

N/REF: Comunicación con Fiscalías nº 89/2021

FECHA: 27 de julio de 2021

ASUNTO: Remisión de repertorio jurisprudencial correspondiente al primer semestre de 2021

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

Madrid, a 27 de julio de 2021

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.

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. En ocasiones, algunos de esos pronunciamientos judiciales van seguidos de una “nota” en negrita, comentando

brevemente las razones de la discrepancia, siempre desde el más absoluto respeto a las decisiones de la judicatura.

Cabe destacar en este resumen la STS (Penal Pleno), nº 314/2021, de 15-04-2021. Aunque propiamente no afecte a menores, se incluye en esta selección y se transcribe en buena parte, a pesar de su extensión, por su indudable interés. Tal interés reside en que sienta definitivamente la responsabilidad penal de los padres o guardadores, como autores mediatos del delito del art. 384.2 CP, de conducir sin permiso, en los casos en que voluntariamente dejan a sus hijos (aun de edad inferior a 14 como es el caso) sus vehículos para que conduzcan. La necesidad de remitir testimonios por la posible responsabilidad penal de los progenitores se recogió en la Conclusión I.-10ª de las Jornadas de Fiscales Delegadas/os de octubre de 2011.

Puede resaltarse también la SAP Salamanca, sec. 1ª, nº 68/2020, de 26-11-2020, que confirma la condena del Juzgado de Menores en un caso de “sexting”. La sentencia tiene una estimable relevancia en esta jurisdicción debido a la proliferación de este tipo de comportamientos entre menores, que apenas dan trascendencia a tales conductas. Se aplica por la AP de Salamanca la doctrina interpretativa fijada en STS, Sala 2ª, nº 70/2020, de 24 de febrero, que sale al paso de ciertas interpretaciones que consideraban atípica la conducta cuando la víctima facilita o envía voluntariamente las imágenes al autor de los hechos al considerar, interpretando estrictamente la literalidad del precepto, que “no obtenía” las imágenes. Por tal motivo ya habíamos recogido aquí alguna sentencia absolutoria anterior de la que discrepábamos (SAP Navarra, sec. 1ª, nº 165/2018, de 26-06-2018: vid resumen jurisprudencia segunda mitad de 2018 y la nota a la que nos remitimos)

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 esta nueva selección pueda ser de interés y **con el ruego de que sea difundida entre los miembros de la Sección**, aprovecho la ocasión para enviarte un muy cordial saludo.

Fdo. Eduardo Esteban Rincón

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

ILMAS/ILMOS. SRAS/SRES. FISCALES DELEGADAS/OS 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.- III. 11 DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD VIAL
- 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 SOBRESEIMIENTO
- B.- VII. DECLARACIÓN DEL INVESTIGADO
- B.- VIII. SECRETO DE LAS COMUNICACIONES
- B.- IX. DOBLE JURISDICCIÓN
- B.- X. ABSTENCIÓN/ RECUSACIÓN POR HABER PARTICIPADO EL JUEZ DE MENORES EN LA INSTRUCCIÓN
- B.- XI. SOBRESEIMIENTO
- B.- XII. INTERVENCIÓN DEL EQUIPO TÉCNICO
- B.- XIII. ACUSACIÓN PARTICULAR EN INSTRUCCIÓN
- B.- XIV. DILIGENCIAS PROBATORIAS DENEGADAS POR EL FISCAL

C.- FASE DE AUDIENCIA

C.- I. PRUEBA

C.- I. 1 DECLARACIONES DE LOS COIMPUTADOS

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

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

C.- II. CELEBRACIÓN EN AUSENCIA

C.- III. CAMBIO EN LA CALIFICACIÓN PENAL

C.- IV. SUPUESTOS EN LOS QUE PREEXISTE UNA SENTENCIA

CONDENATORIA PARA ADULTOS COIMPUTADOS: VINCULACIÓN

C.- V. DERECHO A LA ÚLTIMA PALABRA

C.- VI. ACUSACIÓN PARTICULAR EN AUDIENCIA

C.- VII. TESTIGOS PROTEGIDOS

C.- VIII. PROTECCION DE TESTIGOS MENORES. PRECONSTITUCIÓN DE PRUEBA.

C.- IX. PERICIAL CREDIBILIDAD TESTIMONIO

C.- X. CONFORMIDADES

C.- XI. CONDENA EN COSTAS

D.- FASE DE EJECUCIÓN

D.- I. QUEBRANTAMIENTO DE MEDIDA

D.- II. EXPULSIÓN

D.- III. PERMISOS DE SALIDA

D.- IV. INGRESO EN CENTRO PENITENCIARIO

D.- V. ACUMULACIÓN

D.- VI. SUSPENSIÓN DE CONDENA

D.- VII. INDULTO

D.- VIII. SUSTITUCIÓN AGRAVATORIA DE MEDIDAS

D.- IX. MODIFICACIÓN, CANCELACIÓN O SUSTITUCIÓN ORDINARIA

E.- RESPONSABILIDAD CIVIL

E.- I. CUESTIONES PROCESALES

E.- I. 1 POSICIÓN DE LAS ASEGURADORAS

E.- I. 2 PRUEBA

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

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

E.- I. 5 PREJUDICIALIDAD

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

E.- II. CUESTIONES SUSTANTIVAS

E.- II. 1 RESPONSABILIDAD CIVIL DE COMUNIDADES AUTÓNOMAS

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

E.- II. 3 MODERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

E.- II. 4 CUESTIONES RELATIVAS A LA APLICACIÓN DEL BAREMO

E.- II. 5 REPARACIÓN, RESTITUCIÓN E INDEMNIZACIÓN

E.- II. 6 SUJETOS RESPONSABLES. SOLIDARIDAD

E.- II. 7 PADRES SEPARADOS O DIVORCIADOS

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

- F.- RECURSOS**

- G.- PRESCRIPCIÓN**

- H.- DERECHOS FUNDAMENTALES**

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

- J.- NULIDAD DE ACTUACIONES**

A.- I. MEDIDAS

A.- II. REGLAS DE DETERMINACIÓN DE LAS MEDIDAS

A.- II. 2 DELITOS DE MÁXIMA GRAVEDAD

Condena a un menor de 15 años por un delito continuado de exhibicionismo, dos delitos de abuso sexual a menor de 16 años, dos delitos de agresión sexual a menor de 16 años en grado de tentativa y un delito leve de coacciones.

La medida de cinco años de internamiento en centro cerrado y tres de libertad es adecuada y ajustada a derecho, aunque la Sala la rebaja a cuatro de internamiento y dos de libertad vigilada, por razones de proporcionalidad, al haber retirado el Fiscal algunas acusaciones sin modificar la medida inicialmente pedida.

SAP Murcia, sec. 2ª, nº 78/2021, de 24-03-2021, Pte.: Morales Limia, Augusto

“... de los siete hechos por los que venía acusado el menor infractor el Ministerio Fiscal retiró la acusación respecto a alguno de ellos, condenándose al final por seis hechos diferentes, todos ellos contra la libertad e indemnidad sexual y otro leve de coacciones, entiende la parte recurrente que la pena (medida educativa) a imponer no debería ser la misma que la solicitada inicialmente por todo el conjunto de hechos y calificaciones jurídicas realizadas provisionalmente.

En este sentido, la sentencia de instancia explica perfectamente en su fundamento de derecho segundo las peculiaridades de la jurisdicción penal de menores a la hora de imponer una o varias medidas al menor infractor y las razones por las que se le imponen en este caso concreto las de internamiento en centro cerrado por cinco años y libertad vigilada por otros tres. Y aunque haremos después alguna precisión o matización reductora en base a dicho argumento, la clave está en comprender el verdadero alcance y significado de la jurisdicción penal de menores, que no funciona igual que la de adultos. Tiene reglas distintas, aunque ambas jurisdicciones se construyan a partir de leyes penales y leyes procesales penales.

Como quiera que no estamos ante penas propiamente dichas sino ante medidas de corte mixto sancionador-educativo que atienden fundamentalmente al principio del superior interés del menor - entendido este no como un privilegio de dicho menor sino como el mecanismo necesario que ha de velar por su propio beneficio rehabilitador-educativo y social -, es evidente que la medida o medidas educativas a imponer se acaban fijando de una manera mucho más global a como se hace en la jurisdicción penal de adultos en que es necesaria siempre la individualización absoluta en función de cada hecho o delito por el que se condena teniendo en cuenta las distintas circunstancias concurrentes en cada uno de ellos. En cambio, aunque a veces cueste entenderlo, en esta jurisdicción especializada y especial, necesariamente, junto al hecho o hechos cometidos y su posible gravedad o reiteración de conductas ilícitas, se han de valorar las circunstancias personales, familiares, sociales, educativas, formativas o de

ambiente que rodean al menor (que no se utilizan en la jurisdicción penal de adultos pues de acudirse a ellas se caería en el proscrito derecho penal de autor), y que condicionan fuertemente, al tiempo de la comisión de hechos, la personalidad de ese menor infractor, su formación presente y futura y su propio desarrollo personal que está precisado de un proceso de aprendizaje especial dado que es capaz de cometer delitos, proceso resocializador-educativo que llevan a cabo profesionales de la educación, de la psicología o del trabajo social, entre otros, y que se construye siempre a partir del preceptivo informe que emite el Equipo Técnico, buscando así el mejor desarrollo personal futuro del menor infractor. Para que se entienda: en la jurisdicción especial de menores lo relevante es el proceso educativo que ha de seguirse con el menor infractor, y el vehículo o instrumento que se utiliza para ello es la comisión por su parte de hechos delictivos (que acredita la necesidad de intervenir educativamente con él); eso sí, hechos que han de estar debidamente acreditados en el acto del audiencia (equivalente al juicio oral), que se llevará a efecto con las garantías esenciales del proceso penal de adultos (a salvo la publicidad) en un proceso diferente y especial propio de esta jurisdicción que difiere, en mucho, del proceso penal de la jurisdicción de adultos. No todas las reglas de la jurisdicción penal de adultos son extrapolables a la de menores; y viceversa.

En este punto, también hay que referirse al informe clínico aportado por la Defensa, que es objeto de específico análisis en la sentencia apelada (fto. derecho 2º, párrafo 8º), y al que se aludió también en la vista, que dice que el menor infractor tiene una testosterona mucho más baja que la propia de su edad. Con independencia de que la sala coincide con las argumentaciones del juez a quo en lo referente a que dicho informe (no impugnado) es contradictorio con el resultado de la prueba personal practicada en el acto de la audiencia (que resulta bastante potente), y a la que el juez a quo, ya se ha dicho, ha preferido otorgar fortísimo valor probatorio en base a sus propias facultades discrecionales, tampoco se aclara por la parte recurrente cómo tendría que jugar, en su caso, dicha circunstancia personal de cara a las medidas impuestas en sentencia al menor infractor.

En este sentido, como también explica el Juez de Menores, en esta jurisdicción especial y especializada las circunstancias agravantes y atenuantes (a salvo las eximentes) no juegan del mismo modo que en la jurisdicción penal de adultos donde cada circunstancia modificativa de la responsabilidad, agravante o atenuante, suele suponer, en su propia medida, una elevación o reducción de la pena final a imponer por cada delito cometido, mientras que en la jurisdicción de menores ha de valorarse toda la situación del menor infractor de una manera conjunta; de un lado, efectivamente, valorando su comisión delictiva, la gravedad del hecho y la posible reiteración de conductas infractoras; del otro, la situación personal, educativa, social y familiar del menor infractor y sus perspectivas reeducacionales futuras, todo ello como un conjunto indivisible buscando dar una respuesta global a una persona que, por su minoría de edad, está todavía formándose y, como ocurre en el caso que nos ocupa, precisa de una intervención socioeducativa potente pues su personalidad y desarrollo personal, con fuerte inclinación a los abusos y agresiones sexuales de niños mucho más pequeños que él (en atención a lo declarado probado), hace necesario que se le someta a un control educativo integral y duradero en el tiempo que pueda servir para que, en el futuro, no se produzcan reiteraciones de este tipo y, en definitiva,

para tratar de lograr un mejor desarrollo personal de dicho menor de cara a su futura reinserción en la sociedad, una vez que sobrepase su mayoría de edad.

En este caso, junto a la propia reiteración y gravedad de hechos, la mayoría de ellos delitos contra la libertad y la indemnidad sexual de unas víctimas muy pequeñas, el juez a quo ha valorado, acudiendo también al informe del Equipo Técnico - experto en otras ciencias sociales ajenas a las propiamente jurídicas - , el "escaso rendimiento académico" de Casimiro, su bajo coeficiente intelectual, su escaso apoyo familiar, no ser un menor integrado socialmente pues no se relaciona con un grupo de iguales sino con niños muy pequeños.

