

N/REF: Comunicación con Fiscalías nº 127/2020

FECHA: 27 de octubre de 2020

ASUNTO: Remisión de repertorio jurisprudencial correspondiente al primer semestre de 2020

Ilmas/os. Sras. y Sres. Fiscales Delegadas/os de Menores:

Madrid, a 27 de octubre de 2020

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, en esta ocasión solamente de Audiencias Provinciales.

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. 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.

Desde ese respeto, no obstante, debe hacerse notar que algunas de esas resoluciones discrepantes son más bien consecuencia de la falta de especialización y de conocimiento de la legislación por parte de numerosas Audiencias Provinciales. No deja de ser un contrasentido que un órgano colegiado, carente de especialización, dirima en segunda instancia los recursos contra las resoluciones de Jueces de Menores, que sí son especialistas.

En esta ocasión las sentencias seleccionadas son menos que en otras recopilaciones, como consecuencia de un significativo descenso en cuanto al número de sentencias dictadas, debido a la pandemia de COVID 19.

Sí hay un mayor número de autos sobre medidas cautelares, debiendo resaltar la postura de la AP de Barcelona que exige, para prolongar el internamiento más allá del límite de los seis meses del art. 28.3 LORPM, que cuente con una motivación reforzada, justificando la necesidad de prolongar la restricción de libertad.

Aunque no sea propiamente una sentencia de la jurisdicción de menores, sí cabe destacar, por las repercusiones que le alcanzan, la STS sec. 1ª, nº 662/2019, de 14-01-2020, Pte.:Magro Servet, Vicente. Esta sentencia señala que cometen el delito del art. 468 del CP quienes quebrantan, siendo ya adultos, una medida de la LORPM que les fuera impuesta siendo menores. El TS zanja así el tema, respaldando una postura muy mayoritaria, seguida por casi todas las Audiencias Provinciales.

Esta nueva remisión procede fundamentalmente de la base de datos jurisprudenciales de *El Derecho*, y también de la del *CENDOJ* (CGPJ).

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

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

Fdo. José Javier Huete Noguerras

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

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

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 FISCALÍA.
- B.- II. 1 COMPETENCIA TERRITORIAL Y APLICACIÓN 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 SOBRESIEMIENTO
- 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. SOBRESIEMIENTO
- B.- XII. INTERVENCIÓN DEL EQUIPO TÉCNICO
- B.- XIII. ACUSACIÓN PARTICULAR EN INSTRUCCIÓN
- B.- XIV. DILIGENCIAS PROBATORIAS DENEGADAS POR EL FISCAL

- C.- FASE DE AUDIENCIA**
 - C.- I. PRUEBA**
 - C.- I. 1 DECLARACIONES DE LOS COIMPUTADOS**
 - C.- I. 2 PRUEBA PERICIAL IMPUGNADA Y NO RATIFICADA**
 - C.- I. 3 VALOR DE LAS DILIGENCIAS PRACTICADAS DURANTE LA FASE DE INSTRUCCIÓN**
 - C.- II. CELEBRACIÓN EN AUSENCIA**
 - C.- III. CAMBIO EN LA CALIFICACIÓN PENAL**
 - C.- IV. SUPUESTOS EN LOS QUE PREEXISTE UNA SENTENCIA CONDENATORIA PARA ADULTOS COIMPUTADOS: VINCULACIÓN**
 - C.- V. DERECHO A LA ÚLTIMA PALABRA**
 - C.- VI. ACUSACIÓN PARTICULAR EN AUDIENCIA**
 - C.- VII. TESTIGOS PROTEGIDOS**
 - C.- VIII. PROTECCION DE TESTIGOS MENORES. PRECONSTITUCIÓN DE PRUEBA.**
 - C.- IX. PERICIAL CREDIBILIDAD TESTIMONIO**
 - C.- X. CONFORMIDADES**
 - C.- XI. CONDENA EN COSTAS**

- D.- FASE DE EJECUCIÓN**
 - D.- I. QUEBRANTAMIENTO DE MEDIDA**
 - D.- II. EXPULSIÓN**
 - D.- III. PERMISOS DE SALIDA**
 - D.- IV. INGRESO EN CENTRO PENITENCIARIO**
 - D.- V. ACUMULACIÓN**
 - D.- VI. SUSPENSIÓN DE CONDENA**
 - D.- VII. INDULTO**
 - D.- VIII. SUSTITUCIÓN AGRAVATORIA DE MEDIDAS**
 - D.- IX. MODIFICACIÓN, CANCELACIÓN O SUSTITUCIÓN ORDINARIA**

- E.- RESPONSABILIDAD CIVIL**
 - E.- I. CUESTIONES PROCESALES**
 - E.- I. 1 POSICIÓN DE LAS ASEGURADORAS**
 - E.- I. 2 PRUEBA**
 - E.- I. 3 POSICIÓN PROCESAL DE LOS RESPONSABLES CIVILES**
 - E.- I. 4 FUNCIÓN DE LA PIEZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL TRAS LA REFORMA 8/2006**
 - E.- I. 5 PREJUDICIALIDAD**
 - E.- I. 6 COMPETENCIA DEL JUZGADO DE MENORES.**
 - E.- II. CUESTIONES SUSTANTIVAS**
 - E.- II. 1 RESPONSABILIDAD CIVIL DE COMUNIDADES AUTÓNOMAS**
 - E.- II. 2 SUPUESTOS EN LOS QUE ESTÁN IMPLICADOS ADULTOS**
 - E.- II. 3 MODERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD**
 - E.- II. 4 CUESTIONES RELATIVAS A LA APLICACIÓN DEL BAREMO**
 - E.- II. 5 REPARACIÓN, RESTITUCIÓN E INDEMNIZACIÓN**
 - E.- II. 6 SUJETOS RESPONSABLES. SOLIDARIDAD**
 - E.- II. 7 PADRES SEPARADOS O DIVORCIADOS**

- E.- II. 8 CENTROS DOCENTES**
- E.- II. 9 RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO**
- E.- II. 10 COMPENSACIÓN DE CULPAS**
- E.- II. 11 PLURALIDAD DE RESPONSABLES**
- E.- II. 12 MENORES EMANCIPADOS. RESPONSABILIDAD CIVIL
PROGENITORES**
- E.- II. 13 APLICACIÓN DT 4ª de la L.O. 1/2015 de 30 DE MARZO**

- F.- RECURSOS**

- G.- PRESCRIPCIÓN**

- H.- DERECHOS FUNDAMENTALES**

- I.- PRINCIPIOS**
 - I.- 1. NON BIS IN IDEM**
 - I.- 2. PUBLICIDAD**
 - I.- 3. SUPERIOR INTERÉS DEL MENOR**
 - I.- 4. CELERIDAD**
 - I.- 5. CONCENTRACIÓN**

- J.- NULIDAD DE ACTUACIONES**

B.- FASE DE INSTRUCCIÓN

B.- II COMPETENCIA FISCALÍA.

La apreciación que el Ministerio Fiscal realice en fase de diligencias preliminares, para incoar o no expediente de reforma, no es susceptible de revisión ante el Juzgado de Menores.

AAP Pontevedra, sec. 2ª, nº 249/2020, de 17-06-2020, Pte.:Cimadevila Cea, María del Rosario

“...La acusación particular en el expediente de Menores, reforma 237/19 del Juzgado de Menores nº 1 de Pontevedra, formula recurso de apelación contra el auto de fecha 10/03/2020, por el que es desestimado su recurso de reforma contra providencia de fecha 5/02/2020 del mismo juzgado, que rechaza la práctica de diligencias de investigación interesadas por dicha parte.

El referido expediente de reforma se sigue únicamente contra el menor Gonzalo y por presunto delito leve de lesiones, por los hechos ocurridos el 28/08/19. La acusación pretende la práctica de diligencias de investigación con la finalidad de que se siga expediente también contra el menor Higinio y contra Gonzalo, por los hechos denunciados anteriores a los del 28/08/19, al considerar que tales hechos pueden constituir un delito de acoso escolar, en la persona del menor Eugenio.

Dice la recurrente que la fiscalía ha archivado, sin motivación suficiente, la parte más sustancial de los hechos denunciados por el menor Eugenio y su madre el 29/08/19, los cuales serían constitutivos de delito de acoso escolar, habiendo incoado expediente de reforma únicamente contra uno de los menores- Gonzalo- por delito leve de lesiones cuando, contrariamente a lo considerado por la Fiscalía, el tenor del informe del centro escolar es un claro indicio de la existencia de acoso.

Por Decreto del 24/09/19 se ha procedido por la Fiscalía de Menores a la apertura de Diligencias Preliminares 525/19 respecto de los hechos denunciados e imputados al menor Gonzalo, Higinio y otros dos menores de 14 años. Por Decreto del 26/09/19 acordó incoar expediente únicamente respecto del menor Gonzalo y solo por los hechos del 28/09/19, presuntamente constitutivos de delito de lesiones. Se excluyen del expediente a los dos menores de 14 años y se sobresee por los hechos anteriores al 28/08/19, por tanto, respecto a Higinio. Al oponerse al recurso de reforma informa el Ministerio Fiscal (f. 92), que las diligencias interesadas por la acusación no son necesarias, ya que considerado el resultado de las diligencias preliminares, en el que se adjuntó informe del centro escolar que descartó la existencia del acoso denunciado, las mismas se archivaron contra Higinio por Decreto de 24/09/19.

El problema que subyace aquí no es en qué fase procesal puede el juzgado de Menores resolver sobre diligencias de investigación que hubieran sido rechazadas por el Ministerio Fiscal (arts. 26.1 y 33.e) LO 5/2000) o la competencia del Juzgado de Menores para admitir y practicar diligencias de

investigación rechazadas por el Ministerio Fiscal durante la instrucción del expediente; por tanto, la cita que efectúa la recurrente de determinada jurisprudencia menor en este sentido, resulta irrelevante.

La cuestión objeto del recurso es la denegación de la práctica de diligencias de investigación respecto a los menores Gonzalo y Higinio, por una parte de los hechos denunciados dado que dichos hechos no son objeto del expediente de reforma que se dirige únicamente respecto Gonzalo y por hechos distintos. No son objeto de investigación los hechos anteriores al 28/08/19 por haber considerado el Ministerio Fiscal que no presentaban entidad de delito de acoso escolar.

Alega la recurrente que el fiscal no debe proceder al archivo de diligencias preliminares, sino que, de entender que concurren causas para sobreseer, debe proceder a la incoación de expediente, con solicitud en su caso, de sobreseimiento conforme al art. 30.4 LORPM, a fin de no impedir a la acusación particular su posible personación y formular sus posibles consideraciones petitorias distintas a las del Fiscal, ante el Juzgado de Menores.

Tal interpretación no encuentra apoyo en la regulación legal del proceso ante la jurisdicción de Menores (arts. 16, 26 y concordantes de la LORPM 5/2000), ni en la jurisprudencia y Circulares de la Fiscalía General del Estado que la interpretan, (Circular 1/2000 del 18 de diciembre y Circular 4/2013). Conforme a la circular 1/2000 del 18 diciembre apartado,-VI.2.B) "El Decreto de archivo de las Diligencias Preliminares deberá notificarse a los denunciados (art. 16.2, in fine) por cualquier medio de comunicación que permita acreditar la recepción de la cédula. A los denunciados se les informará que contra la decisión del Fiscal no cabe recurso y que no pueden reiterar la denuncia ante el Juez de Instrucción, por carecer éste de competencia objetiva en la materia. (...)No obstante, se recomienda incoar Expediente de reforma en todos aquellos casos en que no siendo evidente la concurrencia de causas de sobreseimiento, merezca la pena agotar las diligencias de investigación posibles con el fin de esclarecer los hechos"; supuesto éste que no fue el considerado por el Ministerio Fiscal a la luz del resultado de sus diligencias preliminares.

Del mismo modo cómo se recoge en la STS 980/2016 del 11/01/2017 las diligencias preliminares agotan su funcionalidad cuando sirven de respaldo a la decisión del Fiscal de archivar la denuncia o promover el ejercicio de las acciones penales que estime pertinentes.

Por tanto, la apreciación que el Ministerio Fiscal realice en fase de diligencias preliminares, en aras a incoar o no el correspondiente expediente de reforma, no es susceptible de revisión ante el Juzgado de Menores.

Como bien dice la propia apelante el Decreto del Ministerio Fiscal que pone fin a las Diligencias Preliminares acordando un archivo provisional no constituye una decisión jurisdiccional y como tal, no implica un juicio definitivo sobre el fondo de la cuestión, por lo que puede ser objeto de revisión futura; pero, añadimos, no puede serlo mediante recurso ante el juzgado de menores o por decisión jurisdiccional en contra.

En consecuencia, no cabe practicar diligencias de investigación que no se corresponden, como aquí sucede, ni con el objeto ni con el sujeto del expediente de reforma.

Se desestima la apelación contra el auto del Juzgado incoando expediente al menor investigado. La instrucción corresponde al Fiscal y una vez que la lleve a efecto y adopte las decisiones oportunas se podrá resolver sobre la suerte del procedimiento.

