 de octubre, FFJJ 3 y 4).

También hemos dicho que la garantía de no ser sometido a bis in idem se configura como un derecho fundamental, que, en su vertiente material, impide sancionar en más de una ocasión el mismo hecho con el mismo fundamento, de modo que la reiteración sancionadora constitucionalmente proscrita puede producirse mediante la sustanciación de una dualidad de procedimientos sancionadores, abstracción hecha de su naturaleza penal o administrativa, o en el seno de un único procedimiento (por todas, SSTC 159/1985, de 27 de noviembre, FJ 3, y 204/1996, de 16 de diciembre, FJ 2). De ello deriva que la falta de reconocimiento del efecto de cosa juzgada puede ser el vehículo a través del cual se ocasiona la lesión (STC 66/1986, de 26 de mayo, FJ 2), pero no es requisito necesario para su producción (STC 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3). La garantía material de no ser sometido a bis in idem sancionador tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada (SSTC 154/1990, de 15 de octubre, y 177/1999, de 11 de octubre, FJ 3), en cuanto dicho exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente.

En definitiva, este principio veda la imposición de una dualidad de sanciones "en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento" (STC 2/1981, de 30 de enero,; reiterado entre muchas en las SSTC 66/1986, de 26 de mayo, FJ 2, y 204/1996, de 16 de diciembre, FJ 2)". Ahora bien, la sentencia la STC 2/81 de 30 de enero especificaba que dicho principio requiere "que no recaiga duplicidad de sanciones -la administrativa o disciplinaria, y la penal -en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración que justifique el ejercicio del ius puniendi por los Tribunales y, a su vez, de la potestad sancionadora de la Administración".

Y esta relación de sujeción del acusado a la Admonistración es la que concurre en el presente caso, en el que cabe traer a colación la STC 94/1986, que sostiene que no existe infracción de tal principio constitucional, inherente a los arts. 17, 24 y 25 CE, cuando la doble sanción (en el ámbito penitenciario, como el regreso de grado, y la condena por delito de quebrantamiento) se aplica a presos que se fugan del centro penitenciario, ya que existe una relación de sujeción especial entre el preso o el menor interno y la Administración penitenciaria o la entidad competente en materia de centros de menores. En concreto, dice esta sentencia que "Dicho principio del "non bis in idem", tal y como lo ha venido interpretandoeste Tribunal (SS 2/1981 de 30 enero,159/1985 de 27 noviembrey23/1986 de 14 febrero), impone por una parte la prohibición de que, por autoridades de un mismo orden y a través de procedimiento distintos, se sancione repetidamente una misma conducta, por entrañar esta posibilidad una inadmisibles reiteración en el ejercicio del "ius puniendi" del Estado y, por otro lado, una prohibición de duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, a excepción de aquellos supuestos en los que, derivado de una relación de supremacía especial de la Administración , esté justificado el ejercicio del "ius puniendi" por los Tribunales y a su vez la potestad sancionadora por la Administración".

Nos encontramos, por tanto, ante de dos consecuencias sancionatorias de diferente naturaleza y finalidad derivadas de la fuga del acusado del Centro en el que se encontraba. Una de ellas, ceñida al ámbito de la estricta ejecución, en orden a favorecer el adecuado cumplimiento de la medida, conforme a las finalidades que le son propias; la otra, proyectada sobre la posible valoración y consecuencia penal del quebrantamiento, tratándose de dos efectos diferentes y que obedecen a diverso fundamento. Es decir, resultan compatibles las medidas propias del centro de internamiento, dentro del ámbito de sus competencias, tras el quebranto de la confianza que una fuga supone, con la prosecución hasta el final del correspondiente procedimiento por delito de quebrantamiento de condena.

Con arreglo a lo expuesto, y aunque por distintos argumentos -la Juez a quo considera que la sanción disciplinaria impuesta al acusado lo fue por no haber cumplido la sanción que se le impuso, cuando en el expediente administrativo consta claramente que se le sanciona por consumir la evasión del Centro-, entendemos que, en el presente caso, no se ha infringido el principio "non bis in idem", por lo que el primer motivo no puede prosperar."

## J.- NULIDAD DE ACTUACIONES

**Se deniega la nulidad de la audiencia solicitada por la defensa para que estuviese presente el padre del menor, contra quien la madre ejercía la acusación particular por malos tratos en ámbito familiar.**

**SAP Cuenca, sec. 1ª, nº 144/2018, de 04-12-2018, Pte.: Martín Mesonero, Javier**

"...La representación del menor pretende en primer término la nulidad del acto de juicio por no haberse atendido su petición de suspensión formulada al inicio del mismo a fin de que compareciera su padre en su condición de representante

legal dado el conflicto de intereses existente con su madre, constituida en acusación particular.