Y, además, las medidas impuestas - internamiento en centro cerrado por cinco años seguido de tres años de libertad vigilada - no sólo responden a la gravedad y reiteración de los hechos cometidos sino a las propias disposiciones contenidas en la LORPM. Pero también a las propias exigencias sociales y personales del menor infractor, debidamente valoradas en la sentencia apelada.

No obstante lo anterior, pese a la muy motivada y razonable sentencia de instancia sobre las medidas que se imponen al menor infractor, resolución plena de aciertos en la definición y explicación de lo que es la jurisdicción de menores, ha habido, a juicio de esta sala, un componente valorativo que no se ha tenido en cuenta en la sentencia de instancia. Nos referimos al " mensaje educativo negativo " que recibe un menor infractor que comprueba que, pese a que las acusaciones iniciales eran más intensas que aquellas otras por las que finalmente se le condena, acaba, sin embargo, imponiéndosele la misma medida ("sanción educativa") que la que le hubiera podido corresponder por la acusación inicial. Esto es difícil de entender por cualquier individuo de tipo medio, mucho más por un menor, y no representa precisamente el avance inicial necesario en el proceso de asunción de la propia responsabilidad que exige su reeducación social. El menor infractor no sólo debe ser reconducido educativamente en caso de comisión delictiva por su parte, buscando siempre la medida más adecuada a sus condiciones personales y a la gravedad o reiteración del hecho, sino que ha de " entender " el proceso que se sigue con él, desde el mismo inicio hasta su finalización, pues de lo contrario se corre el serio riesgo de frustrar unas posibles buenas expectativas educativas de futuro o, al menos, hacer el proceso mucho más complejo.

El proceso penal de menores tiene un específico contenido educativo y resocializador que funciona por sí mismo desde el principio hasta el final del todo, hasta el punto que, desde que el menor toma contacto con la Policía (generalmente, un grupo especializado de menores), el Ministerio Fiscal (también especializado), y el Equipo Técnico (profesionales de las ciencias sociales no jurídicas), siguiendo por el proceso sobre adopción de una posible medida cautelar dictada por el Juez de Menores (especializado), posterior acto de la audiencia, y consiguiente sentencia y ejecución de la misma con fines educativos, caso de condena), es importantísimo, imprescindible, que el menor entienda que se está actuando de una determinada manera porque él ha cometido uno o varios delitos y, además, porque ello es necesario para poder reeducarlo y para que ello no vuelva a pasar, si es posible. Todas las fases, reglas y medidas del procedimiento especial de menores están pensadas para que, desde el mismo inicio de la tramitación hasta el cumplimiento definitivo de la última medida impuesta, el menor infractor reciba una influencia positiva

educativa, de presente y de futuro. Y por eso ha de "comprender" todo lo que se hace y actúa con él. De ahí que también, para poder asumir posteriormente su propia responsabilidad, como parte del proceso resocializador que le corresponde, ha de considerar que la forma con la que se actúa con él no sólo es necesaria sino también razonable; que tiene sentido.

Esta situación no parece fácil de asumir por un menor infractor si, como decimos, se le acusa al principio por más delitos que por los que finalmente se le condena y, en cambio, se le impone la misma medida, con la misma extensión y consecuencias. En estas condiciones difícilmente va a entender, dentro de su proceso formativo, qué es, por ejemplo, la presunción de inocencia, o el principio de culpabilidad, si al final se le impone la misma sanción cualquiera que fuese la acusación inicial.

Por estas razones de la necesaria comprensión de todo el proceso resocializador-educativo que ha de seguirse con el menor infractor (Casimiro), coincidiendo con el juez a quo que en el caso que nos ocupa estamos ante conductas graves y reiteradas (de haber sido mayor de edad, las penas resultantes hubieran sido muy altas), que precisan de una potente y duradera intervención educativa, pero al mismo tiempo conciliando eso con el imprescindible entendimiento de todo lo que se actúa sobre su persona, la sala considera oportuno reducir en un año tanto la medida de internamiento en centro cerrado como la medida de libertad vigilada que ha de seguir a continuación.

Un período total de seis años de intervención educativa (cuatro de internamiento, dos de libertad vigilada) es suficientemente duradero e intenso - sin perjuicio de las modificaciones que pudieran hacerse en ejecución de sentencia en atención a la buena evolución del menor - para que se pueda trabajar con él, desde las ciencias sociales no jurídicas y con el necesario control judicial de la fase de ejecución, con un proyecto educativo serio y adecuado a sus condiciones personales y sociales.

En este punto concreto se estima parcialmente el recurso."

A.- II. 3 PROPORCIONALIDAD

Proporcionalidad de la medida impuesta, doce meses de internamiento en centro semiabierto, al delito menos grave de hurto y a las circunstancias y conductas del menor, valorándose como factor de riesgo muy importante la pertenencia del mismo a una banda organizada.

SAP Madrid, sec. 4ª, nº 107/2021, de 29-03-2021, Pte.: Hervás Ortiz, José Joaquín

"Igual suerte adversa debe correr el motivo de recurso con el que se viene a cuestionar la medida de doce meses de internamiento en régimen semiabierto, siendo los tres últimos meses de libertad vigilada, que ha sido impuesta al menor Maximo., pretendiendo la parte apelante, en la vista celebrada ante este Tribunal, que fuera sustituida por una medida de libertad vigilada. Y ello teniendo en cuenta lo informado en dicha vista por las respectivas representantes del Equipo Técnico y de la Entidad Pública.

En este sentido, la representación del Equipo Técnico informó de que el menor, en el área familiar, no tiene factores de protección, en el sentido de que la familia

es incapaz de sostener un proyecto de apoyo al menor, haciendo este último una vida independiente y llegando a estar ausente varios días del hogar familiar, sin que el padre consiga reconducir la conducta del menor, lo que imposibilita la aplicación de una medida de libertad vigilada, que requiere un mínimo de contención familiar.

Afirmó también la representante del Equipo Técnico que el menor pertenece a una banda organizada y que ello constituye un factor de riesgo muy importante del que es necesario alejarle, añadiendo que se inició en el consumo de tóxicos sobre los diez u once años de edad y que tiene en la actualidad diecisiete años, lo que ha dado lugar a cierta habitualidad en ese consumo y permite afirmar que va a ser necesario bastante tiempo para que deje de consumir.

Sigue diciendo la citada representante que la presencia de esos factores de riesgo exige la intervención sobre el menor desde un ambiente de mucha contención y que, además, tales factores han dado lugar a que el menor abandone completamente la formación, llevando casi dos años sin realizar actividad formativa alguna.

Se destaca también la negativa evolución de una medida de libertad vigilada anterior que viene cumpliendo y se afirma que incluso se presentarían dificultades para el cumplimiento de una medida de internamiento en régimen semiabierto, añadiendo que tiene varios expedientes abiertos por haber quebrantado medidas, toda vez que se han dado situaciones de no retorno en internamiento semiabierto y ha tenido que ser reingresado por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Por su parte, en la misma línea se pronunció la representante de la Entidad Pública en la vista celebrada ante este Tribunal, afirmando que está siendo muy difícil trabajar con el menor en medio abierto, pese a que se le han ofrecido todo tipo de recursos en el desarrollo de la medida de libertad vigilada que viene cumpliendo, tanto formativos como de apoyo psicológico y de actividades y tareas socio-educativas, a fin de intentar paliar los factores de riesgo que presenta, sin que haya introducido ningún cambio en su estilo de vida, esgrimiendo todo tipo de excusas para no abandonar el consumo y para no iniciar una actividad formativa o laboral. Y se concluye afirmando que no tiene sentido continuar con la medida de libertad vigilada, teniendo en cuenta que dicha medida se inició el 24 de febrero de 2020 y que, por tanto, han pasado muchos meses sin que haya tenido efectividad alguna.

De todo lo expuesto se sigue que resulta procedente, proporcionada, adecuada y necesaria al interés del menor la medida cautelar que ha sido impuesta por el Juzgado, sin que en el recurso se invoquen razones del suficiente peso como para alcanzar conclusión distinta y sin que puedan considerarse idónea, a la vista de las circunstancias del menor expuestas por el Equipo Técnico, otras medidas menos gravosas para su libertad personal, toda vez que no permitirían mantener el necesario control y contención que la situación requiere.”

A.- III. CUESTIONES RELATIVAS A TIPOS CONCRETOS

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

El menor comete el delito del art. 197.7 CP al permitir la difusión del vídeo de contenido sexual, aunque le fuera enviado voluntariamente por la

víctima. Aplicación de la doctrina contenida en STS, Sala 2ª, nº 70/2020, de 24 de febrero: el núcleo de la acción típica consiste, no en obtener sino en difundir imágenes que afecten gravemente a la intimidad de la víctima, aunque se obtuviesen con su aquiescencia.

SAP Salamanca, sec. 1ª, nº 68/2020, de 26-11-2020, Pte: Borjabad García, María del Carmen

“Teniendo en cuenta la valoración que de las pruebas se efectúa por el Juez de Menores en la sentencia apelada, concluye que los hechos que declara probados son subsumibles en el artículo 197.7 del Código Penal, pues alcanza la convicción, tras quedar acreditada la existencia del envío del vídeo con evidente contenido sexual, grabado por la denunciante y enviado por ésta voluntariamente a Juan, que éste permitió que dichos vídeos fueran vistos y grabados por otras personas, lo que permitió que finalmente se difundiera el vídeo. El menor compartió la visión de dichos vídeos íntimos que le había mandado María Rosa y permitió incluso que los mismos se grabaran en otros teléfonos móviles.

Debemos de efectuar un breve análisis del artículo 197.7 del Código Penal que recientemente ha sido analizado en sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero del 2020, ponente D. Manuel Marchena, cuyos razonamientos son de entera aplicación al caso enjuiciado, en atención a las alegaciones que se contienen en el recurso de apelación.

“El art. 197.7 del CP ha sido, desde su introducción por la reforma operada por la LO 1/2015, 30 de marzo, un precepto controvertido. Su valoración enfrenta a quienes consideran que se trata de un tipo penal indispensable para evitar clamorosos vacíos de impunidad -sexting o revenge porn- y aquellos otros que entienden, por el contrario, que la descripción del tipo vulnera algunos de los principios informadores del derecho penal.

La experiencia enseña la existencia de amantes despechados que se vengan de su pareja mediante la difusión de imágenes que nunca fueron concebidas para su visión por terceros ajenos a esa relación. Algunos de esos casos, por una u otra circunstancia, obtuvieron especial relevancia mediática en nuestro país. De hecho, nadie cuestiona que el deseo de dar respuesta a ese tipo de sucesos está en el origen de la reforma de 2015. La sociedad no puede permanecer indiferente -se razona- a la difusión intencionada de imágenes conectadas a la intimidad y que, una vez incorporada a una red social, multiplican exponencialmente el daño generado a la intimidad de una persona que sólo concebía un destinatario para su visión.

Pero esta justificación pragmática no convence a quienes consideran que la reparación de la intimidad vulnerada, cuando la imagen ha sido obtenida con pleno consentimiento de quien luego se convierte en víctima, debería obtener mejor acomodo fuera del ámbito del derecho penal. Se ha dicho que la tipificación de esta conducta supone la introducción de un insólito deber de sigilo para toda la población, convirtiendo a los ciudadanos en confidentes necesarios de los demás respecto de personas que han decidido abandonar sus expectativas de intimidad en relación con grabaciones o imágenes propias que son cedidas voluntariamente a terceros.

Esta Sala, aun consciente de esas dificultades, no puede limitarse a optar sin reservas por una u otra de las alternativas. Y si bien es cierto que predominan

los supuestos de difusión de imágenes de marcado carácter sexual, también lo es que el precepto no identifica la conducta típica con ese contenido. El art. 197.7 alude a contenidos cuya divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal. La esfera sexual es, desde luego, una de las manifestaciones de lo que se ha denominado el núcleo duro de la intimidad, pero no es la única. En definitiva, nuestro papel como órgano de casación no es otro que verificar si el juicio de subsunción que ha llevado en la instancia a la condena de Pedro Francisco como autor de un delito contra la intimidad, se ajusta a las exigencias que impone un juicio de tipicidad formulado con respeto a los principios de legalidad y taxatividad. Y no es ésta, desde luego, tarea fácil. La defectuosa técnica jurídica que inspiró la redacción del precepto dificulta la exégesis. Basta reparar en el sabor tautológico del último inciso del art. 197.7, en el que se alude a la «intimidad personal de esa persona», como si existiera una intimidad no personal y, por tanto, devinculada de una persona.