SAP La Coruña, sec. 2ª, nº 894/2019, de 12-12-2019, Pte.:Taboada Caseiro, Mª del Carmen

“...las alegaciones expuestas por el apelante son coincidentes con las vertidas en el escrito de interposición de recurso de reforma y subsidiario de apelación, y por tanto cuestiona la decisión de incoar el procedimiento oportuno y esperar la realización de la instrucción por parte de la fiscalía de Menores.

Señalar que las resoluciones de instancia se hallan debidamente motivadas, se exponen los argumentos concretos por los que se concluye en esa decisión que es acorde con lo dispuesto en la LORPM. Así con relación a la edad de la menor que se ha constatado, 14 años, en relación con el art. 1 de la misma, y en su art. 16.3 y 64.1, en cuanto a la incoación del procedimiento.

Por ello reiterar que esas alegaciones no pueden prosperar toda vez que se ha constatado que la menor tenía cumplidos 14 años a la fecha de los hechos de este expediente.

Por otra parte debe mantenerse la incoación del procedimiento por parte del Juzgado de Menores, conforme al art. 16.3 puesto que la instrucción corresponde al Fiscal de Menores, y por tanto una vez se efectúe la misma y se hagan las peticiones oportunas por aquél y demás partes será cuando este Juzgado adopte la resolución oportuna, y en consecuencia esa alegación relativa a la falta de indicios con respecto a la menor no puede prosperar, y tampoco la negación en la participación de los hechos sería motivo suficiente, pero es que además lo trascendente es esperar esa realización de la fase de instrucción.”

B.-V.- MEDIDAS CAUTELARES

Legitimación de la acusación particular para interesar las medidas cautelares del art. 28.2 LORPM, aunque no la mencione expresamente el precepto. La Sala acoge la interpretación contenida en Circular 1/2007 FGE

AAP Valladolid, sec. 2ª, nº 2/2020, de 07-01-2020, Pte.:Donis Carracedo, Miguel

“...El primero de los motivos de recurso pivota en torno a una pretendida infracción del art. 28,1 LORPM, que no debe tener positiva acogida.

Con carácter previo, uno de los aspectos más discutibles del tenor de ese precepto se refiere a quién ostenta legitimación activa, para interesar la adopción de las medidas cautelares contenidas en el párrafo segundo de dicho precepto, pues de su interpretación literal parecería que únicamente ostenta directamente esa cualidad el Fiscal, mientras que la Acusación Particular no la tendría autónomamente y sí por mediación de aquel (“...a instancia de quien haya ejercitado la acción penal...”).

Ese aspecto polémico no ha sido corregido por el legislador, a pesar de contar con ocasiones varias para ello, pues, cuando algún partido político pretendió su

modificación y la inclusión de la Acusación Particular como parte directamente legitimada para interesarlas, se rechazó expresamente esa iniciativa, al considerarse que esa legitimación era innecesaria, pues ya le vendría reconocida legalmente a esa parte conforme a lo establecido en el art. 25, b) de citada ley.

Y la última modificación de precitado art. 28, por medio de la LO 8/2.006 (de 4-12), tampoco contribuyó a su clarificación, a pesar de que el 28,2 párrafo segundo, referente a la adopción de una medida de internamiento, expresamente sí reconoce legitimación activa propia a la Acusación Particular, pero no obstante mantuvo, respecto a la petición de adopción del resto de medidas, el sistema de legitimación activa directa del Fiscal y a través de este de la Acusación Particular.

De una interpretación sistemática de precitado artículo, conforme así se manifiesta en el apartado I,2 y en la Conclusión XII. 1,5º de la CFGE 1/2.007, resulta jurídicamente factible llegar a la conclusión en el sentido que sí cabe reconocer legitimación activa autónoma a la Acusación Particular, para pedir la adopción de cualesquiera de las medidas contenidas en ese precepto, ya que, si legalmente se reconoce a esa parte legitimación directa para interesar la adopción de una medida tan "intrusiva" como el internamiento, con mayor motivo debe serle reconocida esa capacidad para interesar el resto de medidas menos drásticas."

Prórroga de medida cautelar de internamiento más allá del límite de los seis meses del art. 28.3 LORPM: debe contar con una motivación reforzada, que justifique la necesidad de prolongar la restricción de libertad.

AAP Barcelona, sec. 3ª, nº 148/2020, de 10-02-2020, Pte.:Guil Román, Carmen

"...En nuestro anterior auto dictado en esta causa (Rollo de Apelación 586/2019) dijimos que existían indicios suficientes para atribuirle la sustracción de una cartera en compañía de otros menores. En concreto los indicios se concretan en la declaración de la víctima ante los Mossos d'Esquadra que explicó como fue rodeado por un grupo de chicos y chicas, que le dieron un fuerte empujón que le hizo caer al suelo y le sustrajeron la cartera con 70 €. El menor fue detenido in situ y se le intervinieron 60 €. La cartera no fue recuperada.

Sin embargo, no nos consta qué concretas diligencias de instrucción se han llevado a cabo ni que estas justifiquen que la misma se haya dilatado más allá de los 6 meses y sea precisa la prórroga. Ni el auto hace referencia ni el fiscal ha informado al respecto.

Debemos recordar que la prórroga excepcional hasta los 9 meses que contempla la normativa -ex artículo 28.3 de la LORPM, tras superar el máximo de 6 meses, ha de contar con una motivación reforzada, que justifique la necesidad de prolongar la restricción de libertad por encima del tiempo máximo señalado, sin que hallemos en la resolución que se combate ningún argumento tendente a abundar en dicha justificación.

En el presente caso solo sabemos que el fiscal remitió el expediente al Juzgado de menores el día 17 de diciembre de 2019 y nos consta que la audiencia ha sido señalada para el 2 de marzo de 2020.

Por tanto, resulta necesario explicitar en la resolución qué concretos motivos han provocado la duración de la instrucción más allá de los 6 meses haciendo necesaria ahora la prórroga de la medida.

TERCERO .- Pese a no contar con dicha información, y que en otros casos hemos revocado la prórroga por dicha omisión, debemos analizar si consideramos o no necesario el mantenimiento de la medida cautelar en este caso.

El Equipo técnico ha informado en la vista cual es la actual situación del menor: continúa sin referentes adultos aunque está tutelado por la DGAIA. Su evolución en el centro ha sido positiva pero subsisten los déficits que motivaron el internamiento. El mismo ha sido condenado en 3 ocasiones en esta jurisdicción por delitos de idéntica naturaleza. Había cumplido ya una medida de internamiento cerrado por otra causa, estaba incumpliendo la libertad vigilada con tratamiento ambulatorio impuesta. Está cercano a cumplir los 18 años el próximo mes de marzo y tiene 5 expedientes más en instrucción. Si bien se constata una mejora en relación al anterior internamiento, los informes descartan la confianza en que se mantenga adherido a un centro de protección dado el historial de continuas fugas del mismo. Ciertamente el menor ha verbalizado que quiere estar en libertad para finalizar las prácticas del curso formativo que realizó, pero no se confía en que la puesta en libertad permita ni el abordaje de sus necesidades educativas ni garantice su presencia en la audiencia próxima a celebrarse. De hecho, el equipo técnico se mostró desfavorable a cualquier permiso o salida programada según aparece en los informes.

Vista la situación personal del menor, su fragilidad emocional, y su historial en el cumplimiento de medidas en medio abierto, consideramos necesario mantener el internamiento. Pese a considerar que el internamiento cautelar ha sido excesivo y de hecho está próximo a finalizar el plazo máximo fijado en el art. 28, vistas las circunstancias analizadas y partiendo del interés superior del menor, concluimos que la puesta en libertad en este momento cuando está a punto de cumplir los 18 años, produciría efectos nefastos en la intervención educativa iniciada en el centro y podría ocasionar una regresión en dicha evolución positiva del menor pero aún insuficiente para garantizar la no reiteración de conductas delictivas.”

NOTA: No ocurrió lo mismo en el AAP Barcelona, sec. 3ª, de 04-02-2020, nº 104/2020, Pte.:Linage Gómez, Myriam, en el que, partiendo de la misma doctrina, la Sala no estimó justificado prorrogar el internamiento cautelar más allá de los seis meses.

Procedencia del internamiento en centro cerrado. El cierre de fronteras derivado del estado de alarma no es argumento para justificar que no existe riesgo de huida a su país o de sustraerse a la acción de la justicia.

AAP Málaga, sec. 7ª, nº 66/2020, de 28-04-2020, Pte.:Morales González, Federico

“El antecedente fáctico de la medida cautelar cuestionada es la sustracción por parte de cuatro personas, entre ellas el apelante, de un teléfono móvil, empleando a tal efecto violencia contra su propietario o usuario, quien según

parte médico, y como ha dejado reflejado el Juez de Menores en su primer auto, sufrió lesiones de consideración a consecuencia del ataque. Estamos, pues, ante un presunto delito de robo con violencia.

En el escrito de recurso se dice por todo argumento que "es innecesaria la medida adoptada habida cuenta que el menor es residente, con domicilio conocido, se encuentra bajo la guarda y custodia de sus progenitores -responsables civiles-, se encuentra en periodo de formación y a mayor abundamiento el estado de alarma decretado en el estado español con motivo del coronavirus, no existe riesgo de fuga ni posibilidad de huir al país vecino como afirma el Auto recurrido, por el cierre de fronteras operado".

Sin embargo, frente a la opinión de que la medida cautelar adoptada es innecesaria, se impone la realidad de unos hechos que en el momento de adopción de la decisión recurrida revisten una gravedad considerable por cuanto se trata de un robo con violencia (con uso de un instrumento peligroso), cometido en plena vía pública.

Resulta obvio a la vista de lo sucedido que el control de los progenitores sobre el menor es escaso o nulo, lo que aconseja la medida de contención a la que reiteradamente se refiere el Juez de Menores. Y en lo que atañe a la actual situación derivada de la declaración del estado de Alarma, no podemos sino reproducir lo que decíamos recientemente al resolver otro recurso en materia de medidas cautelares personales (Rollo 73/2020): "(...) saliendo al paso de un argumento que ha venido cobrando peso últimamente, debemos rechazar que las consecuencias de la actual situación derivada de la declaración del estado de Alarma puedan justificar la aplicación de criterios ajenos a los estrictamente legales para decidir sobre la situación personal de un investigado, sin perjuicio de que la eventual demora que las consecuencias provocadas por dicha declaración puedan ocasionar para enjuiciar causas con preso sean tenidas en cuenta como normalmente lo es el paso del tiempo para valorar si la prisión provisional debe dar paso a una medida menos coercitiva".

La ausencia de riesgo de fuga no reside en la seguridad -relativa en cualquier caso- de que el apelante no va a salir de la ciudad de Melilla, sino en la de que va a estar a disposición de la Administración de Justicia cuando ello sea requerido. Es precisamente esto lo que constituye toda una incógnita a la vista de la trayectoria por la que discurre la vida del recurrente, quien no sigue pautas ni normas y rechaza cualquier ayuda.

Así lo ha puesto de manifiesto el propio Equipo Técnico, que ha aconsejado la adopción de la medida cuestionada con la finalidad de procurar el aislamiento de los factores que son susceptibles de distorsionar el comportamiento del apelante, comportamiento seriamente preocupante en tanto ha llegado a desplegar un peligroso nivel de violencia."

B.- VI. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD: DESISTIMIENTO Y SOBRESEIMIENTO

Se desestima recurso de la acusación particular contra auto del Juzgado acordando el sobreseimiento conforme al art. 27.4 LORPM

AAP Barcelona, sec. 3ª, nº 387/2020, de 30-04-2020, Pte.: Linage Gómez, Myriam

“...Impugna el apelante el auto de 27 de diciembre de 2019 rechazando que pueda acordarse el sobreseimiento al no concurrir los requisitos previstos en el artículo 19.1 de la LORPM , pues según trata de justificar, los hechos pueden encajar en un delito grave a la vista de la enfermedad psíquica que padece la víctima a consecuencia de los hechos denunciados, con lo que no cabría el desistimiento ni el sobreseimiento que ha sido acordado al no tratarse de un delito leve o menos grave como exige el precepto en su primer apartado in fine. En tal línea de reflexión sigue manteniendo el apelante que los hechos podrían representar un delito de lesiones psíquicas del artículo 149.1 del CP.

No cabe aceptar sin embargo tal calificación, no sólo porque no se especifica qué clase de grave enfermedad psíquica padece la menor denunciante, sin que la mera asistencia médica con los concretos tratamientos que se detallan en el documento que se aporta con el escrito interpositivo del recurso pueda servir a tales efectos, sino porque de los términos que resultan del escrito de denuncia únicamente cabe exigir el reproche punitivo en el ámbito de un delito menos grave, así el tipificado en el artículo 197.7 del CP, pues la conducta atribuida a los menores encajaría en tal descripción típica; difundir imágenes con menoscabo grave para la intimidad personal, pero en modo alguno en la acción típica y culpable de provocar una grave enfermedad psíquica mediante actos hábiles y dolosamente dirigidos a dicha finalidad, quedando las eventuales secuelas psíquicas que se alegan, de acreditarse suficientemente la relación de causalidad, en el ámbito único de la responsabilidad civil.