El motivo no puede ser estimado.

El acompañamiento por padres, tutores o adultos se configura como un derecho procesal del menor. Tiene por finalidad el que se sienta más seguro, tranquilo, en una situación que es difícil para todo el que se enfrenta al sistema de justicia y a un medio objetivamente hostil, máxime si es menor de edad.

La LO 5/2000, de 12 de enero, sólo regula expresamente las condiciones en que ha de recibirse declaración al expedientado, durante la fase de instrucción, cuando tiene la condición de detenido, en su artículo 17, que establece que:

"Toda declaración del detenido, se llevará a cabo en presencia de su letrado y de aquéllos que ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor -de hecho o de derecho-, salvo que, en este último caso, las circunstancias aconsejen lo contrario. En defecto de estos últimos la declaración se llevará a cabo en presencia del Ministerio Fiscal, representado por persona distinta del instructor del expediente".

Ya en la fase de juicio oral, para el acto de la vista, donde la declaración del menor será una de las pruebas a practicar, el artículo 35 de la LORRPM 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".

En el presente caso, la petición del letrado del menor relativa a la presencia del padre de éste fue formulada de forma sorpresiva al inicio del juicio, pues nada se interesó al respecto en fase de instrucción ni tampoco se solicitó su citación en ningún momento anterior al juicio. Ante la imposibilidad de dar satisfacción a dicha petición por la propia inacción del solicitante, quien ni siquiera facilitó un domicilio donde citar a su progenitor, la decisión de la juzgadora a quo de recabar la presencia de un técnico de bienestar social se estima acertada. La DUE 2016/800 del Parlamento europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2016 relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales, en los supuestos en que el menor no puede estar acompañado por el titular de la patria potestad durante el proceso, establece en el artículo 15 que:

"Si el menor no ha designado a otro adulto adecuado, o si el adulto designado por el menor no resulta aceptable para la autoridad competente, esta designará a otra persona para acompañar al menor, teniendo en cuenta el interés superior del menor. Dicha persona también podrá ser alguien dependiente de una autoridad o de alguna institución responsable de la protección o del bienestar de los menores".

En todo caso, debe recordarse que la nulidad requiere indefensión, y ésta solo existe cuando se priva al justiciable de alguno de los instrumentos que el ordenamiento jurídico pone a su alcance para la defensa de sus derechos, con el consiguiente perjuicio al producirse menoscabo real y efectivo del derecho de defensa, situación que desde luego no se constata en el caso de autos, pues el menor contó con una defensa técnica con todas las garantías y pudo manifestar todo aquello que estimó pertinente, sin que la ausencia del padre, con el que, según consta en el informe del Equipo Técnico, apenas tenía relación (siendo prueba de ello el desconocimiento manifestado en el juicio sobre su paradero) ocasionara una merma de tales derechos.”

**Malos tratos en ámbito familiar. Acuerdo Pleno Sala 2ª TS de 23-1-2018. No procede la nulidad por no haberse ofrecido a la madre la dispensa de declarar del art. 416 LECrim, pues ésta estuvo en todo momento constituida como acusación particular.**

**SAP Cuenca, sec. 1ª, nº 144/2018, de 04-12-2018, Pte.: Martín Mesonero, Javier**

“...se pretende la nulidad del juicio por no haberse ofrecido a la madre del menor la dispensa de declarar prevista en el art. 416 LECrim.

Tampoco este motivo puede ser atendido, pues la madre del menor compareció al juicio en su condición de acusación particular, que en ningún momento abandonó, por lo que la dispensa resultaba improcedente, como así se infiere del Acuerdo de la Sala Segunda del TS de 23 de enero de 2018.

El acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de abril de dos mil trece, ya establecía: "La exención de la obligación de declarar prevista en el art. 416.1 LECRIM alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto. Se exceptúan: a) La declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto. b) Supuestos en que el testigo esté personado como acusación en el proceso".

En la actualidad el Tribunal Supremo por un nuevo acuerdo de 23 de enero de 2018, ha establecido: "2.- No queda excluido de la posibilidad de acogerse a tal dispensa (416 LECRIM) quien, habiendo estado constituido como acusación particular, ha cesado en esa condición." Lo que no sucede en este procedimiento en el que la víctima no ha cesado en su condición de acusación, por lo que su declaración es plenamente válida.”

(vid Apdos. **A.-III.-8 VIOLENCIA INTRAFAMILIAR CONTRA ASCENDIENTES y C.-VI ACUSACIÓN PARTICULAR EN AUDIENCIA**)