La acción nuclear consiste en difundir imágenes «obtenidas» con el consentimiento de la víctima en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros. El vocablo «obtener» -según el diccionario de la RAE- es sinónimo de alcanzar, conseguir, lograr algo, tener, conservar y mantener. Resulta muy difícil sostener que cuando esas imágenes se remiten por la propia víctima y se alojan en el móvil del destinatario, en realidad, no se consiguen, no se logran, no se tienen, no se conservan o no se mantienen.

La obtención de las imágenes o grabaciones audiovisuales que, en todo caso, ha de producirse con la aquiescencia de la persona afectada, puede tener muy distintos orígenes. Obtiene la imagen, desde luego, quien fotografía o graba el vídeo en el que se exhibe algún aspecto de la intimidad de la víctima. Pero también obtiene la imagen quien la recibe cuando es remitida voluntariamente por la víctima, valiéndose para ello de cualquier medio convencional o de un programa de mensajería instantánea que opere por redes telemáticas. Es cierto que el art. 197.7 exige que estas imágenes hayan sido obtenidas «...en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros». Pero esta frase no añade una exigencia locativa al momento de la obtención por el autor. Lo que busca el legislador es subrayar y reforzar el valor excluyente de la intimidad con una expresión que, en línea con la deficiente técnica que inspira la redacción del precepto, puede oscurecer su cabal comprensión, sobre todo, si nos aferramos a una interpretación microliteral de sus vocablos. El domicilio, por ejemplo, es un concepto que si se entiende en su significado genuinamente jurídico (cfr. art. 40 del Código Civil), restringiría de forma injustificable el ámbito del tipo. Imágenes obtenidas, por ejemplo, en un hotel o en cualquier otro lugar ajeno a la sede jurídica de una persona, carecerían de protección jurídico-penal, por más que fueran expresión de una inequívoca manifestación de la intimidad. Y la exigencia de que la obtención se verifique «...fuera del alcance de la mirada de terceros», conduciría a excluir aquellos supuestos -imaginables sin dificultad- en que la imagen captada reproduzca una escena con más de un protagonista. No podemos aferrarnos, en consecuencia, a una interpretación ajustada a una defectuosa literalidad que prescindiera de otros cánones hermenéuticos a nuestro alcance. El núcleo de la acción típica consiste, no en obtener sino en difundirlas imágenes - obtenidas con la aquiescencia de la víctima- y que afecten gravemente a su intimidad.

Pero es indispensable para acotar los términos del tipo excluir a terceros que son extraños al círculo de confianza en el que se ha generado el material gráfico o audiovisual y que obtienen esas imágenes sin conexión personal con la víctima. La difusión encadenada de imágenes obtenidas a partir de la incontrolada propagación en redes telemáticas, llevada a cabo por terceros situados fuera de la relación de confianza que justifica la entrega, queda extramuros del derecho penal.

En palabras del Fiscal, sujeto activo es aquél a quien le es remitida voluntariamente la imagen o grabación audiovisual y posteriormente, sin el consentimiento del emisor, quebrantando la confianza en él depositada, la reenvía a terceros, habitualmente con fines sexistas, discriminatorios o de venganza. Este es, además, el criterio de la Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 3/2017.

Tampoco puede identificarse la Sala con el argumento esgrimido por el recurrente -con algún apoyo dogmático- de que fue la propia víctima la que creó el riesgo de su difusión, remitiendo su propia foto al acusado a través de un programa de mensajería telemática. Ese razonamiento, llevado a sus últimas consecuencias, puede llegar a justificar la lesión en bienes jurídicos del máximo valor axiológico. Basta para ello formular un juicio de reproche dirigido a la víctima, por no haber sabido defender con vigor sus propios bienes jurídicos. Las consecuencias derivadas de esta visión -piénsese, por ejemplo, en los delitos contra la libertad sexual o contra el patrimonio- hacen inaceptable esta línea de razonamiento.

Quien remite a una persona en la que confía una foto expresiva de su propia intimidad no está renunciando anticipadamente a ésta. Tampoco está sacrificando de forma irremediable su privacidad. Su gesto de confiada entrega y selectiva exposición a una persona cuya lealtad no cuestiona, no merece el castigo de la exposición al fisgoneo colectivo.

El art. 197.7 exige que el soporte gráfico o audiovisual se haga llegar a una pluralidad de personas. Así se desprendería de la expresión «...revele o ceda a terceros», utilizando el plural.

Así como el vocablo difundir ha de entenderse como sinónimo de extender, propagar o divulgar a una pluralidad de personas, las expresiones revelar o ceder son perfectamente compatibles con una entrega restringida a una única persona. El requisito de la difusión quedó cumplido cuando, sin autorización de la afectada, se inició la cadena de difusión, siendo indiferente que la imagen sea remitida a una o más personas. Resulta contrario a las reglas de la lógica y a la intención del legislador, la exigencia de una difusión masiva en redes sociales de uso generalizado o la difusión simultánea a más de una persona por parte del receptor de las imágenes.”

NOTA: La sentencia tiene indudable interés en esta jurisdicción debido a la proliferación de este tipo de comportamientos entre menores, que apenas dan trascendencia a tales conductas. Se aplica por la AP de Salamanca la doctrina interpretativa fijada en STS, Sala 2ª, nº 70/2020, de 24 de febrero, que sale al paso de ciertas interpretaciones que consideraban atípica la conducta cuando la víctima facilita o envía voluntariamente las imágenes al autor de los hechos al considerar, interpretando estrictamente la literalidad del precepto, que “no obtenía” las imágenes. Por tal motivo ya

habíamos recogido aquí alguna sentencia absolutoria anterior de la que discrepábamos (SAP Navarra, sec. 1ª, nº 165/2018, de 26-06-2018: vid resumen jurisprudencia segunda mitad de 2018 y la nota a la que nos remitimos)

A.- III. 11 DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD VIAL

Responsabilidad penal del padre de un niño, de ocho años de edad, al que le deja su coche para que lo conduzca por una vía pública mientras lo graba en vídeo. Autoría mediata del progenitor del delito del art. 384.2 CP.

STS (Penal Pleno), nº 314/2021, de 15-04-2021, rec. 1883/2020, Pte.: Magro Servet, Vicente

“Debemos destacar, en primer lugar, que el recurso tiene interés casacional, habida cuenta la necesidad de fijación de criterio al respecto en cuanto a la interpretación del alcance típico, antijurídico, culpable y punible de conductas que giran sobre el art. 384.2 CP, tanto cuando se trata de mayores de edad, como en este caso de menores de edad, en conductas de ayuda relevante perpetradas por el padre, o tercero, que coadyuve directamente con el conductor en la conducción ex art. 384 CP.

Por ello, ante la diversidad de criterio que pueda existir al respecto, y la necesidad de cumplir la unificación de criterios que conlleva el análisis casacional por la vía del art. 847.1 b) LECRIM ex art. 849.1 LECRIM por infracción de ley, en este caso del art. 384.2 CP en cuanto afecta al cooperador necesario que coadyuva y permite la comisión del delito por "facilitar, ayudar y permitir la comisión" de este delito exige de pronunciamiento casacional.

Así, la división en este sentido entre las Audiencias Provinciales existe. Por ejemplo, quienes descartan la responsabilidad penal en estos casos de cooperación a la comisión del delito del art. 384 CP (Audiencia Provincial de Navarra, Sección 1ª, Sentencia de 21 Oct. 2011, Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1ª, Sta. de 9-3-2010, no 23/2010, entre otras) frente a las que afirman la concurrencia de responsabilidad penal (Audiencia Provincial de Madrid, Sección 2ª, Sentencia de 7 Jun. 2011, rec. 132/2011, Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Valencia, de fecha 16-11-2009, Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 1ª, Sentencia de 1 Mar. 2011, Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 3ª, Sentencia de 19 Mar. 2013, rec. 718/2012 y sentencias de 6 de octubre de 2.000 (A.P. de La Coruña), 12 de abril de 2010 (A.P. de Sevilla); S. 14-6-2010 (A.P. de Málaga, S. 29-11-2010 y 10-6-2011 A.P. de Valencia, entre otras, siendo este último criterio mayoritario).

Incluso, este mismo caso fue tratado en la sentencia de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Valencia, de fecha 16-11-2009, que sí admite esta forma de participación. En este caso se trataba de un menor de trece años, hijo del acusado, el que llevaba el vehículo, con el peligro que ello comportaba, tanto para el menor como para los usuarios de la vía, entendiéndose que la actitud del acusado fue determinante al consentir que el menor condujera el vehículo, y que debía ser incluida en el art. 28 b) del Código Penal como colaborador necesario, al consentir que su hijo de trece años condujera el vehículo. De esta tesis

participan las Fiscalías de Seguridad Vial, como las de Sevilla, Extremadura y Málaga, que admiten la posibilidad de condenar al propietario, no conductor, que presta el vehículo a quien no tiene permiso o licencia, conociendo dicha circunstancia, en concepto de cooperador necesario.

Por ello, la circunstancia de que se trate el autor directo de menor de edad no desnaturaliza el interés casacional, porque permite el acceso a la casación para unificar la doctrina sobre este tipo penal en estos casos, aunque en este caso lo sea menor de edad.

Pues bien, al plantearse el recurso por infracción de ley ex art. 849.1 LECRIM es preciso destacar que el cauce casacional elegido implica la aceptación de los hechos declarados probados en la sentencia impugnada...

Pues bien, se recoge en la sentencia del juzgado de lo penal en el resultado de hechos probados que:

"Se declaran expresamente probados los que a continuación se relacionan: Sobre las 17:50 horas del día 28 de agosto de 2019 el acusado Pedro Antonio permitió a su hijo de ocho años de edad conducir el vehículo de alquiler matrícula....., propiedad de la empresa DIRECCION001, por la AVENIDA000, estacionamiento de marina civil, zona de aglomerado asfáltico abierta a todos los usuarios dando el menor varias vueltas mientras el acusado le grababa desde el exterior del vehículo".

Es condenado por la vía del art. 384.2 CP como cooperador necesario...

... La responsabilidad penal del padre es absoluta, en tanto en cuanto no se trata tan solo de que haya descuidado la vigilancia del menor para que éste no utilice el vehículo, sino que le ha ayudado a ello. El recurrente lleva a cabo una conducta activa de forma mediata a la ejecución del delito como aquí ha ocurrido, no siendo la irresponsabilidad penal del menor por su minoría de edad un salvoconducto o pasaporte para que el padre que ayuda al menor a coger el vehículo de motor y conducir con él sin permiso de conducir quede, luego, exento de responsabilidad penal, cuando la acción llevada a cabo es típica ex art. 384.2 CP y antijurídica por ello.

El padre no puede escudarse en que el menor es no imputable para ligar su reclamada falta de responsabilidad penal al menor cuando la conducta es típica y antijurídica, y más aún en la individualización del caso, como exponemos. Ha contribuido con su decisiva actuación a la conducción típica del menor, coadyuvando en la comisión del hecho delictivo, con lo que su acción no puede estar exenta de responsabilidad penal, quedando en una mera infracción administrativa. Esto no es admisible.

Además, la conducta del recurrente supone una asunción directa de las posibles responsabilidades civiles que se hubieran derivado de su irregular proceder, ante la posible causación de daños, o lesiones a terceros, de los que tendría que responder ante la compañía de seguros que tuviera que cubrirlos, precisamente por ser determinante su conducta en la contribución causal a que estos hechos dañosos, o lesivos, se hubieran producido, en su caso. Porque no se trató de una conducta aislada individual del menor, sino de una conducción en la que tuvo participación activa y decisiva la contribución del padre para que la conducción del menor del vehículo de motor sin permiso fuera posible.

2.- La posición del recurrente le obligaba a no ejecutar lo que hizo, y, además, de evitar que el menor lo llevara a cabo. Pero su conducta fue activa y colaboradora desde el punto de vista de la necesidad y eficacia relevante de su conducta para que el menor condujera el vehículo sin autorización reglamentaria dada su corta edad.

El art. 384 CP tipifica un delito de peligro abstracto, en el que se considera que la mera actividad de conducir sin la autorización administrativa acreditativa de los conocimientos y habilidades para ello, supone un riesgo o peligro grave para los bienes jurídicos protegidos (vida e integridad física de las personas y seguridad vial), por lo que dicha conducta, aun cuando no se produzca un resultado lesivo concreto es merecedora de sanción penal. Y los colaboradores necesarios en esta conducción serán responsables penalmente. Más en este caso en el que el conductor era un menor y, ante ello, la posición del recurrente emerge como conducta activa de poner todos los medios al alcance por parte de la persona que está detrás, a la persona que está delante, tal y como se construye en la teoría de la autoría mediata, y, sobre todo, en los casos de menor de edad del ejecutante directo del acto.