Cabe añadir que la decisión de sobreseer el expediente obedece al interés de proteger a los menores expedientados para quienes la experiencia de un proceso judicial penal puede suponer serios perjuicios no asumibles bajo los principios educativos y de protección que frente a la mera retribución subsisten en la jurisdicción de menores.

Hemos de tener en cuenta, por otra parte, que en el caso de que tratamos la decisión de archivo parte de la solicitud del equipo técnico en el uso de la facultad que al mismo le confiere el apartado 4 del artículo 27 de la LORPM , y no es ni la corrección alcanzada en el ámbito educativo o familiar, ni tampoco la mediación o conciliación verificada con la víctima, las razones que ex artículos 18 y 19, justifican el desistimiento regulado en tales preceptos, sino el preferente interés de los menores al que alude el artículo 27 cuando se refiere al reproche suficientemente ya expresado en los trámites verificados en el expediente o a la inadecuación de cualquier intervención a la que pueda conducir la continuación del procedimiento, cuando como es el caso, se concluye que ello no resultaría conveniente para los mismos, sin que la voluntad de la víctima o de sus representantes legales, pueda vetar la facultad de desistimiento y archivo del procedimiento como expresión más pura del principio de oportunidad vigente en el derecho penal de los menores de edad, con lo que se está en el caso de rechazar el recurso y confirmar íntegramente la decisión de sobreseimiento que ha sido impugnada.”

AAP Ciudad Real, sec. 1ª, nº 85/2020, de 21-02-2020, Pte.: Casero Linares, Luis

La AP revoca el auto de sobreseimiento del Juzgado en aplicación del art. 27.4 de la LORPM, estimando, en contra del criterio de Juez y Fiscal, que para aplicar ese artículo es preciso conciliación con la víctima o reparación del infractor, conforme al art. 19.

“La resolución dictada trae como causa el hecho de que el equipo técnico concluyera su informe señalando la conveniencia de no continuar con la tramitación del expediente en interés del menor, al entender que "ha sufrido el reproche social necesario a través de las actuaciones llevadas a cabo desde esta Fiscalía, el centro de estudios y la familia". Ello dio lugar al decreto de la Fiscal encargada, que asume esa conclusión del informe, y solicita del Juzgado de Menores que se proceda al sobreseimiento y archivo en base a lo establecido en los arts. 6, 8, 19.1 y 27 de la LORPM, así como varios artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La Juez de lo Penal dicta su resolución tomando en consideración el informe y la petición fiscal, aludiendo al art. 27 a través de él al art. 19. Pues bien el primero de ellos señala:

4. Asimismo podrá el equipo técnico proponer en su informe la conveniencia de no continuar la tramitación del expediente en interés del menor, por haber sido expresado suficientemente el reproche al mismo a través de los trámites ya practicados, o por considerar inadecuada para el interés del menor cualquier intervención, dado el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos. En estos casos, si se reunieran los requisitos previstos en el artículo 19.1 de esta Ley, el Ministerio Fiscal podrá remitir el expediente al Juez con propuesta de sobreseimiento, remitiendo además, en su caso, testimonio de lo actuado a la entidad pública de protección de menores que corresponda, a los efectos de que actúe en protección del menor.

Y el art. 19.1, indica:

1. También podrá el Ministerio Fiscal desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe.

Pare ce, por tanto, que el principio de oportunidad al que responden estas normas no permite el archivo del expediente si no se da alguna de las circunstancias a las que hace referencia este art. 19.1, que es lo que señala el recurrente que no ocurre. Pues además de valorar las circunstancias de los hechos y del menor, que ciertamente no se hace en el auto recurrido, pues lo único que se recoge es la conclusión del informe técnico, se hace preciso, si se quiere archivar el expediente por ésta vía, que el menor expedientado se haya conciliado con la víctima, tal como se dice en el número segundo de este mismo artículo 19, o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe, y ciertamente nada se eso concurre en el presente caso. No dándose, por tanto, los requisitos legales no cabe el sobreseimiento y archivo del expediente, por lo que el recurso debe ser estimado.”

NOTA: Este auto es un ejemplo de las consecuencias de la falta de especialización de las Audiencias Provinciales, que deben dirimir en segunda instancia los recursos contra las resoluciones de los Jueces de Menores. Desde nuestro respeto a los pronunciamientos judiciales, del presente no es que discrepemos, sino que apreciamos que incurre en un error manifiesto. Es palmario que la remisión del art. 27.4 a los requisitos del art. 19.1 LORPM se refiere a que se trate de delitos menos graves sin violencia o intimidación graves, o delitos leves; pero no a que se haya producido la conciliación o la reparación, pues en tal caso el art. 27.4 carecería de razón de ser.

B.- VIII. SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

Se revoca el auto que acuerda oficiar a compañías telefónicas y el volcado de todos los datos del dispositivo móvil intervenido a un menor implicado en delitos de atentado y desórdenes públicos. Se pretendía averiguar la identidad de las personas que acompañaban al menor detenido en graves desórdenes públicos, pero la Sala considera que es una investigación de carácter prospectivo y que no está justificada la restricción del derecho fundamental.

AAP Barcelona, sec. 3ª, nº 396/2020, de 25-06-2020, Pte.: Martínez Luna, María del Carmen

“...A los efectos de la resolución del recurso es de interés destacar que el auto recurrido que acuerda la práctica de las diligencias transcritas en el antecedente primero de la resolución, se dicta tras haber interesado el Ministerio Fiscal la práctica de dichas diligencias en el expediente seguido por un delito de desórdenes públicos y atentado de los art. 557, 550, 551 CP en el que aparece implicado el menor Luis Manuel y al efecto el Ministerio Fiscal fundamenta la petición en el art. 23.2 LO 5/2000, en correlación con el artículo 588 sexies LECRim, por entender las diligencias necesarias para el esclarecimiento de los hechos, depuración de responsabilidades y proporcionadas a la entidad y gravedad de los hechos denunciados.

Así se fundamentaba la solicitud en los siguientes alegatos, se decía que a lo largo de la madrugada del día 20 de octubre de 2019 se registraron fuertes disturbios en las inmediaciones de la Delegación de Gobierno y Jefatura Superior de Policía de Cataluña, donde manifestantes radicales fueron detectados levantando barricadas con mobiliario urbano y prendiéndoles fuego, entre ellos destacó el menor expedientado por portar una barra de hierro con la que arrancaba baldosas de la acera que distribuía entre el resto de manifestantes para después arrojarlas contra los integrantes del CME situados en DIRECCION000, siendo detenido el menor por el delito de desórdenes públicos y atentado a agentes de la autoridad.

Y se decía que según el oficio policial del análisis de las informaciones recabadas en las jornadas de disturbios se extraía que los disturbios habían alcanzado una violencia extrema y sostenida en el tiempo, que los actos se realizaban por grupos de personas perfectamente instruidas y coordinadas entre sí, dirigidos

hacia objetivos concretos y simultáneos, para debilitar la respuesta policial, se refería a los daños sufridos y a que los medios empleados para hacer llegar el plan a los violentos son fundamentalmente telemáticos.

Se seguía diciendo que con la información se pretende averiguar la identidad de las personas que acompañaban al menor detenido en el momento de la perpetración de los hechos, a que organización pertenecía, posible relación con los disturbios, cuáles eran los medios y los canales de comunicación, cuál era su objetivo concreto, nivel de coordinación, cuál era su vinculación con la plataforma "Tsunami Democrático" o cualquier otra relacionada con el independentismo radical, en que otras acciones radicales había participado previamente el menor investigado y otros integrantes que resulten identificados. Petición efectuada, tras haberse realizado anterior solicitud que contenía incorrecciones.

El auto que acuerda las diligencias contiene el siguiente fundamento "los artículos 26.3 y 23.2. de la LORPM establecen la necesidad de que en los casos en los que se entienda pertinente por el Fiscal la práctica de una diligencia restrictiva de derechos fundamentales, sea por iniciativa propia, sea a instancia del Letrado del menor, se solicite al Juez de Menores la autorización y práctica de dicha prueba", tras lo cual se acuerdan las diligencias que han quedado antes expuestas.

Contra el auto de 30 de enero se presentó recurso de apelación por la representación del menor, que se fundamenta en primer lugar en la improcedencia de las diligencias de investigación acordadas, y entiende que la resolución vulnera diversos derechos fundamentales, el de la inviolabilidad de las comunicaciones telefónicas, el de la intimidad, y el derecho a la tutela judicial efectiva por absoluta falta de motivación.

Se dice que la resolución recurrida no respeta el principio de especialidad, pues las diligencias tienen por finalidad una indagación prospectiva, tal como se desprende de la solicitud, y no tienen como fin la investigación de un delito concreto, en este caso los desórdenes públicos y daños.

Cuestiona la idoneidad y necesidad de las medidas en relación al delito investigado, así como la excepcionalidad y proporcionalidad de la medida.

Subsidiariamente denunciaba los términos en que se había acordado la medida contraviniendo las exigencias de los art. 588 bis c 3 c) i e).

Cuestiona el recurrente con carácter subsidiario que el análisis del móvil se atribuya al cuerpo policial que se dice en la resolución, sin que se justifique elemento alguno que permita alterar la normal competencia en materia de Policía Judicial del cuerpo de Mossos d'Esquadra, circunstancia que se dice se agrava por el hecho de que se atribuye el análisis al cuerpo policial al que pertenecen los agentes que han declarado y que se reivindican como perjudicados de los hechos. Y se impugna el requerimiento al menor contenido en la solicitud policial de colaborar con la investigación, pues entiende que el art. 588 bis c 3 h) no va dirigido a la persona investigada.

Pide que se revoque la resolución recurrida denegándose la práctica de diligencias o subsidiariamente que se dicte resolución alternativa en la que se delimiten los archivos a analizar, periodo temporal del análisis, y establezca las garantías de preservación de la privacidad del menor acordando que el análisis se realice por Mossos d'Esquadra.

El Ministerio Fiscal se opone al recurso, entiende las diligencias proporcionadas y necesarias, en atención a la gravedad de los hechos y al no existir otro medio menos lesivo para alcanzar idéntico resultado en la investigación y averiguación de los hechos y la concreta participación del menor, reiterando el relato de los hechos contenidos en su solicitud inicial, considera el medio idóneo no solo para averiguar la identidad de las personas que acompañaban al menor detenido y la concreta implicación del menor a lo largo de los disturbios y en que otras acciones radicales había participado previamente. Y en cuanto a la excepcionalidad y justificación de la medida, de las diligencias practicadas se advierten indicios de criminalidad contra el expedientado y apela a la entidad y dimensión de los hechos y circunstancias en las que los mismos se habían desarrollado.

SEGUNDO.-

Expuesto lo anterior, cabe señalar que el objeto del procedimiento es la investigación de un delito de desórdenes públicos y atentado que se imputan al menor recurrente, por los hechos acontecidos el 20 de octubre de 2019, así se desprende de la información contenida en las actuaciones, y se constata por la referencia que el Ministerio Fiscal realiza en su escrito de solicitud de diligencias, en los términos que ya hemos expuesto.

El auto que acuerda las diligencias se fundamenta únicamente en lo dispuesto en los art. 23.3 y 26.3 de la LORPM, preceptos que se refieren al hecho de que el Ministerio Fiscal no puede practicar por sí mismo medidas restrictivas de derechos fundamentales sino que debe de interesar del Juzgado la práctica de las que sean precisas para el buen fin de las investigaciones, y así el último inciso del art. 23.3 LORPM dice "...El Juez de Menores resolverá sobre esta petición por auto motivado. La práctica de tales diligencias se documentará en pieza separada."

El auto que acuerda la medida no explicita que razones le mueven a estimar la conveniencia de la práctica de las diligencias, ni razona porqué las estima proporcionadas, necesarias, idóneas para el buen fin de la investigación del procedimiento. Así el auto adolece de motivación, tal y como sostiene el recurrente, por no permitir conocer las razones que han permitido la adopción de las diligencias, máxime tomando en consideración que las mismas tienen como objeto el registro de dispositivos de almacenamiento masivo aprehendido al menor, su teléfono móvil y la solicitud de información a las compañías de telefonía para que faciliten la información antes detallada.

No podemos olvidar que el art. 1.2 contenido en el título preliminar de la LORPM dice "las personas a las que se aplique la presente ley gozarán de todos los derechos reconocidos en la Constitución y en el ordenamiento jurídico, particularmente en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, así como en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y en todas aquellas normas sobre protección de menores contenidas en los Tratados válidamente celebrados por España." Lo que evidencia la precisa necesidad de motivar medida como la acordada máxime tomando en consideración lo dispuesto en la LECrim al respecto en los art. 588 bis a y s.s., y en este punto destacamos asimismo que el art. 588 bis a, de los principios rectores, en su punto 2 establece "El principio de especialidad exige que una medida esté relacionada con la investigación de un delito concreto. No

podrán autorizarse medidas de investigación tecnológica que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos o despejar sospechas sin base objetiva."