Además, no se trata de que el menor, por sí mismo, haya llevado a cabo una conducta ilícita con desconocimiento del padre sustrayéndole las llaves, por ejemplo, lo que no sería punible para este último, sino que es este el que la propicia con su acción, ya que es evidente que es él quien le lleva al lugar donde el menor se pone el frente del volante, y es él quien le graba, demostrando una conducta absolutamente colaboradora en la comisión del ilícito penal. No se trata de un descuido, o de una omisión del deber de vigilancia del padre respecto del menor, sino que se trata de una acción coadyuvante a que el menor actúe como lo hizo, conduciendo un vehículo de motor sin permiso de conducir.

Sobre ello apunta la sentencia recurrida que:

"El recurrente facilitó al menor el uso del vehículo de referencia, uso que no hubiera sido materialmente posible sin la intervención del mentado recurrente, ya que fue este el que alquiló el reseñado vehículo para su utilización durante el intervalo temporal en el que tuvieron lugar los hechos ahora objeto de enjuiciamiento, tal y como se constata a partir de la precisa información policial sobre el particular obrante en autos - véanse, en este sentido, los folios 5 y 26 a 28 de las actuaciones - , siendo nuevamente un hecho notorio que el menor de referencia, dada su corta de edad y su correlativa ausencia de capacidad de obrar, no podría haber concertado un vínculo contractual de arrendamiento como que el que, final y materialmente, dio lugar a la indebida utilización del vehículo de referencia."

Le graba mientras conduce el vehículo que le ha dejado, y, además, propiciado conducir, a sabiendas de que su minoría de edad le impide hacerlo por carecer de permiso de conducir.

3.- La circunstancia de que el menor esté exento de responsabilidad penal no impide que el padre, que debió evitar que sucediera el hecho probado, sea el que permite y ayude a que se perpetre, grabando, además, su comisión conduciendo el vehículo de motor, es decir, habiéndole permitido y ayudado el padre a que conduzca como lo hizo.

Hay un elemento clave en este tema, cual es el conocimiento de la inexistencia de permiso de conducir y la decisiva colaboración en que, a sabiendas de esa imposibilidad de conducir, lo haya llevado a cabo.

Y, además, como se expone, la conducta del recurrente es decisiva en la comisión del delito.

4.- Dada la necesaria fijación de unificación de doctrina hay que recordar que, en términos generales, cometido el hecho por imputable penalmente la actuación del tercero iría por la vía de la cooperación necesaria y en el caso concreto por la de la autoría mediata ante la inexistencia de injusto culpable en la conducta del menor inimputable, donde no existe accesoriedad en la conducta del padre, sino autoría mediata.

En términos generales, como hemos expuesto, los partícipes en un delito ajeno, pueden responder (prescindiendo de los inductores - art. 28 a)- como cómplices del art. 29 CP, o como cooperadores necesarios del artículo 28 b), según esa participación haya de considerarse necesaria o no necesaria para la comisión del delito por el autor principal.

Debemos recordar al respecto que la cooperación necesaria, según el art. 28, es un grado de participación que presenta los caracteres propios de la complicidad, pero con una contribución decisiva a la consecución del resultado prohibido por la norma penal. Tiene de común con la autoría la intención, comparte con el mismo la decisión consciente y voluntaria de vulnerar la norma penal con una contribución además decisiva, aunque no es el ejecutor material.

La cooperación necesaria supone la contribución al hecho criminal con actos sin los cuales éste no hubiera podido realizarse, diferenciándose de la autoría material y directa en que el cooperador no ejecuta el hecho típico, desarrollando únicamente una actividad adyacente, colateral y distinta pero íntimamente relacionada con la del autor material, de tal manera que esa actividad resulta imprescindible para la consumación de los comunes propósitos criminales asumidos por uno y otro, o por unos y otros, en el contexto del concierto previo. Así, como se ha expuesto, sería cooperador necesario quien cede el vehículo para su conducción a una persona a sabiendas de que carecía de habitación administrativa para ello y precisamente para conducirlo.

Al respecto hay que matizar que también es preciso diferenciar en la coparticipación en el delito la cooperación necesaria de la mera complicidad. Y así, muchas son las teorías esgrimidas para diferenciar la autoría directa de la cooperación necesaria o de la mera complicidad, tales la de la conditio sine qua non; la del « dominio del hecho » o la de las « aportaciones necesarias para el resultado ». Y, como elementos claves, podemos destacar que:

1. Existencia de consenso: Todas ellas exigen sin embargo un grado más o menos amplio de consenso.

2. Existencia de concierto previo: Todas ellas parten de un concierto previo que incluso puede devenir después en las denominadas participaciones adhesivas que surgen subsequens tras la iniciación y durante el desarrollo del iter criminis. La Sentencia del Tribunal Supremo núm. 988/2007 de 20 noviembre señala que "el cooperador necesario acredita su imprescindibilidad cuando dada la estructura del hecho delictivo se puede sostener, sin vacilaciones, que si retira su aportación, la ejecución es imposible. Por eso, en los casos en los que el titular del vehículo no es el que materialmente comete un acto de permisividad positiva y deja las llaves al que comete el delito y es conocedor de la carencia del permiso de conducir no puede entenderse cometido el delito".

Lo importante, pues, es averiguar si la contribución del titular del vehículo ha sido decisiva para la ejecución del hecho (conducción sin permiso), con actos sin los

cuales éste no hubiera podido realizarse. Por ello, en conductas en las que al titular del vehículo no puede exigírsele una conducta más allá de tratar de evitar que por ejemplo coja las llaves del vehículo una persona que carece de permiso no puede derivársele responsabilidad penal. Pero en este caso, como decimos, no se trató de que el menor le coge las llaves en un descuido, conduce el vehículo y es sorprendido, sino que el recurrente colaboró decisivamente en la comisión del delito.

En estos casos, cuando tratamos de conductor mayor de edad con quien colabora decisivamente el "tercero" que coadyuva para que aquél conduzca, el partícipe ha de actuar con un doble conocimiento:

- a) Ha de conocer todos y cada uno de los elementos objetivos del hecho constitutivo del delito que va a cometer, o se encuentra cometiendo el autor principal, en nuestro caso el del artículo 384 CP; ya que hasta donde llegue ese conocimiento, llegará la responsabilidad criminal del partícipe; y
- b) Ha de conocer también que con su acción auxilia, favorece o hace posible el delito cometido por el autor principal.

Se puede afirmar, así, que la cooperación necesaria del que colabora en que un tercero que no tiene permiso de conducir circule con vehículo de motor concurre cuando lo hacen dos requisitos legales y jurisprudenciales, a saber:

a.- Un requisito de carácter objetivo, consistente en que el propietario facilite el uso del vehículo a motor o ciclomotor, elemento material imprescindible para cometer el delito, al conductor. Y en este caso, tal acto de facilitarlo se produjo por la indisponibilidad del menor de poder acceder a la conducción de un vehículo y precisar de la ayuda del tercero.

b.- Un requisito de carácter subjetivo, que el propietario tenga la constancia de que el usuario no tiene el permiso o licencia necesaria que le habilite para el uso del vehículo, y el conocimiento general de cualquier ciudadano, de que conducir sin él es delito, por lo que su conducta facilita la consumación.

5.- Es posible intervenir en un delito a título de partícipe (cooperador necesario o cómplice) en el delito del art. 384.2 CP.

Si el cooperador sabe que el conductor carece de la preceptiva autorización para conducir, pone a su disposición el vehículo para que lo conduzca, lo que constituye una contribución esencial al delito; es decir, coadyuva a que condujera sin permiso de conducir y pone todos los medios a su alcance para que así sea. Incluso, no se trataría de una mera complicidad, sino propiamente de una cooperación necesaria. Así, respecto a la apreciación de la participación en grado de complicidad, en lugar de estimar la autoría por cooperación necesaria, cabe señalar que ambas figuras tienen en común el carácter accesorio respecto del autor material, diferenciándose en que en la cooperación necesaria la aportación colaborativa resulta esencial para conseguir el resultado prohibido.

6.- No se trató de una mera omisión, sino que colaboró activamente con actos eficaces ejecutivos de despliegue para conseguir la conducción sin permiso.

En cualquier caso, el principio de personalidad de la responsabilidad criminal obliga a descender en cada caso concreto el estudio de las específicas circunstancias que permitan individualizar e identificar la conducta que se reprocha penalmente al acusado en cada procedimiento penal y en este caso no se trató de un descuido o dejadez en la tutela del padre sobre su vehículo, sino una conducta activa de participación decisiva para que el menor, lógicamente sin tener el permiso, condujera el vehículo de motor.

En efecto, el TC en su sentencia 131/87 proclamó «que el principio de la personalidad de las consecuencias jurídico-penales se contiene en el principio de legalidad».

Esta personalidad de la responsabilidad individual ad hoc al caso concreto se evidencia cuando la sentencia recurrida señala que:

"El hoy recurrente permitió a su hijo, a la vista del testimonio prestado por el testigo presencial Prudencio, no solo conducir en solitario sino también hacerlo de forma continuada, ya que, cuanto menos el reseñado menor dio 2 vueltas en solitario al aparcamiento de referencia - mientras el propio recurrente, lejos de mantener un comportamiento de cuidado del menor, se limitaba a grabarlo con un dispositivo electrónico desde el exterior, auto limitándose el propio recurrente así la real posibilidad de auxiliar a aquel en caso de necesidad, además de que, seguidamente el menor, ya acompañado por el recurrente, dio una tercera vuelta al lugar al mando de los vehículos, eso sí, con un apreciable incremento de la velocidad.

Esto evidencia que el caso concreto no pone de manifiesto una inocuidad de la conducta desplegada por el recurrente, sino un absoluto desprecio de sus obligaciones, coadyuvando, favoreciendo, posibilitando y alentando activamente la acción de la conducción sin permiso, obviamente, de un menor de edad de tan solo 8 años.

En definitiva, cabe apreciar, a la vista de lo expuesto, que no estamos en presencia de un mero incidente puntual en el que tiene lugar una leve contravención de la prohibición de referencia -piénsese, por ejemplo, en el supuesto de un progenitor que, en un lugar apartado, permitiera, durante unos segundos, a su hijo mayor de edad accionar los mandos de un vehículo a motor y ello por encontrarse aquel preparando las pruebas para la obtención de la correspondiente licencia de conducción- sino ante un comportamiento especialmente reprochable con la normativa vigente en la materia en el que se permite la actuación en solitario de un menor de corta edad, de manera continuada y en un lugar en el que resulta apta la circulación de vehículos a motor, poniendo así en riesgo de forma total y absolutamente injustificada en riesgo la seguridad colectiva que el precepto penal de referencia tiende a proteger, ya que resulta viable pensar que solo la casual ausencia de personas y/o bienes en las inmediaciones pudiera haber evitado la producción de relevantes menoscabos ya personales, ya materiales dimanantes de la inadecuada conducción de referencia".

Bajo esta premisa, en términos generales, concurrirá la cooperación necesaria en estos casos cuando coexistan en el caso concreto a analizar el elemento subjetivo del tipo: Conocimiento de que el conductor del vehículo no podía conducir por estar privado del permiso, y el elemento objetivo, facilitar y consentir el uso del vehículo. El dato esencial pasaría por determinar si el titular del vehículo, propietario o arrendador, supo con anterioridad y prestó el consentimiento al uso por quien sabía que carecía de permiso.

En estos casos es preciso tener participación efectiva en alguna de las conductas tipificadas. Porque el principio de culpabilidad excluye cualquier tipo de presunción de participación, y que, en última instancia, el mero conocimiento del hecho de no poseer permiso de conducir, o una simple solidaridad pasiva no coadyuvante con el autor no puede ser una cooperación idónea para imputar objetivamente la participación (doctrina de la imputación objetiva).

Y en estos casos un importante sector de la doctrina la define en los delitos de mera actividad no como la imputación jurídica del resultado natural a la acción, sino como "un juicio que permite imputar jurídicamente la realización de la parte objetiva del tipo a su ejecución material", y por consiguiente concluye este relevante sector doctrinal que "también en los delitos de mera actividad la realización del tipo debe suponer la imputación objetiva".

7.- Existe una relevancia de la conducta del titular del vehículo, al facilitarlo al menor, que carece de permiso, ya que sin su decisiva contribución en la obtención del vehículo el menor no hubiera podido disponer del mismo en ningún caso, ya que no hubiera tenido acceso material al vehículo con el que conduce, contribución relevante para que el menor conduzca, debiendo concluirse que, sin su cooperación, el delito no se había cometido. Hay autoría mediata en el caso. Ello se basa en que se aporta el vehículo, sin que el autor, en este caso el menor, no lo hubiera obtenido de otro modo (teoría de los bienes escasos), y pudo impedir el recurrente, como padre, la comisión del delito retirando su concurso (teoría del dominio del hecho) con lo que el menor no hubiera podido llevar a cabo la conducta típica y antijurídica.

La culpabilidad del recurrente es evidente, en tanto en cuanto tenía el claro dominio del hecho de impedir el uso del vehículo al menor, y sin embargo, no lo hace, sino lo contrario, ya que lo facilita y ayuda a que el menor conduzca con una edad, nada menos, que de 8 años, lo que evidencia una absoluta irresponsabilidad de un padre respecto a cómo debe tutelar los intereses del menor, que dada su menor edad era incapaz de darse cuenta del peligro que corría.

La puesta en peligro del menor y de terceros posibles perjudicados fue propiciada directa, no indirectamente por una conducta irresponsable socialmente, pero responsable penalmente. Coadyuvó eficazmente en la conducta de la conducción sin permiso a sabiendas.

Se puede aplicar, también, la teoría de la presunción del conocimiento, señalándose que el conocimiento exigido parece evidente en el ámbito familiar con menores, como aquí ocurre, en relaciones de dependencia laboral y de prestación de servicios. Y así, la participación del propietario o arrendador del vehículo en estos casos colma los requisitos doctrinales y jurisprudenciales para considerarle cooperador necesario, pues sin su decisiva aportación no sería posible cometer el delito por parte del conductor. Su aportación se convierte en un acto necesario en el iter criminis.

Pero es que, incluso, en estos casos, como decimos, hasta podríamos hablar de coautoría, ya que existe acuerdo común anterior a la realización del delito, dominio funcional del propietario o arrendador del vehículo, ya que dispone de las llaves del vehículo y de medios para impedir la conducción del autor: no facilitarle las llaves, por ejemplo. Podrían incluirse aquí los supuestos de la realización de «clases de conducción» privadas, los supuestos de aquel propietario que, para evitar conducir tras ingerir alcohol, permite que conduzca aquél que no posee permiso, etc.

No existiría responsabilidad penal en la situación en la que un padre deja las llaves en la entrada de su inmueble y el menor, sin conocimiento del padre, y sin tener, obviamente, permiso de conducir coge las llaves y utiliza el vehículo de motor, o en la situación en la que una persona le deja la llave de su vehículo a otra sin el conocimiento de que esta persona no tiene el permiso de conducir,

aun cuando vaya con ella de copiloto, o le dejara las llaves sin conocimiento de esta circunstancia y aquél condujera el citado vehículo, es decir en situaciones en donde concurre la falta del elemento subjetivo, o del objetivo, en la conducta desplegada, dado que hemos señalado que la cooperación necesaria exige la concurrencia de ambos elementos, subjetivo y objetivo.

Pero la situación que ocurre en este caso no es la de un padre que con desconocimiento permite y no es consciente que un menor conduzca, sino que, en este caso, colabora de forma decisiva a ello, ya que se lleva al menor en el vehículo y le cede el uso y disposición del mismo en la conducción, grabándole mientras lleva a cabo esta conducta el menor. Acto reprochable penalmente.

En estos casos quien colabora decisivamente con el que conduce participa en la preparación del hecho, proporcionando el vehículo, y en la ejecución del delito, asesorando y apoyando con su sola presencia y experiencia al conductor, aunque en este caso le grababa desde fuera, hay que concluir que ayuda de forma eficaz y ejecutiva en la comisión del delito. No solo no lo impide, sino que colabora en que se lleve a cabo y tiene un claro dominio del hecho.

Debemos recordar, pues, que la autoría mediata, al igual que la autoría inmediata, es una forma de autoría principal. El autor mediato de un delito es el que realiza el tipo legal correspondiente empleando como instrumento a otra persona que actúa de forma inconsciente a la trascendencia penal de lo que está haciendo como se reseña sobre esta forma de autoría.

La cooperación necesaria que se aplica en estos casos cuando el conductor es mayor de edad está ubicada en las modalidades de autor ex art. 28 CP, y en este caso concreto de menor de edad en la autoría mediata. Sabemos, así, que autor es, en primer lugar, aquel que ejecuta por sí solo la acción delictiva completa, el que lleva a cabo solo el tipo del delito. Pero autor también es aquel que se sirve de otro como instrumento, con la circunstancia de que ambos son autores, aunque aplicando una u otra vía de participación según las circunstancias concurrentes y los elementos del caso como aquí se ha explicado, por lo que, al igual que el cooperador necesario, el autor mediato es, sencillamente, autor. De este artículo 28 CP se colige que en el inciso tercero del párrafo primero incluye entre los auténticos autores a quienes realizan el hecho por medio de otro del que se sirven como instrumento, y de ello se deriva que la autoría mediata es aquella en la que el autor no realiza directa y personalmente el delito, sino sirviéndose de otra persona, generalmente no responsable, que es quien lo realiza.

Para realizar el delito, apunta la mejor doctrina, el autor mediato se vale como instrumento de un inimputable, o de una persona a la que se induce a error sobre la ilegalidad de la conducta, por lo que el inimputable no es el autor, sino el que utiliza al inimputable, como aquí ocurre.

Se añade que una característica importante de la autoría mediata es que se exige una relación de subordinación. Es decir, el instrumento debe estar supeditado a la voluntad del hombre de atrás como se predica en la tesis de la autoría mediata. Y esto se debe a que el instrumento actúa sin libertad o sin conocimiento, o padeciendo una situación de inculpabilidad.

Así, se incide por la doctrina en estos casos que si el instrumento actuara voluntariamente, entonces no sería instrumento, sino un autor propiamente, y en estos casos del art. 384.2 CP podríamos apelar, como decimos, a la tesis de la cooperación necesaria en el tercero. Y en casos como el que ahora nos ocupa

se reafirma el uso de la teoría del dominio del hecho como principal concepto teórico que delimita la autoría de la participación delictiva, y en concreto la autoría mediata.

Según la teoría del dominio del hecho, sería autor quien sin intervenir de propia mano es portador del dominio del hecho y se vale de otra persona a quien utiliza como instrumento. Es decir, el autor mediato controla la realización del hecho delictivo, que es lo que en este caso ha ocurrido.

Sostiene, así, la doctrina, que el dominio del hecho se fundamenta en el dominio de la voluntad del que actúa por parte del autor mediato, o aprovechando su propia inimputabilidad, como en este caso ocurre. Es el autor mediato quien hace prevalecer su voluntad sobre el instrumento aunque este sea inimputable.

En cuanto al sujeto que actúa como instrumento, la doctrina distingue las siguientes posibilidades:

a.- El autor mediato se vale de un sujeto que es víctima de un error (supuesto más común).

b.- El autor mediato obliga al inmediato ejercitando en él una presión psicológica (miedo).

c.- El autor mediato usa a un inimputable para la realización del hecho, que es el presente caso.

En estos casos, el sujeto que actúa como instrumento, actúa de forma no culpable o, incluso, por inimputable.

Como estamos recogiendo, se afirma por la doctrina que la figura de la autoría mediata cumple con la finalidad de ampliar el concepto de autor basado tradicionalmente en la ejecución de propia mano del tipo. Y, como sostenemos, de lo dispuesto en el art. 28 CP se desprende que también puede ser autor de un delito quien no ha tomado parte en la ejecución del hecho. Desde una concepción material del injusto, resulta evidente que la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico a título de autor no se puede limitar a la ejecución físico corporal del tipo. El bien jurídico también puede ser directamente lesionado cuando el hombre de detrás realiza el hecho a través de otro.

En este caso concreto el conductor era inimputable, y se afirma en estos casos que la exigencia de ausencia de (plena) responsabilidad jurídico-penal del hombre de adelante (en este caso un menor de edad) como condición necesaria de la autoría mediata del hombre de atrás (el padre que pone los medios al alcance del menor para que conduzca) puede fundamentarse en que cabe aplicar en estos casos la atribución de autoría jurídico-penal. Además, hay que recordar que la comisión mediata ha de ser equiparable a la comisión inmediata para que pueda ser punible, y en el caso presente concurre.

Esta Sala ha admitido la tesis de la autoría mediata en varias sentencias, a saber entre las más recientes:

1.- Tribunal Supremo 507/2019, de 25 de Octubre, donde se admite la autoría mediata para condenar por la vía del art. 144 CP ante supuestos de coacción o amenaza para forzar un consentimiento viciado para abortar y "burlar" los controles de "consentimiento no viciado" hospitalarios.

Estamos ante un supuesto de autoría mediata, en el que las acusadas no se limitan a participar en un hecho ajeno, sino que realizan un hecho propio.

2.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 658/2019 de 8 Ene. 2020, Rec. 10291/2019

Nos encontramos ante un supuesto de autoría mediata o inducción en el que el autor no lleva a cabo el acto de aborto en sí mismo, sino que se lleva a cabo por tercero en centro habilitado al efecto, pero con un consentimiento de la mujer que aparece viciado por el empleo de coacciones o amenazas de acabar con su vida, e influyendo temor y pánico, en el estado en el que la víctima vivía. De esta manera, la mediación ilícita del recurrente conlleva la inducción a la víctima para que con su consentimiento viciado se lleve a cabo un aborto que sin la presión y violencia emocional llevada a cabo por el recurrente sobre la víctima no se hubiera producido el aborto

3.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 353/2020 de 25 Jun. 2020, Rec. 4023/2018

El contenido de ilicitud que lo caracteriza no depende de la realización personal del movimiento corporal que requiere la acción típica, por lo que no cabe excluir de este delito ni la coautoría, ni la autoría mediata, reputándose autor no sólo al que ejecuta personal y físicamente la acción falsaria, sino a todos aquellos que, sin llevarla a cabo materialmente, tienen dominio sobre el hecho

Por ello, en el presente caso se admite esta autoría mediata al existir un dominio del hecho del padre respecto a la conducta desplegada.

8.- En los casos generales en los que el conductor es mayor de edad, existe, además, relevancia penal de la cooperación necesaria en el delito de mera actividad o de peligro. Así, apunta la doctrina a este respecto que la tipicidad objetiva en los delitos de mera actividad consiste en determinar si la conducta realizada está abarcada por el ámbito de lo prohibido normativamente. Para ello debe precisarse si, desde un punto de vista ex ante, una persona media situada en la posición del autor hubiese contado con la existencia de los elementos típicos.

Adicionalmente, en el caso de que se trate de un tipo penal de mera actividad y de peligro abstracto, debe analizarse, igualmente a partir de un punto de vista ex ante, si la conducta es estadísticamente peligrosa. Incluso, si se trata de un tipo de lesión de mera actividad, pudiera estudiarse la relevancia penal de dicha lesión 46.

Por lo tanto, incide la mejor doctrina, para la adecuación típica (objetiva) se toman en cuenta dos aspectos:

a) si desde un punto de vista ex ante un observador objetivo contaría con la existencia de los diversos elementos (objetivos) exigidos por el tipo para su configuración (imputación al autor de las circunstancias típicas fundamentadoras de la conducta prohibida; y

b) si, desde un punto de vista ex ante, la conducta tiene la aptitud de ser peligrosa o lesiva para el objeto del bien jurídico.

Pues bien, se puede concluir que los actos probados del recurrente constituyen una contribución esencial al delito del art. 384.2 CP, porque supone la realización de un acto sin el cual el delito no se hubiera cometido, por lo que es obvio que si no le hubiera dejado el coche no lo hubiera podido conducir, al ser un acto necesario para la conducción el disponer del vehículo, y además le acompañó en dicha conducción, siendo autor del art. 28 CP, aun pese a la inimputabilidad del menor de edad que era el conductor. Ello no desnaturaliza la conducta típica, antijurídica, culpable y punible del recurrente, quien colabora activamente a que el hecho se cometa. De este hecho era conocedor el recurrente por el escrito de acusación y pudo defenderse debidamente, sosteniendo su no responsabilidad

penal, pero que debe ser desestimada como se ha expuesto, al constituir su conducta un acto típico, culpable, antijurídico y punible en el delito de la conducción del art. 384.2 CP por la conducción del menor, pero posibilitada activamente por el recurrente y de forma decisiva en esa actuación preparada ex ante de forma específica como ha quedado probado.

Por su parte, y en cuanto afecta en términos generales para cuando el conductor es mayor y un tercero colabora o coadyuva de forma decisiva en que conduzca sin permiso, la Circular 10/2011 de 17 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre Criterios para la Unidad de Actuación especializada en materia de seguridad vial reduce el reproche penal en el ámbito de la cooperación necesaria al supuesto en que exista una "acción positiva de ceder o prestar" el vehículo para su conducción inmediata o cercana en el tiempo a quien nunca ha obtenido permiso o licencia, con plena consciencia de dicha carencia. El recurrente no realiza, incluso, una conducta pasiva de permitir, sino activa al dejarle el vehículo y acompañarle grabando la conducción continuada del menor de 8 años de edad tan solo en la peligrosa conducción que un niño estaba realizando, de tal suerte que dichos actos deben ser calificados como de cooperación necesaria al delito objeto de condena, aunque el menor sea inimputable, porque no puede extenderse al cooperador necesario la inimputabilidad del menor..."