...

...En estos términos el recurso de apelación se ha de ver estimado, la resolución recurrida, no motiva la necesidad de las diligencias, y si bien la ausencia de motivación debería obtener respuesta a través de la nulidad de la resolución, ésta no se solicita por el recurrente, por lo que no puede ser acordada de oficio por este Tribunal, ello no obstante, examinados los motivos del recurrente, objeto de la solicitud, el objeto del procedimiento y medidas acordadas, entendemos que no es justificada la necesidad de acceder a la información contenida en el dispositivo del menor, ni la solicitud de información a las compañías de telefonía, pues se trata de una solicitud de acceso masivo e indiscriminado a la información que no se justifica en razón de los delitos investigados e imputados al menor, correspondiéndose más la solicitud de información que con las diligencias se pretende, con una investigación abierta y de carácter prospectivo, la intervención del menor se circunscribe al parecer a lo acontecido el día en que se produjo su detención, el 20 de octubre de 2019, pretendiéndose con las diligencias la ampliación de la investigación a terceros que tampoco nos consta sean del ámbito de esta jurisdicción de menores, y sin que en relación al menor se concreten indicios, al margen de meras sospechas sin base objetiva de su intervención en otros hechos.

Las medidas interesadas no las estimamos idóneas para el esclarecimiento de los hechos investigados y participación en los mismos por parte del menor, que puede llevarse a cabo con medios más adecuados, como la testifical o material videográfico y de contenido digital con el que dice contar la Policía en su solicitud de diligencias del hecho acontecido, pues el mismo es útil en su caso para fijar la intervención en los hechos por parte del menor.

Así como ya dijimos en la resolución antes citada "No vemos la necesidad de acceder a imágenes o archivos de fotografía o videos, o acceder a las redes sociales. Ni vemos la necesidad ni se ha justificado. El principio de proporcionalidad recogido en el artículo 588 bis a) 5.- trata de prohibir los excesos que puedan llevar a vulnerar derechos fundamentales siendo indiscutible que los ordenadores, los terminales de telefonía móvil, los dispositivos de almacenamiento o los repositorios telemáticos de datos, están amparados por la protección constitucional que dispensa el art. 18 CE, de ahí la necesidad de efectuar la ponderación entre el deber de investigar y el sacrificio del derecho fundamental afectado..."

Las medidas acordadas las estimamos desproporcionadas, dada la evidente afectación a derechos fundamentales, no justificándose ni apreciándose la necesidad de su adopción a los fines de la investigación de este procedimiento. Por todo lo expuesto, es procedente estimar el recurso de apelación interpuesto y revocar la resolución recurrida dejando sin efecto las medidas acordadas, declarando de oficio las costas que hubieran podido devengarse en la sustanciación del presente recurso."

C.- FASE DE AUDIENCIA

C.- XI. CONDENA EN COSTAS

La AP revoca la sentencia de instancia y condena al menor al pago de costas, incluidas las de la acusación particular. Desestima el argumento de la ausencia de mención expresa en la LORPM a las costas. Se aplican supletoriamente los arts. 239 LECrim y 123 CP, y se entiende que la víctima de un delito cometido por un menor de edad no puede quedar en peor situación que el perjudicado por un delito cometido por un adulto.

SAP León, sec. 3ª, nº 58/2020, de 10-02-2020, Pte.:Peñín del Palacio, Manuel Angel

“El segundo motivo del recurso formulado por la representación procesal de Eleuterio tiene que ver con la no imposición de costas procesales que lleva a cabo la sentencia apelada, razonando en el sentido de que no se halla recogido dicho pronunciamiento de costas procesales en el artículo 39 de la LORPM , que trata del contenido de la sentencia, y también porque nada se dice en el artículo 30 de la LORPM , cuando habla del escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal refiriéndose a la calificación de los mismos.

Los razonamientos anteriores no pueden ser compartidos por la Sala porque el pronunciamiento sobre costas procesales en la sentencia que se dicte es una exigencia ineludible de lo dispuesto en el artículo 239 de la Ley de enjuiciamiento criminal , cuando señala que " En los autos o sentencias que pongan término a la causa o a cualquiera de los incidentes deberá resolverse sobre el pago de las costas procesales" y por su parte el artículo siguiente señala que " Esta resolución podrá consistir 1º/ En declarar las costas de oficio. 2º/ En condenar a su pago a los procesados..... y 3º/ En condenar a su pago al querellante o actor civil.... ". Del mismo modo el artículo 123 del Cp señala que " Las costas procesales se entienden impuestas por ley a los criminalmente responsables de todo delito ". No hay que olvidar que conforme a la disposición final primera de la Ley Orgánica 6/2000, de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores (LORPM), tanto el Código penal como la Ley de enjuiciamiento criminal son normas supletorias en lo no expresamente previsto por dicha Ley reguladora. En cualquier caso cuando el artículo 39 de la Ley Orgánica 6/2000, de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores (LORPM), remite en cuanto a los requisitos de la sentencia a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial, ésta última al referirse a la sentencia en el artículo 248.3 dice " 3. Las sentencias se formularán expresando, tras un encabezamiento, en párrafos separados y numerados, los antecedentes de hecho, hechos probados, en su caso, los fundamentos de derecho y, por último, el fallo. Serán firmadas por el Juez, Magistrado o Magistrados que las dicten". Nada se dice sobre costas procesales en dicho precepto, que dicha Ley Orgánica entendió que no hacía falta mencionar tal dato, pues es una exigencia ineludible de toda sentencia penal de conformidad con lo mandado por los artículos 239 de la Ley de enjuiciamiento criminal y 123 del Código penal, que son normas supletorias de la Ley de responsabilidad del menor. No hay razón jurídica alguna para que la víctima o perjudicado por el delito cometido por un menor de edad,

quede en peor condición en cuanto al resarcimiento de un gasto derivado del delito como son las costas procesales, que el que ha sido perjudicado o víctima de un delito cometido por un mayor de edad.

Por todo lo expuesto el recurso en este segundo alegato debe de ser estimado, incluyendo en el pago de las costas procesales las correspondientes a la acusación particular aunque no fueron expresamente solicitadas, siendo ese el criterio de la Sala al respecto, aunque el criterio de la jurisprudencia haya sido fluctuable en relación con este último asunto, habiendo jurisprudencia que estima que solo deben incluirse en la condena en costas las ocasionadas por la acusación particular cuando se pidan expresamente, y otras que no es necesaria la petición expresa. La Sala se inclina por esta segunda posición en este momento, aunque es cierto que en otras resoluciones anteriores hemos mantenido el primero de los criterios.

D.- FASE DE EJECUCIÓN

D.- I.- QUEBRANTAMIENTO DE MEDIDA

Comete delito del art. 468.1 del CP el adulto que quebranta una medida cautelar de libertad, impuesta por un delito que cometió cuando todavía era menor.

SAP Lérida, sec. 1ª, nº 463/2019, de 02-12-2019, Pte.: Andrés Llovera, María Ángeles

“En el caso sometido a la consideración de esta sala, el recurrente sostiene que en el supuesto en que una persona, ya mayor de edad, quebrante la medida que le fue impuesta cuando era menor, las consecuencias de dicho incumplimiento serían las previstas en la LORPM, en concreto en el artículo 50.3 a cuyo tenor, "el secretario judicial remitirá testimonio de los particulares relativos al quebrantamiento de la medida al Ministerio Fiscal".

Efectivamente, en el seno de la jurisprudencia se produce una discrepancia en torno a la interpretación de este precepto, en tanto que el artículo 50.3 de la LORPM prevé que la conducta del que quebranta puede ser constitutiva de alguna infracción merecedora de reproche sancionador, previsto en la propia LORPM. Sin embargo, este precepto no prevé la remisión de testimonio al Juez de instrucción para proceder, en su caso, por un presunto delito de quebrantamiento de condena previsto en el art 468.2 del CP cuando el sujeto a la medida ya ha alcanzado la mayoría de edad. Ahora bien, la no previsión de esta posibilidad en la Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor, no obsta a que lógicamente, si la medida quebrantada fuera realizada por el mayor de edad su responsabilidad se dilucide ante el Juzgado competente, que indiscutiblemente, será el Juzgado de Instrucción y no el de menores, dada la mayoría de edad del sujeto a la medida. En este orden de cosas, la ST de la AP de Vizcaya, de 16 de junio de 2016 dispone: "si esto fuera de otro modo en el sentido de entender que el que se encuentre cumpliendo una medida alcanzara la mayoría de edad, si quebrantara no incurriría en reproche penal por ser atípica su conducta podría hacer totalmente irrisoria la ejecución de las medidas

impuestas por los Juzgados de Menores. Entendemos que el artículo 50 de la LO 5/2000 se refiere exclusivamente a los menores, puesto que se restringe a regular la responsabilidad de los mismos, siendo que el mayor de edad cuando cometa el hecho que hoy nos ocupa, queda sujeto a la jurisdicción penal ordinaria".

En el supuesto que nos ocupa, el "Juez a quo", tras realizar un análisis de la jurisprudencia dictada por las Audiencias Provinciales sobre la aplicación del artículo 468.1 del CP a las medidas impuestas por los Juzgados de Menores, sigue el criterio seguido por esta Sala en la Sentencia de 22 de diciembre de 2016 en la que se confirmó la condena por un delito de quebrantamiento de condena en la que el objeto del delito era una medida impuesta por un Juzgado de Menores. Al respecto, hay que notar que diversas Audiencias Provinciales, así, la AP de Valladolid en sentencia de 17 de noviembre de 2009, AP de Jaén en Sentencia de 12 de noviembre de 2009, AP de Madrid en sentencia de 2 de abril de 2009 y AP de Las Palmas en sentencia de 27 de marzo de 2009, vienen a sostener que la finalidad educadora perseguida en la jurisdicción de menores no impide la subsunción de los incumplimientos de las medidas impuestas por el juzgado de menores en el tipo penal del quebrantamiento de condena que contempla el artículo 468 del CP.

A la vista de lo anterior, esta Sala comparte que la LORPM no puede aplicarse para exigir responsabilidad por hechos delictivos cometidos por personas que han alcanzado la mayoría de edad. Cosa distinta, es lo previsto en el artículo 15 de la LORPM, que bajo el epígrafe, mayoría de edad del condenado, se refiere a los supuestos en que habiendo recaído condena siendo menor de edad alcanza la mayoría de edad cuando todavía se está cumpliendo la medida. Esto es, no se refiere al conocimiento o enjuiciamiento, sino a la ejecución o cumplimiento de una medida impuesta a una persona por un hecho delictivo cometido cuando era menor de edad.

Entendemos que no concurre la infracción del artículo 468 del CP como sostiene el recurrente, cuando como en el caso que nos ocupa, el quebrantamiento se cometió alcanzada la mayoría de edad, aunque recaiga sobre una medida impuesta en el ámbito de menores. Por lo que en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida, manteniendo sus sólidos argumentos.

Cometen delito del art. 468 del CP quienes quebrantan, siendo ya adultos, una medida de la LORPM que les fuera impuesta siendo menores. El TS respalda la postura muy mayoritaria de las Audiencias Provinciales.

STS sec. 1ª, nº 662/2019, de 14-01-2020, Pte.:Magro Servet, Vicente

"1.- Mayoritariamente, se viene considerando que a pesar de que el artículo 468 del Código Penal no incluya de manera específica dentro del tipo penal el incumplimiento de las medidas sancionadoras impuestas a los menores en un proceso penal, esa indefinición legal no puede llevar a la conclusión de que tal conducta resulte atípica, a fin de evitar una interpretación extensiva en contra del reo, tal y como lo apunta el recurrente.

2.- (Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid en fecha 20 de septiembre de 2017):

a.- No se olvide que el bien jurídico protegido por el delito es la administración de justicia como tal y, por tanto; la necesidad de garantizar la ejecución de las resoluciones judiciales siempre que hayan sido adoptadas en un proceso y tengan naturaleza penal.

b.- Los elementos del delito de quebrantamiento de condena o medida cautelar, previsto y penado en el artículo 468 del vigente Código Penal, son:

a) el normativo consistente en la previa existencia de una condena o medida cautelar acordada judicialmente;

b) el objetivo o material, consistente en la acción natural descrita por el verbo quebrantar, en el sentido de incumplir, infringir, desobedecer o desatender la precitada resolución; y

c) un tercero, subjetivo, consistente en el dolo típico, entendido éste como conocimiento de la existencia de dicha resolución y consciencia de su vulneración, sin que para el quebrantamiento punible sea necesario que el sujeto actúe movido por la persecución de ningún objetivo en particular o manifestando una especial actitud interna.