NOTA: Aunque la sentencia anterior, propiamente no afecte a menores, se incluye en esta selección y se transcribe en buena parte, a pesar de su extensión, por su indudable interés. Tal interés reside en que sienta definitivamente la responsabilidad penal de los padres o guardadores, como autores mediatos del delito del art. 384.2 CP, de conducir sin permiso, en los casos en que voluntariamente dejan a sus hijos (aun de edad inferior a 14 como es el caso) sus vehículos para que conduzcan. En tal sentido, entronca con la Conclusión I.-10ª adoptada ya en las Jornadas de Fiscales Delegados de octubre de 2011 en Toledo: *En el tipo del art. 384 del CP, siendo perseguible la conducta del tercero que facilita el vehículo como cooperador necesario, en función de las circunstancias del caso, se remitirá testimonio a los Juzgados de Instrucción del atestado recibido en la Sección de Menores para depurar la responsabilidad de dicho tercero, especialmente si fuese un familiar mayor de edad del menor imputado.*

B.- FASE DE INSTRUCCIÓN

B.- V. MEDIDAS CAUTELARES

Se confirma la medida de internamiento cautelar cerrado por indicios de delito de violencia doméstica habitual del menor contra su madre, por la situación de alto riesgo del propio menor (consumo de tóxicos) y para proteger a la madre ante el peligro de reiteración delictiva.

AAP Barcelona, sec. 3ª, nº 882/2020, de 23-12-2020, Pte.: Guil Román, Carmen

“En el presente caso concurren todos los requisitos enumerados en el fundamento jurídico anterior para poder acordar la medida cautelar de internamiento en régimen cerrado que es objeto de controversia.

En primer lugar y en relación a los indicios obra en el testimonio el atestado que incorpora la declaración de la madre del menor, declaración que también efectúa de forma amplia ante la Fiscalía de menores. En dicha declaración la madre explica los continuos episodios de violencia de su hijo cuando ella se niega a darle dinero para la compra de droga o le indica que se levante para ir al colegio o al centro de tratamiento psicológico. Indica que le grita, le insulta, le tira de los pelos. Específicamente sitúa el día 9 de noviembre el día en que cuando iba a marcharse a la calle dada la agresividad de su hijo, este la cogió del pelo, la empujó y la tiró al suelo. Explica episodios de rotura de muebles, insultos y amenazas reiterados.

A ello hay que añadir que, la situación de Prudencio claramente aconseja la adopción de la medida de internamiento, ya que concurren las circunstancias personales específicamente enumeradas en el apartado 2 del art. 28 de la LORPM. Dicho precepto dispone que se valorarán las circunstancias personales y sociales del menor, la existencia de un peligro cierto de fuga, y especialmente el que el menor hubiera cometido o no con anterioridad otros hechos graves de la misma naturaleza.

Pues bien, tal y como la resolución recoge y en base al informe del Equipo Técnico incorporado y la exposición en la comparecencia el menor se encuentra en una situación de alto riesgo personal y de reiteración delictiva. El mismo, de 16 años de edad, está diagnosticado de trastorno cognitivo y alteración de conducta, y reconocido un 38% de diversidad funcional. Según observamos en la ficha del menor y explicó el Equipo Técnico, el mismo ha sido anteriormente condenado por diversos delitos, entre los que se encuentra el de violencia física sobre familiares (Expte 545/2019 del Juzgado de Menores 2) en que fue condenado a una libertad vigilada durante 9 meses. Si bien empezó cumpliendo la libertad vigilada, las últimas semanas fueron negativas, abandonó el curso formativo, el tratamiento de salud mental y SPOTT que le habían sido fijadas como contenido de la libertad vigilada. Tampoco acudía a las entrevistas y había incrementado el consumo de tóxicos y la desestructuración de su día a día.

Es pues evidente la necesidad de intervención educativa y terapéutica urgente que presenta el menor para frenar su desestructuración y la situación de riesgo en la que se encuentra tanto él como su madre, víctima del delito de violencia doméstica habitual que se le imputa. La misma debe ser protegida al venir de su propio hijo la violencia y tener lugar en el domicilio familiar. Una medida de alejamiento es inviable en este caso ya que derivaría en su ingreso en un centro de protección sin que se garantizase un adecuado tratamiento terapéutico y a la vez educativo que es lo que el menor necesita.

También resulta evidente que no es posible hacerlo en medio abierto dado el fracaso de la libertad vigilada firme que tiene impuesta. Ello unido a la entidad de los hechos por su reiteración y a la reincidencia en conductas como la del presente expediente, justifican la medida cautelar impuesta.”

Se confirma la medida cautelar de internamiento semiabierto del menor por indicios de malos tratos habituales y amenazas a su madre. La medida de libertad vigilada impuesta en su día, por estos mismos comportamientos,

de nada sirvió, debiendo protegerse a la madre ante el riesgo de reiteración delictiva del menor que muestra también una gran agresividad en otros contextos escolares y sociales.

AAP Valladolid, sec. 2ª, nº 547/2020, de 28-12-2020, Pte.: De la Torre Aparicio, Miguel Ángel

“...de lo actuado, se desprenden indicios acerca de unos hechos que pueden ser constitutivos de un delito de malos tratos habituales, de un delito continuado de amenazas menos graves y delito de vejaciones injustas, apareciendo igualmente motivos suficientes, a los exclusivos efectos de este momento procesal, de la probable participación del menor Ezequiel en los mismos. Al respecto, se cuenta con la declaración de la madre Tatiana relatando que el día 18/11/2020 recibió una llamada de su hijo Ezequiel poniéndose agresivo la dijo: dónde cojones vives, dímelo, como no me lo digas lo voy a averiguar y te voy a matar, puta, ramera, muerta de hambre, desgraciada. Indica que este tipo de llamadas se suelen repetir periódicamente (cada quince días) y que Ezequiel está manipulado por su padre Martin. Manifestó tener miedo de su hijo, que intenta - tanto él como su padre Martin- de forma persistente obtener el domicilio en el que vive, incluso exigiéndoselo bajo amenazas de muerte, lo cual es una actitud que la intranquiliza porque pueden personarse en el mismo y hostigarle. En este sentido, refirió que en enero del presente año, el menor se presentó en su anterior domicilio y como le abrió el dueño, ya que ella se había mudado, el menor le insultó y le amenazó.

Estas manifestaciones no pueden ser excluidas, en estos momentos, como elemento al menos indiciario al presentar una apariencia de verosimilitud, en cuanto pudieran reunir los elementos jurisprudenciales para estimarla como prueba valorable a efectos acreditativos. Como señala el Mº. Fiscal, la madre ha declarado también en la jurisdicción de violencia sobre la mujer que ha adoptado medidas cautelares respecto del padre del menor.

Tales hechos presentan caracteres de un presunto delito de malos tratos habituales del artículo 173.2 del Código Penal, un delito continuado de amenazas menos graves del artículo 169.2 y 74 del mismo texto legal y un delito de vejaciones injustas en el ámbito familiar del art. 173.4 del C. Penal, delitos que pueden ser susceptibles de ser sancionados, en su caso, con una medida de internamiento en régimen semiabierto.

De otro lado, la necesidad de dicha medida cautelar en el caso concreto viene perfectamente justificada a la vista de las características y entidad de los hechos, de los antecedentes del menor, sus circunstancias personales y del peligro de atentar contra los bienes jurídicos de la víctima. En este sentido, se toma en cuenta el informe emitido por el Equipo técnico de menores donde se recoge: que el menor ya tiene antecedentes en la instancia penal (debutó a las 14 años) por comportamiento inadecuado hacia su madre, amenazas de muerte e insultos, describiendo la sentencia mensajes inadecuados hacia su hermano pequeño reflejándose una actitud cruel. Se le impuso una medida de libertad vigilada. Del recurso formativo fue expulsado por comportamientos disruptivos, detectándose comportamientos intimidatorios hacia las compañeras y una profesora. Se indica la cronicidad y persistencia del menor en conductas violentas verbalmente amenazantes y crueles hacia su madre, con riesgo de

mayor escalada, ineficacia de las intervenciones en medido abierto, carencia de implicación e interés en obtener un beneficio educativo y personal, así como comportamientos antisociales significativos también en los contextos de referencia escolar y social. A la luz del informe del Equipo técnico se estima conveniente y aconsejable dicha medida de internamiento en centro, descartando otras alternativas, dado el perfil de elevada disfuncionalidad, peligrosidad y dureza del menor.

Se advierte, por lo tanto, que otro tipo de medidas menos gravosas ya fueron impuestas en su día al menor y no han servido para que desista de la comisión de nuevos hechos delictivos, especialmente contra su madre, ni para lograr el objetivo de su reeducación.

La finalidad que se pretende conseguir con la medida cautelar impuesta es evitar el peligro de que el menor actúe contra la víctima, así como transmitir límites al mismo y contrarrestar el modelo inadecuado del padre, ofreciéndole un contexto alternativo de convivencia, al tiempo que desarrollar una intervención global que reduzca el riesgo de comisión de conductas delictivas.

En consecuencia, concurren los presupuestos materiales para la adopción de dicha medida cautelar de internamiento en régimen semiabierto y las prohibiciones de alejamiento y comunicación con la madre y su hermano, así como los requisitos y finalidades previstos en el artículo 28 de la LORPM que legitiman la misma, resultando necesaria para conjurar los riesgos antes señalados y adecuada para el interés del propio menor.

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

Se desestima la pretensión del recurrente (una compañía de seguros) para que se revoque el auto de sobreseimiento acordado por el Juzgado a instancia del fiscal, conforme al art. 27.4 LORPM

AAP JAÉN, sec. 2ª, de 16 de marzo de 2021 198/2021, Pte: Aguirre Zamorano, Pio Jose,

“Alega la defensa del apelante, Cía de Seguros Pelayo, que existe indicios suficientes de la participación del menor y otra persona no identificada en un delito del art. 244 CP y además ha producido daños a terceros, que ha sido indemnizados por la citada cía de seguros.

El art. 27.4 LORPM dispone que: "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."

Por su parte el art. 19.1 de la citada ley dispone que: "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.

El desistimiento en la continuación del expediente sólo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta."

Así las cosas no se está discutiendo si el menor es responsable o no del delito denunciado sino si es conveniente seguir el expediente.

Pues bien el Equipo Técnico informa (folio 99) que estima conveniente no continuar con la tramitación del expediente y el Ministerio Fiscal en su decreto de 23 de diciembre de 2020 razona los motivos de esa no continuación como son: que se trata de un menor de 17 años, adaptado a su entorno familiar social y escolar, tiene un grado de minusvalía del 38% (DIRECCION000) y recibe atención psicológica periódicamente en una clínica (DIRECCION001) de DIRECCION002.

A mayor abundamiento también pone de manifiesto el Ministerio Fiscal que pertenece a un sistema familiar normalizado y es la primera vez que se le incoa un expediente.

Es por todo ello que resulta de aplicación los artículos transcritos en esta resolución (art. 27.4 y 19.1 de la LORPM).

Ello es así porque como argumenta la exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en el Derecho penal de menores ha de primar, como elemento determinante del procedimiento y de las medidas que se adopten, el superior interés del menor. Interés que ha de ser valorado con criterios técnicos y no formalistas por equipos de profesionales especializados en el ámbito de las ciencias no jurídicas, sin perjuicio desde luego de adecuar la aplicación de las medidas a principios garantistas generales tan indiscutibles como el principio acusatorio, el principio de defensa o el principio de presunción de inocencia.

Así por estas razones que el recurso no puede ser estimado."

Menor con graves problemas de salud mental que publicó falsamente en Instagram que había sido violada por su ex pareja. Se confirma el sobreseimiento acordado por el Juzgado, a instancia del MF, conforme al art. 27.4 LORPM. Reconocidos los hechos por la menor, la continuación del expediente sería ineficaz y perjudicaría la evolución de la denunciada.

AAP Cáceres, sec. 2ª, nº 788/2020, de 23-12-2020, Pte.: Pérez Aparicio, Valentín

“Los hechos investigados en este expediente consistieron en que la menor investigada, que fue pareja del menor denunciante, habiéndose roto la relación el 8 de abril de 2020, publicó en la red social Instagram, la noche del 22 al 23 de mayo de 2020, varias imágenes conteniendo texto en el que afirmaba haber sido violada y que el menor denunciante, utilizando para identificarlo su nick, sería el responsable, y afirmando también que ella no lo paró porque estaba bloqueada. Asimismo, la menor publicó fotografías en las que aparecerían cortes y otras

heridas fruto de autolesiones, afirmando que el menor denunciante sería el responsable.

En su exploración, la menor reconoció haber realizado dichas publicaciones, estando convencida que su ex pareja había abusado de ella en dos ocasiones y reconociendo que estos hechos no los habría denunciado hasta el 31 de mayo de 2020, enterándose en ese mismo acto de que había sido denunciada el día 23 de mayo. Afirmó además, que tenía dependencia emocional del denunciante e incluso llegó a pedirle perdón.

El informe por el equipo técnico constata que la menor investigada se halla en una situación personal de grave riesgo de vulnerabilidad que deriva fundamentalmente de sus graves problemas de salud mental, y a pesar de contar con un entorno familiar más o menos estable, desde el que siempre se le han buscado los apoyos, ayudas y opciones a su alcance. El Equipo valora que la conducta que dio lugar a la denuncia fue fruto de la afectación emocional y de la impulsividad propias de su trastorno, por lo que podría llegar a cuestionarse si la menor, a pesar de comprender la ilicitud de su conducta, es capaz de actuar conforme a dicha comprensión.

El Ministerio Fiscal, a la vista de la entidad de los hechos y las circunstancias en las que se producen, así como dadas las circunstancias de la menor, la repercusión en la misma de la tramitación del expediente y la reacción en su ámbito familiar, solicitó del Juzgado el sobreseimiento y archivo del expediente conforme al artículo 27.4 LORPM, tal y como proponía el equipo técnico.

El Juzgado, atendiendo a su petición, dicta la resolución solicitada, frente a la que la parte denunciante interpone recurso de apelación.

Segundo.- El artículo 27.4 de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores establece que "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".

Por su parte, el artículo 19 de dicha Ley Orgánica señala en su apartado primero señala que "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.

El desistimiento en la continuación del expediente sólo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta."

Tales circunstancias concurren en este caso, tratándose de un delito menos grave cometido por una menor que reconoce los hechos y en la que, según el informe del Equipo Técnico, concurren especiales circunstancias que harían que su enjuiciamiento careciera de eficacia a los fines que pretende la regulación de la responsabilidad penal de los menores. Entre esos fines se encuentra, desde luego, el reparador sobre el que se sustenta el recurso, pero se trata de una

finalidad subsidiaria que requiere, como premisa ineludible, la declaración (en sentencia, tras la práctica de todas las actuaciones necesarias para ello y en particular la prueba de los hechos) de la comisión de un hecho delictivo por parte de un menor. Esas actuaciones, en determinados casos, como el que nos encontramos, lejos de surtir efecto en interés del menor pueden, o ser innecesarios a los fines de prevención especial, o entorpecer inútilmente una favorable evolución de éste, lo cual justifica la conclusión anticipada y sin declaración de responsabilidad- del expediente.

Todo ello, obviamente, sin perjuicio de otras acciones que pueda ejercitar la víctima destinadas a obtener la legítima reparación que reclama, como también sin perjuicio de que el expediente pueda ser abierto de nuevo si se dieran las circunstancias a que alude el mismo artículo 19 de la L.O. 5/2000 en su apartado 5.”

C.- FASE DE AUDIENCIA

C.- III. CAMBIO EN LA CALIFICACIÓN PENAL

Modificación de la medida por el Fiscal en el acto del juicio por una más gravosa con motivo de un expediente posterior. No vulnera derecho de defensa ni produce indefensión.

SAP Valladolid, sec. 2ª, nº 53/2021, de 11-03-2021, Pte.: Pizarro García, Fernando

“...se alega que "se ha vulnerado el derecho de la menor expedientada a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 de la Constitución española ", argumentándose al respeto que, la pretensión del Ministerio Fiscal de que a Purificación se le impusiera la medida de internamiento terapéutico se sustentó, por una parte, en los hechos que habían motivado otro Expediente posterior en el que aún no se había dictado sentencia y del que la defensa no tenía conocimiento, circunstancias que -se alega en el recurso- vulneran [a] el principio de igualdad de partes, [b] la presunción de inocencia y [c] el principio acusatorio. [a] Se argumenta en el recurso que "se ha vulnerado el principio de igualdad de partes", "ya que no se ha sabido por esta defensa de qué hay que defender a la menor en ningún momento, pues no se ha tenido acceso a ese otro procedimiento al que se alude por la fiscalía para modificar las medidas a adoptar,

Estima la Sala que dicha alegación ha de ser desestimada.

En primer lugar, porque, como resulta incuestionable, la defensa sí ha sabido de qué hechos era acusada la menor ya que, una vez personada en la causa, ha tendido puntual conocimiento de los hechos objeto de acusación y ha podido -y lo ha hecho- ejercer la defensa de la menor expedientada.

Y, en segundo lugar, y en lo que atañe al conocimiento de los hechos que motivaron la incoación de otro Expediente posterior y que motivaron que el Ministerio Fiscal modificara sus conclusiones en lo relativo a la medida a imponer, la Sala estima que no cabe ahora alegar el desconocimiento que se aduce si se tiene en cuenta que la defensa nada adujo al respecto pese a que, al inicio de la vista, el Ministerio Fiscal ya anunció que tenía la intención de

modificar dicha medida al haber tenido conocimiento de que se había incoado en Fiscalía contra Purificación un nuevo Expediente por hechos análogos y en el que se había acordado una medida cautelar de libertad vigilada que aquella había quebrantado, sin que tampoco adujera nada dicha defensa ni cuando, a instancias de la representante del Equipo Técnico, el juzgador accedió a que ésta examinara las actuaciones obrantes en aquel otro Expediente a fin de informar sobre si, a la vista del mismo, mantenía su dictamen sobre la medida a imponer (libertad vigilada) o consideraba procedente modificarla (internamiento terapéutico), ni cuando dicha representante informó al respecto tras dicho examen.

[b] Como segunda alegación del motivo ahora analizado se aduce que, "de ser cierto que la menor resultara responsable de hechos cometidos en otro procedimiento, debería ser en ese, y no en otro procedimiento previo, donde se impusieran las medidas que se consideraran oportunas al caso concreto, y que estas fueran propuestas por el equipo técnico, no que con el propósito de adelantar esas medidas se presuma la culpabilidad en otro procedimiento no juzgado, pues supone la vulneración de la presunción de inocencia de la menor". Estima la Sala que tal alegación no puede ser acogida toda vez que la decisión del juzgador de imponer a la menor la medida solicitada en el acto de la vista por el Ministerio Fiscal no se sustentó en la presunción de que hubiera sido autora de los hechos que motivaron la incoación de un segundo Expediente por hechos similares, sino, por un lado, en la acreditación de que lo había sido de los enjuiciados en este, y, por otro -y como expresamente se dice en la resolución recurrida-, en el hecho (acreditado) de que, habiéndose adoptado en el segundo Expediente "medida cautelar (...) de Internamiento Terapéutico en régimen semiabierto" con fecha 17 de septiembre de 2020, y habiendo ingresado por ello en el Centro DIRECCION002 en esa misma fecha, se fugó del mismo el día 2 de noviembre de 2020.

[c] Se alega finalmente en este motivo que, teniendo la Fiscalía "conocimiento total de todo lo actuado en el otro procedimiento al ser el instructor del mismo", se han solapado "las funciones de la fiscalía como instructor en la otra causa y acusador en el presente expediente vulnerándose por tanto igualmente el principio acusatorio que rige en el proceso penal", alegación para cuya destinación bastará significar por una parte, que en esta causa el Ministerio Fiscal ejerció la doble función de instructor y acusador que le atribuye la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, y, por otra, que teniendo en cuenta lo dispuesto el artículo 8 de dicha Ley, el invocado principio acusatorio sólo se vulnera, bien cuando el Juez de Menores imponga "una medida que suponga una mayor restricción de derechos o por un tiempo superior a la medida solicitada por el Ministerio Fiscal o por el acusador particular, bien cuando se imponga alguna de las medidas privativas de libertad contempladas en el artículo 7.1.^a), b), c), d) y g) en una duración que exceda del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad que se le hubiere impuesto por el mismo hecho, si el sujeto, de haber sido mayor de edad, hubiera sido declarado responsable, de acuerdo con el Código Penal, lo que no ocurre en supuesto de autos.

C.- XI. CONDENA EN COSTAS

La Sala deniega la imposición de las costas correspondientes a la acusación particular, al estimar que en el proceso de menores el criterio general es no imponer las costas de la acusación particular, salvo que se aprecien circunstancias excepcionales.

SAP Madrid, sec. 4ª, nº 58/2021, de 22-02-2021, Pte.: Pestana Pérez, Mario

“No procede estimar la pretensión de que se incluyan las costas causadas por la Acusación particular. Nos remitimos al respecto al reiterado criterio de esta Sección en la materia. En palabras de Sentencia de fecha 7 de mayo de 2019, con Rollo de Sala nº 416/2019: “ <<Esta Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Madrid ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión referente a la imposición de las costas de la acusación particular en el proceso de menores en Sentencias de 30 de abril de 2.009 (Sentencia nº 67/2009; rollo 117/09) y de 22 de febrero de 2.012 (Sentencia nº 24/2012; rollo nº 28/2012), habiendo señalado en esta última Sentencia, textualmente, lo siguiente:

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

Es decir, en el proceso penal de menores rige, en lo que se refiere a las costas de la acusación particular, un criterio inverso al que se sigue en el proceso penal de mayores, de tal manera que en el caso de los menores el criterio general es la no imposición al menor de las costas de la acusación particular, salvo que se aprecien circunstancias especiales que justifiquen esa imposición.

En base a tal doctrina, que ahora reiteramos, y no apreciando que concurran en el supuesto que nos ocupa esas circunstancias especiales que pudieran justificar la imposición de las costas de la acusación particular al menor aquí enjuiciado, procede desestimar este motivo de recurso.

NOTA: La postura de la Audiencia Provincial de Madrid (Sec. 4ª) difiere de la sostenida por la FGE en Circular 9/2011 (Apdo. IX). En dicha Circular se dice que: *la inclusión de los gastos generados por la acusación particular ha de estimarse procedente salvo que su intervención haya sido notablemente perturbadora y sus peticiones absolutamente heterogéneas en relación con las acogidas en la sentencia.*

Esa posición de la Fiscalía ha sido avalada por otras Audiencias Provinciales (vgr. SAP Murcia, sec. 2ª, nº 342/2019, de 25-11-2019; SAP Jaén, sec. 2ª, nº 175/2019, de 18-09-2019; SAP Alicante, sec. 2ª, nº 180/2018, de 18-5-2018...)

D.- FASE DE EJECUCIÓN

D.- I.- QUEBRANTAMIENTO DE MEDIDA

Carácter típico del quebrantamiento de una medida de la LORPM impuesta a un adulto por hechos cometidos durante la minoría de edad. Aplicación doctrina jurisprudencial mayoritaria de la reciente STS sec. 2ª, nº 662/2019, de 14-01-2020.

SAP Murcia, sec. 5ª, nº 58/2021, de 09-03-2021, Pte.: Soria Fernández-Mayoralas, Matías Manuel

“... dicha cuestión ha sido resuelta recientemente por la sentencia del Tribunal Supremo de 14/01/2020, REC 987/2018, y en dicha sentencia se analizan las dos posturas existentes en la jurisprudencia de las audiencias:

- 1.- Que el referido incumplimiento supone un delito de quebrantamiento de condena del artículo 468 del Código Penal y,
- 2.- Que el incumplimiento de una medida impuesta en un proceso de menores no tiene encaje típico en el referido precepto, por cuanto las medidas adoptadas en un procedimiento de menores no están expresamente incluidas en el artículo 468 CP.

Decidiéndose por la primera postura, que es la mantenida por la sentencia apelada, según los argumentos siguientes:

"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 aquella por otra de la misma naturaleza. Excepcionalmente, y a propuesta del Ministerio Fiscal, oídos el letrado y el represent 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.- 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 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. "

En consecuencia, y tratándose de un caso idéntico al considerado en la sentencia del Tribunal Supremo, se debe resolver en el mismo sentido.”

D.- V. ACUMULACIÓN

Se estima el recurso del Fiscal y se deja sin efecto la refundición acordada por el Juez de una medida de libertad vigilada impuesta como medida única y otra que era condición de suspensión de un internamiento semiabierto. El art. 47.2. de la LRRPM se refiere a medidas definitivas impuestas como principales en las sentencias, no al régimen de libertad vigilada, fijado en el fallo, como condición de la suspensión del art. 40 LORPM. Esta última LV debe cumplirse antes que las otras libertades vigiladas.