3.- Al encontrarnos ante un mayor de edad, no puede compartir el criterio del recurrente, situándonos en la postura defendida por numerosas Audiencias que fijan que el indicado precepto no puede ser interpretado en el sentido de que cuando se trate de un menor que alcanza la mayoría de edad mientras se encuentra cumpliendo la medida, impuesta durante su minoría de edad, no quepa exigirle el correspondiente reproche penal por un delito de quebrantamiento de condena del artículo 464 del CP.

4.- La interpretación literal de dicho apartado 3 del art. 50 implicaría que las previsiones normativas contempladas en todos los apartados del artículo 50 de la referida Ley Orgánica únicamente serían aplicables a los quebrantamientos de medidas verificados por menores de edad y que no existiese consecuencia jurídica alguna para los quebrantamientos perpetrados por mayores de edad que estuviesen cumpliendo medidas impuestas de acuerdo con dicha Ley.

5.- El hecho de que cuando se imponga una medida a un menor y éste alcance la mayoría de edad se continúe el cumplimiento de la medida hasta alcanzar los objetivos propuestos en la sentencia en que se le impuso (art 14 de la Ley 5/2000), debe entenderse en el sentido literal del precepto, es decir, se seguirá el cumplimiento de la medida conforme a la Ley de menores, pero no así si la quebranta, pues el referido precepto sólo se refiere al cumplimiento de la medida y no hace referencia a su quebrantamiento, por lo que no puede impedir la aplicación del Código Penal a hechos ocurridos cuando el autor de los mismos es ya mayor de edad. (Acuerdo de la Junta de Magistrados de Secciones penales para la Unificación de Criterios de esta Audiencia Provincial de Madrid celebrada en DIRECCION000 el día 18 de junio de 2009 (punto cuarto del orden del día).

6.- Aun cuando haya de admitirse que:

a.- Existe unadiferencia entre uno de los fines que se persigue al imponer una determinada pena o medida de seguridad a un mayor de edad y el que se persigue al imponer la medida a un menor.

b.- Ha de tenerse en cuenta que tal diferencia no existe cuando se trata de valorar la naturaleza de determinadas penas y medidas de seguridad previstas en el Código penal y la de algunas de las medidas previstas en el artículo 7 de la Ley Orgánica mencionada.

c.- Y, así, y con independencia de la finalidad perseguida, ninguna diferencia, en lo que atañe a su naturaleza, puede establecerse, por ejemplo, entre medidas establecidas en dicho precepto y las previstas en varios apartados del artículo 33 del Código Penal

d.- Previsiones legales que, más allá de la diferencia terminológica empleada por el legislador en Derecho Penal de menor y en el de adultos, no es óbice "para reconocer, desde la compartida naturaleza sancionadora de ambos Derechos, que el término medida, en cuanto responsabilidad penal impuesta judicialmente por la comisión de un hecho delictivo, debe equipararse a estos efectos al de condena.

Esta Sala debe pronunciarse a favor de la desestimación del recurso, por entenderse sólidos los argumentos a favor de considerar que el menor que delinque como menor y quebranta una medida de las impuestas en la Ley de responsabilidad de menores, pero lo hace siendo mayor de edad no puede aplicársele la citada Ley, sino el Código Penal, por lo que al tener ya los 18 años cumplidos no puede atenderse que cuando los haya cumplido hayan pasado solo unos días, sino que el alcance de la mayoría de edad le hace someterse al Código Penal, no a la Ley antes citada. No se trata de madurez o inmadurez, sino de un dato objetivable, como es la edad de 18 años, por lo que no puede retrotraerse a que la legislación aplicable sea la de menores cuando se delinque siendo mayor de edad.

Los argumentos a favor de la decisión sobre la respuesta de que la infracción de las medidas propias de la Jurisdicción de Menores por quienes al tiempo de cometerlos son mayores de edad, tienen encaje en el tipo previsto en el artículo 468 del Código Penal son las siguientes:

1.- Aunque el artículo 468 CP no incluya de manera específica dentro del tipo penal el incumplimiento de las medidas sancionadoras impuestas a los menores en un proceso penal, esa indefinición legal no reviste la consecuencia de su atipicidad, en tanto es integrada por el aplicador jurídico sin suponer una interpretación extensiva contra reo, sino racional y lógica, acudiendo al bien jurídico protegido por el delito que es la administración de justicia, y en concreto, la eficacia de determinadas resoluciones judiciales garantizando su ejecución siempre que, como es el caso, las mismas hayan sido acordadas en un proceso criminal y tengan una naturaleza penal.

2.- Nótese que se trata de un delito cometido por mayor de edad que quebranta una medida impuesta cuando era menor, pero en el contexto de una sentencia condenatoria. Se trata de una condena que quebranta siendo mayor de edad.

3.- El art. 50 de la LORPM no puede aplicarse a los casos de menores de edad que infringen y quebrantan las medidas. Y nada dice, y nada señala, precisamente, porque nada debe decir, en tanto en cuanto si el menor delinque siendo mayor de edad no puede aplicarse nunca el art. 50 a un mayor de edad, ya que "su texto penal" es el Código Penal, no la LORPM. Por ello, y ante ello, esta norma nada debe decir cuando el menor delinque ya como mayor, porque se escapa a su ámbito de cobertura.

4.- Así, el art. 50 LORPM plantea tres supuestos:

1. Menor que quebranta la medida privativa de libertad:

Cuando el menor quebrantare una medida privativa de libertad, se procederá a su reingreso en el mismo centro del que se hubiera evadido o en otro adecuado

a sus condiciones, o, en caso de permanencia de fin de semana, en su domicilio, a fin de cumplir de manera ininterrumpida el tiempo pendiente.

2. Menor que quebranta la medida no privativa de libertad:

Si la medida quebrantada no fuere privativa de libertad, el Ministerio Fiscal podrá instar del Juez de Menores la sustitución de aquélla por otra de la misma naturaleza. Excepcionalmente, y a propuesta del Ministerio Fiscal, oídos el letrado y el representante legal del menor, así como el equipo técnico, el Juez de Menores podrá sustituir la medida por otra de internamiento en centro semiabierto, por el tiempo que reste para su cumplimiento.

3. Consecuencias del menor que quebranta la medida al fiscal de menores... por tratarse de menor de edad.

Asimismo, el Juez de Menores acordará que el secretario judicial remita testimonio de los particulares relativos al quebrantamiento de la medida al Ministerio Fiscal, por si el hecho fuese constitutivo de alguna de las infracciones a que se refiere el artículo 1 de la presente Ley Orgánica y merecedora de reproche sancionador.

Por ello, el art. 50.3 LORPM regula expresamente el caso en que un menor de edad incumple una medida que le ha sido impuesta en el proceso de menores, pero siendo menor cuando delinque. Prevé que se cumpla la medida en el mismo centro o en otro, o incluso que se adopte otra medida distinta. Pero, en todo caso, establece que se deduzca testimonio de particulares para que se inicie un nuevo expediente por la posible comisión de un delito de quebrantamiento de la medida, que sea "merecedor de un reproche sancionador".

La consecuencia es la iniciación de un nuevo expediente de menores, en el caso de que el autor sea menor, pero sobre la base indudable de que habría podido cometer un delito de quebrantamiento de medida si lo hace siendo mayor de edad.

4.- Quebrantar una medida siendo mayor de edad no puede ser impune, ya que no puede aplicársele la LORPM al mayor edad.

Se produciría una situación de incongruencia en la respuesta penal si este comportamiento (quebrantamiento de una medida), siendo menor de edad, tuviera una consecuencia sancionadora en el ámbito de la justicia de menores, y siendo mayor de edad no tuviera respuesta de ningún tipo.

5.- Todas las menciones que se hacen en la LORPM evidencian que, aunque el fin de la respuesta penal de menores sea reeducadora y resocializadora, la finalidad de las medidas previstas en la indicada Ley también es sancionadora, ya que se trata de sanciones que se imponen, siendo otra cosa cuál es el fin educativo de la sanción/condena. No podemos negar que las medidas impuestas en la LORPM no son condenas, aunque se trate de "condenas educativas".

6.- También el fin de la pena en la respuesta sancionadora a los mayores de edad es de resocialización y reinserción, pero ello no impide que se trate de "condenas".

Una cosa es el fin de la medida y de la pena, y otra su consideración sancionadora.

La regulación tiene una doble finalidad, sancionadora y educativa, siendo esta última la que debe primar en cuanto a la respuesta penal en el caso de los menores de edad, pero sin que por ello se pierda la finalidad sancionadora, que recupera todo su protagonismo con los sujetos mayores de edad, para los que prevé respuestas propias del sistema de adultos, donde no puede olvidarse

también conviven varias finalidades preeminentes, como la reinserción y la reeducación social.

7.- No existe infracción del principio non bis in ídem cuando se trata de "fugados de un centro", ya que una cosa es la sanción interna y otra el delito que se haya cometido, 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.

8.- Una cosa es la naturaleza punitiva de la medida o pena que se impone al autor del delito y otra la consecuencia jurídica del quebrantamiento de la medida o de la pena.

Al ser dos cuestiones distintas, no puede ponerse el énfasis en si el incumplimiento es de medida de internamiento, y si ésta se contempla en el art. 468.1 CP, ya que nótese que se refiere el art. 468 CP a la expresión de "los que quebrantaren su condena", y de condena es la sentencia dictada por un juez de menores, si cuando se comete la infracción el menor es mayor de edad, porque en este caso no se trata de si lo que se impuso era una medida, sino que lo que se quebranta es una condena, porque la condena es la impuesta por el juez de menores. Así, lo que se incumple es una condena, habida cuenta que es lo que se impone por el juzgado de menores. Aunque sea una medida, es una auténtica pena aunque impuesta por el juez de menores, y por ello el quebrantamiento lo es de una condena y se comete delito del 468 del código penal.

9.- La propia Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000 de 18 de diciembre ha tenido que concluir que el comportamiento del menor debe ser encuadrado en el delito de quebrantamiento de condena del art. 468 del Código Penal al señalar que es posible que el quebrantamiento tenga lugar cuando el menor ya haya alcanzado la mayoría de edad (art. 14), en cuyo caso no sería procedente incoar el expediente; obviamente, en este caso, aunque la Ley diga que "el Juez de Menores remitirá testimonio del quebrantamiento de los particulares relativos al quebrantamiento de la medida al Ministerio Fiscal", el Juez de Menores deberá remitir el citado testimonio al Juzgado de Instrucción competente; en caso de que lo remita al Ministerio Fiscal, deberá éste enviarlo al Juez de Instrucción.

Ante la indefinición de la Ley, cabe preguntarse qué delito constituiría el quebrantamiento de una medida no privativa de libertad. Resulta evidente que el delito no podrá ser otro que el previsto en el tipo subsidiario que contempla el inciso final del art. 468 CP, castigado con la pena de multa de doce a veinticuatro meses. Teniendo presente que la duración de la medida de internamiento no puede exceder del tiempo que duraría la pena que se le podría imponer al responsable mayor de edad (art. 8), y operando con la regla establecida en el art. 53.1 CP para calcular el tiempo de privación de libertad que conllevaría el cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, resulta que la medida de internamiento que se impusiese a un menor por la comisión de un delito de quebrantamiento de una medida no privativa de libertad no podría exceder de trescientos sesenta días de duración, lo cual debería constituir una importante matización de la expresión "por el tiempo que reste para su cumplimiento". Por otra parte, imponer una medida de internamiento de tan larga duración -la duración máxima de las medidas no puede exceder ordinariamente de dos años (regla 3.ª del art. 9)- por un delito que en el CP castiga tan sólo con pena pecuniaria supondría, sin duda, una vulneración del

principio de proporcionalidad que debe presidir toda actividad de determinación y fijación de la pena o medida correspondiente al delito cometido.

10.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 944/2010 de 25 Oct. 2010.

Se resuelve en este caso un recurso de revisión interpuesto por el Ministerio Fiscal en atención al hecho de que dos Juzgados de lo Penal habían condenado a un mismo acusado por un mismo hecho, concretado en un quebrantamiento de una medida de internamiento en régimen semiabierto, como autor de un delito de quebrantamiento de condena.

En dicha sentencia, esta Sala del Tribunal Supremo, sin cuestionarse, siquiera, si ese quebrantamiento de una medida de internamiento impuesta a un menor era constitutivo de un delito del artículo 468 del Código Penal, estimó el recurso, revisando y anulando la segunda de las sentencias por las que se condenó por tal delito por un mismo hecho al mismo acusado, manteniéndose, por tanto, su condena como autor de un delito de quebrantamiento de condena dispuesta en la primera sentencia que frente al mismo se dictó.

Esta Sala en este caso consideró que el quebrantamiento de esa medida impuesta por el Juzgado de Menores, constituía un delito de quebrantamiento de condena del artículo 468 del Código Penal.

11.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 146/2014 de 14 Feb. 2014.

En este caso se trató de un recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal frente a una sentencia en la que se había absuelto, además de otros delitos, de un delito de quebrantamiento de medida cautelar, concretada en una medida cautelar de alejamiento impuesta por el Juzgado de Menores.

Esta Sala en este caso advirtió que en ese incumplimiento de esa medida podrá existir "en su caso, un delito de quebrantamiento de condena...", si bien, dado que la referida medida que se le impuso al acusado en aquel procedimiento era "una medida caducada, aunque probablemente no haya cesado, no es presupuesto legítimo de quebrantamiento de condena...", concluyendo, por ello, que no existía delito de quebrantamiento de condena, y añadiendo que, aun cuando el acusado "pensaba que estaba violando una prohibición impuesta judicialmente (...) esa prohibición realmente había perdido eficacia jurídica", señalando el Tribunal Supremo que "el acusado habría cometido un delito putativo (...) estamos ante lo que se ha llamado un "error al revés".

Es decir, que se admitió que podría haber constituido un delito del art. 468 CP. Se le había impuesto al menor la medida de alejamiento y siendo mayor de edad la vulnera acercándose. La medida se impone siendo menor de edad y por un juzgado de menores. Esta Sala no desestima que por la circunstancia de que la medida se imponga por un juzgado de menores, cuando se es mayor de edad no se cometa un delito del art. 468 CP, sino que esta medida estaba caducada. En consecuencia, debe entenderse que esta infracción por mayores de edad de condenas impuestas por juzgados de menores, que es lo que es la medida de internamiento, tienen encaje típico en el art. 468 CP."

D.- IV. INGRESO EN CENTRO PENITENCIARIO

Ejecución en centro penitenciario de la medida de nueve meses de internamiento cerrado que, un joven de 18 años, ingresado en prisión

provisional, tenía pendiente de cumplimiento. No tiene sentido la intervención de la justicia juvenil, tras el ingreso en prisión y el fracaso de anteriores medidas.

AAP Barcelona, sec. 3ª, nº 281/2020, de 12-05-2020, Pte.: Rueda Soriano, Yolanda

“En el caso que nos ocupa, por auto de fecha 3 de marzo de 2020 se acordó acumular y refundir las medidas impuestas al hasta entonces menor de edad Celso y que eran 9 meses de internamiento en centro de régimen cerrado y 2 años de libertad vigilada con obligación de realizar un tratamiento para deshabituación de tóxicos durante los 12 primeros meses y tratamiento terapéutico ambulatorio durante los 2 años y 3 meses de tareas socio-educativas. El equipo técnico informó que los 9 meses de internamiento los cumpliera en el centro penitenciario de Joves dado que está en prisión provisional y no hay respuesta educativa eficaz que se le pueda facilitar ya desde justicia juvenil por haber fracasado todas las medidas que se han ido adoptando ya que ha estado ingresado en varias ocasiones en diversos centros de internamiento, no ha cumplido la regla de conducta de la libertad vigilada cumpliendo esta última de manera muy irregular.

Consideramos muy razonables los argumentos esgrimidos por el juez de instancia toda vez que el recurrente ya tiene contacto con la justicia de adultos al estar ingresado en un centro penitenciario, por lo que no hay motivo para acceder a la pretensión del recurrente que tiene sentido cuando es aconsejable agotar la vía educativa de justicia juvenil. En el caso que nos ocupa, consta que el 1 de febrero ingresó en prisión provisional por robo con violencia, por lo que ya ha tomado contacto con el centro penitenciario estando ingresado actualmente. Asimismo, le constan otros expedientes abiertos como mayor. Como señaló la técnica en la comparecencia, no tiene sentido volver a menores ya que habiendo pasado por jóvenes en un centro penitenciario, la intervención educativa es muy diferente por edad y además señala que ha hablado con los educadores del centro penitenciario de jóvenes que le han comunicado que el recurrente está muy bien, en el nivel más alto, que a nivel conductual no tiene ninguna sanción, está haciendo actividades como la formación de ESO, deporte, clases de informática y está asistiendo y cumpliendo todo, por lo que está cumpliendo en un nivel de funcionamiento más adulto no teniendo sentido regresar a un nivel educativo de menores. Compartimos esta conclusión y por tanto confirmamos la resolución por sus mismos fundamentos.”

D.- VIII. SUSTITUCIÓN AGRAVATORIA DE MEDIDAS

Se estima el recurso del MF revocando el auto judicial que, sin petición siquiera del Fiscal, ampliaba el tiempo de internamiento efectivo semiabierto establecido en la sentencia a costa del período final de libertad vigilada.

AAP Pontevedra, sec. 5ª, nº 111/2020, de 20-02-2020, Pte.:Fariña Conde, Victoria Eugenia

“Se formula recurso de apelación por el Ministerio Fiscal contra el auto de 28-11-19 en el que la Juzgadora de Menores acuerda modificar la parte de libertad vigilada pendiente de cumplimiento por la de internamiento en régimen semiabierto durante 7 meses, los cuales se descontarán de la libertad vigilada, conforme a lo solicitado tanto por el propio menor, como por el Centro DIRECCION000 y el equipo técnico, con la finalidad de que pueda finalizar los estudios de la ESO y obtener el título, y considerando la Juzgadora que al no existir petición del Ministerio Fiscal, tanto el art. 50 como el 51 LORPM impedirían un agravamiento de la medida de libertad vigilada o internamiento sin petición de acusación en este sentido, pero considera la Juzgadora que, en este caso no existiría una infracción porque la medida es única, la de internamiento, aunque la Ley imponga que deba tener un plazo de cumplimiento en centro y otro en libertad vigilada, y entendiendo que modular de distinta forma dichos plazos no infringe el principio acusatorio.

“El recurso de apelación debe estimarse por cuanto siendo indudable la no solicitud por el Ministerio Fiscal de la sustitución de la medida de libertad vigilada por la de internamiento en régimen semiabierto, no habiendo el menor quebrantado la medida de libertad vigilada, que, como resulta de la propia resolución recurrida, no se habría empezado a cumplir, y no habiendo quebrantado tampoco la de cumplimiento en régimen semiabierto que ha cumplido, lo que impediría, junto con la falta de petición del Ministerio Fiscal al efecto, ya la aplicación del art. 50 de la LORPM que trata del quebrantamiento de la Ejecución y exige como presupuesto de su aplicación precisamente el quebrantamiento de la medida, y considera este Tribunal que tampoco con apoyo en el art. 51 LORPM, ante la falta de petición del Ministerio Fiscal y al ser la medida más gravosa, pues supone modificar una medida de régimen abierto por otra de régimen semiabierto, pueda imponerse sin infracción del principio acusatorio, no compartiéndose al argumento de la Juzgadora referente a que se trata de la misma medida y solo se modifica su forma de cumplimiento, porque en la refundición practicada en su día se refundían en una sola medida todas las medidas relacionadas de manera que restaban de cumplimiento la de internamiento en régimen semiabierto durante 24 meses sin perjuicio de la parte cumplida. A continuación se cumplirían de forma simultánea 24 meses de libertad vigilada, 4 meses de asistencia a centro de día y 4 de tareas socioeducativas, 11 meses de tratamiento ambulatorio, siendo este de posible cumplimiento también durante el internamiento, añadiéndose a éstas medidas por auto de 29-10-2019, 4 fines de semana en centro a cumplir de manera ininterrumpida cuando finalizara el internamiento, de tal manera que finalizado el cumplimiento de la medida de internamiento y permanencia de fin de semana el 8 de noviembre, cambiar la libertad vigilada que resta por cumplir por internamiento sin petición del Ministerio Fiscal, es indudable que supone una infracción del principio acusatorio al agravar la forma de cumplimiento y ello porque aunque pudiera estimarse que inicialmente era una misma medida, ya estaba fijado y determinado el régimen de cumplimiento de la misma y plazos de cumplimiento, de ahí el cambio acordado suponga una autentica sustitución de la medida, pues supone sustituir un régimen de cumplimiento por otro y, por tanto, una autentica sustitución en la medida.”

E.- RESPONSABILIDAD CIVIL

E.- I. 1 POSICIÓN DE LAS ASEGURADORAS

Se revoca en apelación la condena a indemnizar recaída sobre la Compañía Aseguradora de la Junta de Comunidades de Castilla la Mancha, que ostenta la guarda del menor infractor. La Sala entiende que no estaban incluidos en el contrato los riesgos de daños causados por delito.

SAP Guadalajara, sec. 1ª, nº 197/2019, de 02-12-2019, Pte.:Mayor Rodrigo, María Elena

“...Así se aceptó un riesgo específico por la Junta de Comunidades donde claramente quedaba fuera las responsabilidades derivadas de los actos dolosos de los menores por los que responde sin que quepa alegar, que haya existido un desconocimiento o falta de aceptación de las condiciones particulares, pues en este caso no se trata de una cláusula más o menos oculta sino de la propia objeto del contrato. En este sentido la STS 853/2006 indica "Sin duda, esta doctrina no sería posible si no se dieran determinados presupuestos que tienen que ver con el control de la inclusión, a que se refiere el artículo 3 de la LCS, respecto de todas las condiciones generales, atendiendo el carácter inexcusable de estos contratos como contratos masa y de adhesión, a los fines de facilitar al adherente su efectivo conocimiento y de que quede vinculado por su contenido. Y ello exige que su redacción sea clara y precisa, y que sean conocidas y aceptadas por el asegurado para lo cual resulta suficiente que en las condiciones particulares, por él suscritas, se exprese, de la misma forma clara y precisa, que conoce y ha recibido y comprobado las condiciones generales, cuando no se trata de condiciones que restringen los derechos del asegurado".

Por lo tanto, si no contrató cubrir el riesgo de los daños causado por hechos constitutivos de delito o falta, ninguna responsabilidad puede atribuirse a la aseguradora respecto de los derivados de dicha acción penal, ni frente al asegurado ni frente a terceros.

La obligación civil directa ahora reclamada tiene su origen, pues, no "ex delicto", sino "ex contracto", es decir, para su fijación deberá de atenderse exclusivamente a que el evento dañoso producido hubiese sido incluido por las partes contratantes, asegurador y asegurado, en las cláusulas contractuales que fijan la cobertura objeto del seguro concertado, independientemente de que, producido el evento asegurado, éste se hubiera producido en virtud de una acción dolosa o culposa por parte de la persona física o jurídica asegurada.

Es cierto también que, en términos generales, la exclusión de cobertura de la responsabilidad por dolo excluye que el asegurador este obligado a indemnizar al propio asegurado por un siniestro ocasionado por la mala fe de éste, pero no impide que el asegurador responda frente a los terceros perjudicados en el caso de que el daño o perjuicio causado a los terceros sea debido a la conducta dolosa del asegurado, disponiendo en este caso el asegurador de la facultad de repetición contra el asegurado reconocida expresamente por el artículo 76 de la L.C.S., o bien sea debido a un acto doloso de un tercero del que se derive responsabilidad civil subsidiaria para el asegurado. Esta responsabilidad civil

derivada de actos de otras personas por quienes se debe responder (artículos 1.903 del Código Civil y 120 del Código Penal) no ha sido cubierta por el asegurado mediante el seguro que excluye precisamente el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar por actos intencionados de las personas por las que responde el asegurado.

Una cosa es que no quepa asegurar conductas dolosas y otra distinta que entre los riesgos aleatorios del seguro esté incluido el de hacer frente a los perjuicios causados por actuación ilícita del asegurado o de las personas que de él dependen.

Lo que prohíbe el principio que impide asegurar las conductas dolosas es que el agente asegure su patrimonio contra las consecuencias negativas que se le pueden derivar de sus propios comportamientos dolosos, pero no que se establezca un sistema obligatorio de protección a las víctimas de una determinada fuente de riesgo que garantice a las mismas un nivel básico de cobertura frente a los daños sufridos, con independencia de que el origen del daño sea un ilícito civil o penal, doloso o culposo. La diferencia no afecta a la víctima, pero sí al autor: si el comportamiento causante del daño fue culposo, el seguro ampara a la víctima sin posibilidad de repetición, es decir, que también exonera al causante del daño de su responsabilidad civil. Si el acto es doloso, el seguro ampara igualmente a la víctima, pero se puede repetir contra el causante del daño pues al ser doloso el acto la responsabilidad del causante no se elimina con el pago del seguro, sino que se le exige por el asegurador, todo ello claro está siempre que el seguro en cuestión no excluya expresamente este supuesto de daños dolosos de las personas por las que responde el asegurado, que es lo que ocurre en el presente supuesto.

(...)Lo expuesto con anterioridad junto a la consideración de que nos encontramos ante un riesgo excluido lleva a considerar correcta la conclusión del Juez de menores en cuanto no se trata de si es o no asegurable el dolo, ni de que la actuación del asegurado sea en su caso solo imprudente, no cabe hablar de dolo de la entidad de tutela pues existe una clara exclusión de cobertura, que consideramos que no admite otra interpretación, sin olvidar que no la invoca un tercero, el perjudicado sino la propia asegurada".

(ii). En aplicación de la doctrina recogida en la anterior resolución, el recurso de apelación debe ser estimado, debiendo exonerar a la aseguradora Allianz de responsabilidad civil por los actos realizados por el tutelado de la asegurada, la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha."

E.- II. 3 MODERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

Procede moderar en un 20% la responsabilidad civil de la progenitora que no sólo no favoreció la conducta infractora de su hijo, sino que colaboró con los funcionarios policiales para su identificación y detención.

SAP Madrid, sec. 4ª, nº 110/2020, de 30-03-2020, Pte.: Pestana Pérez, Mario

"...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.

En el caso que no ocupa, el informe emitido por el Equipo Técnico revela que el menor Anselmo, de 16 años de edad en la época de los hechos del expediente, y su madre, D^a Rocío, vinieron a España en 2016 desde Mali, país del que son originarios. Vinieron a España para reunirse con el padre del menor, Pascual, el cual llevaba diez años trabajando en nuestro país. Pascual falleció pocos meses después de la llegada de su esposa e hijo, concretamente en diciembre de 2016. La Sra. Rocío no trabaja, vive de una pensión de viudedad y habita con su hijo una vivienda alquilada y compartida. El menor estaba escolarizado en Mali y cuando llegó a España prosiguió en la escolarización si bien con problemas de adaptación idiomática, actualmente superados, registrando un buen rendimiento escolar. Tiene una actividad deportiva estructurada, y está integrado en un grupo de iguales del barrio. La madre es referente afectivo y de autoridad para el menor, que cumple con la normativa establecida por su progenitora aunque con algunos retrasos en el horario de regreso a casa, fijado a las 11 de la noche. El Equipo Técnico, para el caso de que se estimase necesaria una medida, orientó una libertad vigilada. Por otra parte, y tal como se desprende del atestado policial obrante en el expediente y relativo a la detención del menor Anselmo, la Sra. Rocío colaboró activamente con los funcionarios policiales para la localización de su hijo.

Valorando las circunstancias expuestas, es apreciable que la madre del menor no ha favorecido ni dolosa ni con grave negligencia la conducta infractora de su hijo Anselmo, y que incluso cooperó con los funcionarios policiales para posibilitar la identificación y detención de su hijo, por lo que estimamos que en las concretas circunstancias del caso procede moderar en un 20% la cuantía de la indemnización establecida a favor de la víctima que le corresponde asumir solidariamente a D^a Rocío.”

Para moderar la responsabilidad civil de los progenitores debe estarse a la prueba que aporten sobre su actitud respecto al comportamiento de sus hijos, siendo irrelevantes sus alegaciones respecto a su situación económica.

SAP Valencia, sec. 5^a, nº 1/2020, de 08-01-2020, Pte.:Casas Cobo, Pedro Antonio

“...en cuanto a la documentación presentada con el recurso de apelación, dirigida a acreditar la difícil situación económica de la madre, debe ser rechazada por extemporánea, con arreglo al art. 790.3 Lecr., al tratarse de prueba que pudo proponerse y practicarse en la primera instancia.

En cualquier caso, su valor a los efectos de la estimación del recurso es insuficiente. El artículo 61.3 de la LORPM dispone que "cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de 18 años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios sus padres, tutores, acogedores o guardadores legales o de hecho, por éste 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".

La jurisprudencia de las Audiencias Provinciales viene proclamando que la norma instaura una responsabilidad cuasi-objetiva que nada tiene que ver con la responsabilidad por culpa o negligencia establecida en los artículos 1902 y siguientes del Código Civil. Dicha responsabilidad además tiene siempre el carácter de solidaria y nunca puede ser excluida, aunque sí moderada, cuando los responsables prueben o acrediten (la carga de la prueba les corresponde a ellos) que no han favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave. El fundamento de la responsabilidad civil, según reiterada jurisprudencia, es doble: amparar los derechos de las víctimas eximiéndolas de tener que probar la culpa del responsable civil y protegiéndolas asimismo de la más que probable insolvencia económica de los menores, y también se pretende una mayor implicación de los padres y demás responsables civiles en el proceso de socialización de los menores, responsabilizándolos de las consecuencias civiles que los menores cometan al transgredir los deberes que tienen sobre ellos. Como regla general, la responsabilidad recae en ambos progenitores tanto biológicos como adoptivos y aunque se encuentren separados o divorciados con tal que no hayan sido privados de las funciones inherentes a la patria potestad sobre la base de distinguir, tal y como se hace en los procesos matrimoniales, entre guarda y custodia y mantenimiento de la patria potestad.

En consecuencia, la moderación de la responsabilidad civil de los progenitores no tiene relación con su capacidad económica, sino sobre su actitud acerca del comportamiento del menor, de modo que las alegaciones relativas al divorcio o a las dificultades para el cobro de la pensión de alimentos no tienen efectos en la responsabilidad civil que establece dicho precepto, responsabilidad que además recae sobre ambos progenitores. En relación con la prueba de que han actuado con la diligencia necesaria, el recurso omite cualquier prueba objetiva, limitándose a emitir valoraciones que no pueden sustituir la apreciación efectuada por el Juez de instancia, titular de la facultad moderadora que prevé el referido precepto. De modo que, a falta de prueba del supuesto de hecho requerido por la precitada norma, el recurso también debe ser desestimado en este punto.”

E.- II. 1 RESPONSABILIDAD CIVIL DE COMUNIDADES AUTÓNOMAS

E.- II. 8 CENTROS DOCENTES

Condena de la Junta de Castilla y León a indemnizar solidariamente con el menor y sus padres al agredido por un compañero del colegio público en horario escolar. Instrucción 10/2005 FGE. La posición del Colegio se asimila a la del guardador de hecho del art. 61.3 LORPM. No es aplicable al caso la legislación administrativa que invoca la Junta.

SAP León, sec. 3ª, nº 58/2020, de 10-02-2020, Pte.:Peñín del Palacio, Manuel Angel

“...El segundo de los recursos de apelación contra la sentencia lo formula el Letrado de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, al haber sido condenada la misma como responsable civil solidariamente con el menor y sus padres, en relación con la cantidad a indemnizar por lesiones al menor perjudicado Eleuterio, por un importe de 5.445,17 euros, ya que en la sentencia apelada se

viene a declarar la responsabilidad civil del Centro docente en el que ocurrieron los hechos.

Los hechos que se enjuician ocurrieron en un Centro docente de esta Comunidad, dependiente de la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León.

El artículo 61.3 de la LORPM señala que "3. 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."

Se trate de determinar si la anterior responsabilidad civil solidaria alcanza también al Centro docente en el que tiene lugar el hecho. El artículo 1903 del CC establece dicha responsabilidad cuando señala que "Las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias. La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño ." Sin embargo no hay una norma similar a la anterior en la Ley de responsabilidad de los menores 5/2000, de 12 de enero, lo que no es óbice para su aplicación. La anterior cuestión suscitada en el recurso ha sido tratada por la Instrucción 10/2005 de 6 de octubre de la Fiscalía General del Estado, dictada con ocasión de responder al acoso escolar, pero que también trata esta cuestión, cuando señala que :

" Los centros docentes tienen una indubitada responsabilidad en garantizar espacios seguros para que los menores puedan cursar sus estudios y disfrutar de las horas de recreo en paz, libres de agresiones y vejaciones..... Aunque la LORPM no regula el supuesto previsto en el artículo 1.903.5 CC , cabe entender que puede demandarse como responsables civiles a los titulares de centros docentes de enseñanza por los daños y perjuicios derivados de delitos y faltas cometidos por los menores de edad, "durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias.

La omisión de la LORPM no debe interpretarse en el sentido de que se reserve la acción civil para su ejercicio en exclusiva contra las personas expresamente señaladas en el precepto. Con el fin de evitar el siempre odioso peregrinaje de jurisdicciones y conforme al principio de economía procesal -que exigiría que todos Los eventuales responsables pudiesen ser demandados en un mismo proceso- de acuerdo con el principio de protección de la víctima, la interpretación que deberán defender los Sres. Fiscales es la de que los Centros docentes también pueden ser demandados con tal carácter en la pieza separada de la LORPM .

A estos efectos puede fundamentarse la petición en la figura del guardador del artículo 61.3 de la LORPM , en la que puede incluirse también al centro docente, por ser quien en esos momentos está ejerciendo funciones de guarda.

También cabrá anclar la reclamación dirigida contra el centro educativo en el artículo 1.903.5 CC . pues no debe, a este respecto, olvidarse la cláusula general de supletoriedad contenida en el artículo 4.3 del Título Preliminar del Código Civil "

Y en la conclusión 21º) de la citada Instrucción se acaba diciendo " Los Sres. Fiscales defenderán la interpretación conforme a la cual es posible demandar ante el Juez de Menores como responsables civiles a los titulares de ceñiros docentes de enseñanza por los daños y perjuicios derivados de delitos y faltas cometidos por los menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias."

En el mismo sentido de la cita Instrucción se han pronunciado la mayoría de las sentencias de las Audiencias Provinciales de España. Así la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 23 de diciembre de 2003(...)

(...) En el caso de autos el Letrado de la Comunidad Autónoma invoca la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuyos preceptos imponen que el administrado reclamante demuestre el funcionamiento anormal del servicio público para exigir responsabilidad patrimonial a la Administración. Sin embargo, no nos encontramos en dicho orden jurisdiccional, sino en el ámbito penal, siendo como señala la SAP de Lérida de 3 de marzo de 2002, un sistema de responsabilidad civil de mayor alcance y severidad 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, protegiéndola también frente a la bastante frecuente insolvencia del menor infractor, asegurándoles así, mediante un sistema objetivo, sin fisuras ni excusas, 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 (SAP Cantabria 23-XII-2003 , SSAP Jaén 10-I-2003 y 28-XI-2002 y SSAP Burgos 30-XII y 12-IV-2002)."

E.- II. 1 RESPONSABILIDAD CIVIL DE COMUNIDADES AUTÓNOMAS

E.- II. 11 PLURALIDAD DE RESPONSABLES

Concurrencia de responsabilidad civil de entidades públicas. La AP estima el recurso del MF que absolvió al Consell insular, que ostentaba la tutela del menor, condenando tanto al Consell como a la Comunidad Autónoma, en uno de cuyos centros residía el menor y se cometió el delito de atentado.

SAP Baleares, sec. 2ª, nº 142/2020, de 29-04-2020, Pte.: Martínez Codina, Raquel

“La norma de responsabilidad civil que consagra la LORPM instaura para las personas mencionadas una responsabilidad cuasi-objetiva que nada tiene que ver con la responsabilidad por culpa o negligencia establecida en los artículos 1.902 y siguientes del Código Civil. Dicha responsabilidad además tiene siempre el carácter de solidaria y nunca puede ser excluida, aunque sí moderada, cuando

los responsables prueben o acrediten (la carga de la prueba les corresponde a ellos) que no han favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave. El fundamento de la responsabilidad civil, según reiterada jurisprudencia, es doble: amparar los derechos de las víctimas eximiéndolas de tener que probar la culpa del responsable civil y protegiéndolas asimismo de la más que probable insolvencia económica de los menores y también se pretende una mayor implicación de los padres y demás responsables civiles en el proceso de socialización de los menores, responsabilizándolos de las consecuencias civiles que los menores cometan al transgredir los deberes que tienen sobre ellos.

Como regla general la responsabilidad recae en ambos progenitores tanto biológicos como adoptivos y aunque se encuentren separados o divorciados con tal que no hayan sido privados de las funciones inherentes a la patria potestad sobre la base de distinguir, tal y como se hace en los procesos matrimoniales, entre guarda y custodia y mantenimiento de la patria potestad.

Asimismo son responsables los tutores y los guardadores legales o de hecho siendo de aplicación las normas del Código Civil en materia de tutela y a los efectos de determinar el concepto de guardador legal o de hecho.

En el presente caso la propia sentencia recurrida declara como hecho probado que Doroteo, sujeto a la tutela del Consell Insular de Mallorca por resolución del 30 de marzo de 2012, residía con medida de reforma en el Centro DIRECCION000, lugar donde se cometió el hecho delictivo.

En consecuencia, habiéndose encomendado al IMAS la tutela del menor, y aun cuando el mismo se encontraba bajo la custodia de la Comunidad Autónoma, siendo ésta la titular del Centro DIRECCION000, ambas administraciones deben responder civilmente de los daños ocasionados.

Cierto es que, en nuestra Comunidad Autónoma, la competencia en materia de menores se distribuye entre la CAIB y 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.

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 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 tutela sobre el menor, de la compañía aseguradora del riesgo, y de la Comunidad Autónoma en cuyas instalaciones se encontraba residiendo el menor.

Por cuanto se ha expuesto, debe estimarse la pretensión del Ministerio Fiscal 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".

Se confirma la condena a responsabilidad civil de la CA de Baleares por un delito de robo con fuerza cometido por un menor fugado de un centro de reforma tras un permiso de salida. La evolución del menor no era lo suficientemente favorable para garantizar el buen uso del permiso.

SAP Baleares, sec. 2ª, nº 157/2020, de 15-05-2020, Pte.: Jiménez Vidal, Juan de Dios

“...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, 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). 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 ejerzan sobre el menor un control, aunque sea potencial, de su comportamiento. Es imposible en este caso excluir la responsabilidad solidaria de la CAIB cuando el menor se encontraba bajo su guardia y custodia en un centro de reforma y cometió el hecho tras fugarse en el transcurso de un permiso concedido por la institución. La realidad pone de manifiesto que la evolución del menor no era en aquel momento lo suficientemente favorable para garantizar el buen uso del permiso o, como mínimo, no lo era sin adoptar medidas adicionales de control que no se tomaron. Las anteriores generales consideraciones sobre la exégesis e interpretación que cabe hacer de la dicción del artículo 61.3 de la Ley reguladora y que la parte apelante considera indebidamente aplicado, nos ha de llevar a la desestimación del recurso estudiado y confirmación de la resolución recurrida en virtud de la cual la Juez a quo declaró la responsabilidad civil solidaria, juntamente con el menor causante de los daños, a su padre y al titular del centro de reforma en el que se encontraba internado el menor, es decir, a la Comunidad Autónoma. Sin que pueda atenderse a que se le había concedido un permiso de salida por cuanto ello no exime de la responsabilidad legalmente establecida y, además, el menor se había fugado del centro en el transcurso de una salida programada concedida por el centro de menores dependiente de la Comunidad Autónoma a cuya custodia había sido entregado el menor y era el responsable de su seguridad, vigilancia y control. En consecuencia la responsabilidad es compartida por la CAIB con carácter solidario.

Por lo que se refiere a la responsabilidad ya hemos dicho que es cuasi-objetiva y que no cabe excluirla alegando la ausencia de dolo o de culpa grave por parte sujeto responsable o corresponsable. La responsabilidad, esto sí, es moderable alegando y acreditando que el sujeto no ha favorecido con dolo o culpa grave la conducta del menor.

En el presente caso no se ha considerado aplicable por el Juzgador la cláusula contenida en el último inciso del artículo 61.3 LORRPM por cuanto no cabe moderar la responsabilidad del titular del centro. A tal efecto se señala en la sentencia "sin que sea factible rebajar la suma reclamada en cuanto que no se dan las circunstancias legales que permiten dicha moderación (ninguna prueba se ha propuesto al efecto), al haber sido el centro el principal responsable de los actos del menor".

G.- PRESCRIPCIÓN

Cómputo en los supuestos del art. 132.1, párrafo segundo, cuando la víctima es menor de edad. 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. Incluso para delitos leves cuando se ataca la integridad física de la víctima.

AAP Barcelona, sec. 3ª, nº 23/2020, de 07-01-2020, Pte.: Martínez Luna, María del Carmen

“Alega el recurrente que los hechos objeto de este procedimiento están prescritos al atribuirse al menor un delito leve de lesiones y ello por mor de lo dispuesto en el art. 15 LORPM , que el presente expediente se incoó por auto de 30 de noviembre de 2018, tras denuncia de la presunta víctima de 7 de octubre de 2018 y la siguiente resolución judicial dictada es el auto de 23 de septiembre de 2019 a través del que se abre trámite de audiencia y se emplaza a las partes para formular escrito de alegaciones, por lo que han pasado once meses sin que se dictase resolución judicial con virtualidad para interrumpir la prescripción.

Cuestiona el razonamiento contenido en el auto resolutorio del recurso de reforma que entiende interrumpida la prescripción hasta la mayoría de edad de la denunciante, pues ello es contrario a la tutela judicial efectiva y al principio de legalidad penal.

Así entiende el recurrente que la prescripción ya se vio interrumpida con la interposición de la denuncia por parte de la víctima en fecha 6 de octubre de 2018 y consiguiente incoación del expediente un mes más tarde y considera que en su caso que podría discutirse la protección de la víctima menor de edad prevista en el CP interrumpiendo la prescripción hasta que no cumpla los dieciocho años si no hubiese ejercitado acción y en todo caso considera inaplicable en este punto el CP por aplicación del principio de legalidad, pues entiende que la postergación del plazo prevista en la legislación de adultos no rige expresamente en menores y devendría su aplicación incoherente con la finalidad de la propia Ley del Menor. Cita la resolución de esta Sala, Rollo 498/2017 de 25 de octubre de 2017, pide la revocación de la resolución recurrida, se acuerde el sobreseimiento libre y archivo del expediente por prescripción.

El Ministerio Fiscal se opone al recurso, por entender que la víctima es menor de edad, y que no se computaría el plazo de prescripción hasta la mayoría de edad de la víctima.

El auto resolutorio del recurso de reforma desestima la petición de que se declare prescrito el delito, por tratarse de víctima menor de edad, delito comprendido en el art. 132 CP y así se dice "cuando la víctima fuere menor de edad y aunque se hubieren practicado actuaciones penales y existiere ya un procedimiento incoado contra el presunto autor, el término de la prescripción deberá computarse desde el día en que aquella haya alcanzado la mayoría de edad, lo que en el presente caso se produjo el 8-7-2019, por lo que debe desestimarse la excepción invocada"

En primer lugar hemos de precisar que la sentencia de esta Sala que cita el recurrente, no es de expresa aplicación al caso que nos ocupa, pues no efectúa análisis de la prescripción en el concreto supuesto en el que la víctima sea menor de edad.

Así, 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 día a quo del plazo de prescripción.

Así tratándose de un delito leve de lesiones, en el que la presunta víctima es menor de edad, habiendo alcanzado la mayoría de edad el 8-7-2019 en el

momento de dictarse el auto de apertura de audiencia el 23 de septiembre de 2019 el delito no está prescrito, y ello por mor de lo dispuesto en el art. 132 CP. Por 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. Y si bien también hemos dicho".. 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"

No es menos cierto que en este caso si existe ataque a la integridad física, permite aplicar la doctrina de esta Sala, por todas, rollo 413/2018, de 1 de octubre de 2018 que dice"Consideramos que, de entrada, no está de más dejar constancia de la necesidad de lege ferenda , de que el Legislador regule adecuadamente el 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 elart. 132 CPatribuye 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 delart. 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."

Se revoca auto de prescripción, estimando que el auto de incoación de expediente de reforma, aunque la víctima sea mayor de edad, interrumpe la prescripción si realiza una identificación subjetiva y objetiva del objeto del expediente. Además, el decreto de conclusión del expediente del Fiscal

tiene también eficacia interruptiva, al ser una actuación esencial y no de mero trámite.

AAP Barcelona, sec. 3ª, nº 391/2020, de 14-05-2020, Pte.: Rueda Soriano, Yolanda

“...El recurso debe ser estimado. Y ello por cuanto el auto de incoación del expediente de fecha 11 de octubre de 2018 tiene efectos interruptivos de la prescripción toda vez que cumple con las exigencias que en cuanto a la concreción subjetiva y motivación de la indiciaria imputación ha venido requiriendo la sala para dar efecto interruptivo a la resolución judicial dictada por disposición del artículo 16.3 de la LORPM . Como dijimos en el Rollo 719/2006: "Como hemos dicho en reiteradas resoluciones y constituye el fundamento del criterio seguido en materia de prescripción, es precisamente la falta de intervención del Juez en la fase de instrucción lo que dificulta que éste pueda efectuar la motivación de la imputación delictiva dictando la resolución judicial motivada a la que se refiere el artículo 132.2 del CP con vocación interruptiva del plazo de prescripción. Pero dicha dificultad no equivalente a imposibilidad... no ha impedido que en determinadas condiciones y con las mínimas exigencias motivadoras, hayamos reconocido dicho efecto interruptivo cuando al dar cuenta al Juzgador de la incoación del expediente, éste al dictar el auto al que le compele el artículo 16.3 de la LORPM , concreta subjetivamente y de una forma motivada, siquiera por remisión al escrito presentado por el Ministerio Fiscal y con supervisión de los motivos de imputación, el objeto del procedimiento, dictando así una resolución que además del contenido estrictamente legal contiene, como decimos una imputación motivada de hechos que atribuidos a una concreta persona menor de edad convenientemente identificada surte, cumpliendo las exigencias del artículo 132.2 del CP, el perseguido efecto interruptivo.

Y analizados bajos tales parámetros los concretos términos del auto dictado en el presente expediente en fecha 11 de octubre de 2018, observamos que el mismo cumple mínimamente tales exigencias y puede desplegar por ello el efecto interruptivo. De esta forma, el propio auto contiene la identificación subjetiva y objetiva del objeto del expediente remitiéndose asimismo al decreto de incoación del expediente que contiene una descripción sucinta de los hechos. Por tanto desde la fecha de comisión de los hechos - 25 de junio de 2018- hasta el 25 de junio de 2019 sí se han producido actos interruptivos siendo el más significativo el auto de incoación del expediente de 11 de octubre de 2018.

Hay que ver si con posterioridad a dicho auto -11 de octubre de 2018- ha transcurrido el plazo de un año de prescripción y, en su caso, si se han practicado actos interruptivos de la misma. Desde el auto de 11 de octubre de 2018, la única resolución judicial dictada de contenido sustancial es el auto que abre el trámite de audiencia de 15 de octubre de 2019, es decir, dictada un año después, habiéndose presentado con posterioridad a dicha resolución escrito de acusación formulado por la acusación particular y escritos de defensa. Sin embargo, el 3 de septiembre de 2019 se dictó decreto de conclusión de fiscalía que hemos dicho en reiteradas ocasiones -Rollo 836/2018- que sí interrumpe, al ser una actuación que se consideran esenciales y no de mero trámite por lo que tienen efectos interruptivos de la prescripción.”

NOTA: La AP de Barcelona sigue fiel a su línea jurisprudencial según la cual el auto de incoación de expediente judicial, en cuanto “resolución de trámite”, no interrumpe la prescripción. Pero en los últimos años ha modulado considerablemente su postura introduciendo importantes matizaciones. Los dos autos anteriores constituyen un buen ejemplo.

Por un lado, la AP precisa que el auto de incoación de expediente de reforma sí puede interrumpir también la prescripción, cuando dicha resolución identifica subjetiva y objetivamente el objeto del expediente, aunque sea por remisión a la relación fáctica contenida en el decreto de incoación de expediente del fiscal.

Del mismo modo y desde hace tiempo, introduce un matiz muy importante cuando la víctima es menor de edad. En estos casos 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.

J.- NULIDAD DE ACTUACIONES

Se declara la nulidad de la sentencia y la audiencia. Compareció sólo uno de los dos menores acusados, que se conformó con hechos, pero no con responsabilidad civil. La sentencia declara probada su participación en los hechos, pero también considera probada la participación del no juzgado y se pronuncia sobre la responsabilidad civil.

SAP Barcelona, sec. 3ª, nº 255/2020, de 25-06-2020, Pte.: Rueda Soriano, Yolanda

“La parte recurrente alega que en la comparecencia celebrada se alcanzó una conformidad sobre la cuestión penal pero no sobre la cuestión civil cuya resolución quedó diferida para una vista posterior, y sin embargo la sentencia se ha pronunciado sobre ella en los hechos probados, conteniendo cuestiones que afectan directamente a la responsabilidad civil solicitada. Interesa la nulidad y que se retrotraigan las actuaciones a la fase de celebración de la Audiencia para para la práctica de la prueba civil.

Procede la estimación del recurso. Visionada la grabación del acto de la comparecencia observamos que eran dos los menores acusados y que solamente uno mostró su conformidad, aceptando el juez la misma. Ya en un principio resulta muy discutible admitir la posibilidad de una conformidad parcial dado que el artículo 697 Lecrim, aplicable supletoriamente a la jurisdicción de menores, establece que si fueran varios los procesados y alguno de ellos no admitiera o no confesara el delito, se procederá a la celebración del juicio. De hecho, el relato de hechos probados de la sentencia recurrida considera probado que los dos menores - Adolfo- y el otro menor todavía no enjuiciado, puestos de común acuerdo y guiados por el propósito de enriquecerse de forma ilícita, se dirigieron a Carlota..... Por lo que está suponiendo la intervención del menor no enjuiciado en los hechos, prejuzgando hechos no juzgados aún.

Pero es que además, en dicha comparecencia se resuelve, ante la falta de conformidad en relación a la cuestión civil por parte de la DGAIA, delegar el

pronunciamiento al juicio del otro menor Plácido, de tal manera que dicho juicio daría lugar a una sentencia resolviendo los hechos atribuidos al menor juzgado Plácido pero también resolviendo sobre hechos relativos a la responsabilidad civil de un menor no juzgado en dicho juicio - Adolfo- porque expresamente el juez de menores manifestó que sería citado como testigo, lo que desde luego ni tiene ninguna base legal e incluso contradice las reglas esenciales del proceso penal consistentes en que no puede ser condenado nadie que no sea juzgado... ..En el caso que nos ocupa, la única solución legal es la celebración del juicio con los dos menores de edad ya que son dos los acusados y que no hay conformidad de ambos.”