AAP Madrid, Sec. 4ª, nº 601/2020, de 6 de octubre, Pte: Hervás Ortiz, José Joaquín

“...interpone recurso de apelación el Ministerio Fiscal contra la decisión del Juzgado ejecutor de refundir una medida de doce meses de libertad vigilada, impuesta como principal en una de las sentencias que es objeto de ejecución, con una medida de nueve meses de libertad vigilada a cuyo cumplimiento se condicionó, en la otra sentencia que también es objeto de ejecución, la suspensión de la medida de nueve meses de internamiento en régimen semiabierto que se impuso en ella como principal, entendiendo el Ministerio Público que la resolución recurrida incumple lo dispuesto en el artículo 47.2. de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (en adelante, LRRPM). Y el recurso debe ser estimado por las razones que se van a indicar a continuación.

Debe señalarse que el citado artículo 47.2. no resulta aplicable en el supuesto que nos ocupa, pues de su texto se desprende claramente que va referido a los casos en los que se imponen al menor, en diferentes resoluciones judiciales, dos o más medidas de la misma naturaleza, en cuyo caso y según el citado precepto han de refundirse las medidas impuestas en una sola, sumando la duración de las mismas, hasta el límite del doble de la más grave de las refundidas. Pero no es eso lo que sucede en este caso, en el que en una de las sentencias a ejecutar se impuso una medida de doce meses de libertad vigilada y en la otra una medida de nueve meses de internamiento en régimen semiabierto, aunque en el propio fallo de esta última se indique que la medida de internamiento queda en suspenso si se cumplen adecuadamente nueve meses de libertad vigilada y con la expresa indicación de que el régimen de libertad vigilada podría transformarse en un régimen cerrado si el menor evolucionase desfavorablemente.

Esa diferenciación también se desprende del régimen de suspensión que se contempla en el artículo 40 de la LRRPM, en el que la aplicación de un régimen de libertad vigilada es contemplada como una posible condición impuesta judicialmente para la suspensión de la ejecución del fallo contenido en la sentencia, del que, obviamente y a tenor del propio precepto, no se considera que forme parte la aplicación de ese régimen de libertad vigilada como sustitutivo de las medidas impuestas en dicho fallo. Y tan es así que el mismo precepto indica que si las condiciones de la suspensión no se cumplen -incluida

obviamente esa posible aplicación de un régimen de libertad vigilada- se procederá a alzar dicha suspensión y a "ejecutar la sentencia en todos sus extremos" .

Esa diferenciación, en terminología del propio precepto, entre "régimen de libertad vigilada", de posible aplicación en orden a la suspensión, y "ejecución del fallo contenido en la sentencia" puede observarse también en el artículo 8 del Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, que también distingue, expresamente, entre la "ejecución de las medidas adoptadas por los jueces de menores en sus sentencia firmes, previstas en los apartados a) a k) del artículo 7.1 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero " , entre las que se encuentra la medida definitiva de libertad vigilada, y la "ejecución del régimen de libertad vigilada y de la actividad socioeducativa a la que alude el artículo 40.2.c) de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero " , de tal manera que es clara la voluntad normativa, tanto legal como reglamentaria, de resaltar la diferente "naturaleza" de las medidas definitivas impuestas en las sentencias, de un lado, y de ese régimen de libertad vigilada condicionante de las suspensión de la ejecución, de otro.

Llegados a este punto, parece claro que cuando el artículo 47.2. de la LRRPM contempla la refundición de medidas de la "misma naturaleza" impuestas al menor en diferentes resoluciones judiciales, se está refiriendo en todo caso a medidas definitivas impuestas como principales en dichas sentencias, esto es, a las previstas en el artículo 7 de la LRRPM y no al régimen de libertad vigilada que pudiera haberse fijado en el fallo de la sentencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 de la LRRPM, como mero condicionante de la suspensión de la medida principalmente impuesta en dicho fallo.

De todo lo expuesto se sigue que no es ajustada a derecho la refundición realizada en el supuesto que nos ocupa por el Juez ejecutor. La separación a efectos de cumplimiento, en un supuesto como el que nos ocupa, de la medida definitiva de libertad vigilada, de un lado, y del régimen sustitutivo de libertad vigilada, de otro, permite ejercer un control más preciso sobre el adecuado cumplimiento de ese régimen sustitutivo y sobre el necesario retorno, en caso de incumplimiento, a la ejecución de la medida definitiva de internamiento, que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47.5.c) de la LRRPM, debería ejecutarse antes que la medida definitiva de libertad vigilada, salvo que el Juez ejecutor acordase otra cosa en atención al interés del menor, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47.5.e) del mismo cuerpo normativo."

NOTA: En el anterior resumen ya se recogió otro auto de la AP de Madrid en idéntico sentido. El tema de las refundiciones de libertades vigiladas de diferentes clases se debatió en las Jornadas de Fiscales Delegadas/os de Menores celebradas en Madrid el 20-21 octubre de 2014. Aunque no se mencione expresamente en el auto, que estima íntegramente el recurso de la Fiscalía, se sigue la línea interpretativa de la Conclusión I.-5ª de esa Jornadas:

5ª La libertad vigilada impuesta como condición para la suspensión de un internamiento (art. 40 LORPM) no podrá refundirse con otras medidas de libertad vigilada, pues más que una medida propiamente dicha es un presupuesto de la

suspensión. Por tanto, debe ejecutarse con carácter preferente al resto de las medidas no privativas de libertad.

E.- RESPONSABILIDAD CIVIL

E.- II. 3 MODERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

Se desestima la pretensión del menor de que se modere la RC de sus padres. El menor por sí carece de legitimación en tal sentido, sin que se practicara prueba alguna tampoco que justificase tal moderación.

SAP Tarragona, sec. 2ª, nº 49/2021, de 08-02-2021, Pte.: Calvo González, Susana

“En primer lugar hay que señalar que el menor carece de legitimación para efectuar dicha solicitud en nombre de sus padres, siendo a estos últimos a los que, en todo caso, corresponde efectuar dicha petición, por lo que procedería sin más la desestimación de la pretensión.

Cabe señalar, en cualquier caso a mayor abundamiento, que la moderación de la responsabilidad solidaria de los padres con sus hijos menores, procederá "cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave".

Está genéricamente admitido en la doctrina que esta responsabilidad de los padres y demás guardadores, es de naturaleza objetiva, pues de los propios términos del precepto mencionado, el responsable no queda exonerado ni siquiera probando la ausencia de culpa o negligencia en su labor de guarda; lo único que admite el precepto es que se modere su responsabilidad, cuando no hubieran favorecido la conducta de aquel con dolo o negligencia grave.

Los términos literales en que se expresa la ley implican, también según criterio ampliamente admitido, que opera una inversión en la carga probatoria para proceder a la moderación, de manera que es a los padres o asimilados que invocan la procedencia de la moderación, a quienes corresponde acreditar que han empleado las precauciones adecuadas para impedir la actuación delictiva del menor, de forma que cuando no prueben en modo alguno que obraron con la diligencia debida en su deber de vigilancia, educación y formación integral respecto de su hijo menor de edad, no procederá efectuar moderación alguna.

En el presente caso no se practicó prueba alguna durante el acto del juicio tendente a acreditar que los padres de Evaristo hubieran empleado las precauciones adecuadas para impedir la actuación delictiva del menor, existiendo únicamente una serie de alegaciones en trámite de alzada huérfanas de toda prueba.

En consecuencia, no está demostrada esa específica diligencia que haría merecedora a los progenitores de la facultad moderadora que admite la norma.”

No procede ampliar la moderación de la RC de la progenitora más allá del 30% fijado por el juzgado a la vista del informe de ET. Pese a la extensa jornada laboral de la madre se detecta un déficit de supervisión del ocio del

menor quien perpetró su agresión estando en una discoteca a las 5:00 de la madrugada.

SAP Madrid, sec. 4ª, nº 42/2021, de 15-02-2021, Pte.: Hervás Ortiz, José Joaquín

“...no apreciamos, en el supuesto que nos ocupa, que resulte procedente la aplicación de un porcentaje de moderación de la responsabilidad de la madre del menor más elevado que el que ya ha sido aplicado en la sentencia apelada, a la vista de lo informado por el Equipo Técnico, especialmente teniendo en cuenta que, pese al extenso horario laboral de la madre, es lo cierto que sí le resulta atribuible cierto defecto de supervisión en el ocio del menor durante los fines de semana, teniendo en cuenta que los hechos tienen lugar en una discoteca sobre las 5:00 horas de la madrugada de un domingo, sin que parezca razonable que un menor pase las noches de los fines de semana completamente fuera de control y sin unas mínimas pautas horarias y de ocio, que a los progenitores con los que convive corresponde establecer, máxime cuando el menor ya había presentado anteriormente conductas problemáticas, como se desprende del informe del Equipo Técnico, de tal manera que el hecho de que la madre del menor no se haya desentendido por completo de su educación ya ha quedado suficientemente compensado con el porcentaje de moderación del 30% que ha sido aplicado en la sentencia apelada, sin que pueda entenderse justificada la aplicación de un porcentaje de reducción mayor.

Por lo demás, debe añadirse que tampoco concurre el defecto de motivación que se denuncia en relación al porcentaje de moderación aplicado, en la medida en que el precepto atribuye al órgano judicial una facultad discrecional de moderación, que no parece que pueda sujetarse en su aplicación a precisas reglas matemáticas, sino a meros parámetros de razonabilidad, en función de las circunstancias concurrentes, sin olvidar que la naturaleza cuasi objetiva de la responsabilidad solidaria que se contempla en el precepto y la excepcionalidad de su moderación, en garantía del resarcimiento del perjudicado, no permiten una exención casi total de la responsabilidad como la pretendida en el recurso, máxime cuando, como ya hemos señalado, sí es detectable un defecto de supervisión y control por parte de la madre en lo que se refiere al ocio desarrollado por el menor durante el fin de semana.

En definitiva, la moderación y el porcentaje aplicados se encuentran dentro de parámetros de razonabilidad, en atención a las circunstancias concurrentes, y es una decisión que cuenta en la sentencia apelada con una motivación suficiente.”

Menor condenada por delito de lesiones leves a otra. Se desestima la pretensión de la progenitora de moderar su RC. No procede a la vista del informe del ET resaltando el alto grado de permisividad de la familia, que justifica todos los comportamientos inadecuados e inmaduros de la menor.

SAP Cantabria, sección 1ª, nº 138/2021, de 7 de junio de 2021, Pte: Aldecoa Alvarez-Santullano, Paz Mercedes

“Los sujetos pasivos obligados por la responsabilidad civil establecida en la Ley 5/2000, a tenor de su artículo 61.3, son, en primer lugar, el propio menor y, en

segundo lugar, pero solidariamente con él, sus padres, tutores, acogedores o guardadores legales o de hecho, por este orden. El menor es el principal responsable civil, pero, por otra parte, en ningún caso va a ser posible excluir o exonerar de responsabilidad a estos otros responsables solidarios, ni aunque acrediten haber actuado con la máxima diligencia, sino que, si por el contrario no han favorecido la conducta infractora del menor con dolo o negligencia grave, el Juez podrá, en su caso y además de forma no obligatoria sino facultativa, moderar, en el sentido únicamente de reducir pero no excluir, dicha responsabilidad.

Se trata de una responsabilidad objetiva, ajena a la noción de culpa civil, para quienes responden por hechos ajenos, prescindiéndose totalmente de los criterios de imputación subjetiva, los cuales únicamente se tienen en cuenta, como se ha indicado, para dejar al arbitrio del Juzgador la moderación de la responsabilidad. Es suficiente la vinculación jurídica del menor con el responsable civil a través de alguna de las instituciones que enumera el artículo 61.3 de la Ley. Frente a aquellas opiniones doctrinales, sin duda cualificadas, que lo sitúan unas únicamente en el ejercicio del deber de guarda y vigilancia material (lo que haría que únicamente respondería solidariamente aquél que en el momento de cometer el daño el menor la ejerciera o tuviera encomendada) y otras únicamente en el deber de formación, la Sala estima que debe seguirse un criterio ecléctico, toda vez que la Ley impone a los padres no sólo el deber de velar por los hijos y tenerlos en su compañía, sino también el de educarlos y procurarles una educación integral, e idéntico compromiso exige a los tutores y a los acogedores e incluso al guardador de hecho al tratarse de una institución tuitiva a la que son aplicables las obligaciones del tutor, y qué duda cabe que estos otros aspectos son mucho más relevantes en el origen de los comportamientos delictivos del menor que los simples defectos en el ejercicio del deber de guarda en que se suele fundamentar la responsabilidad civil extracontractual y la responsabilidad civil ex delicto; es decir, se considera que el fundamento de este nuevo modelo de responsabilidad civil se encuentra no sólo en el deber de guarda sino también en el deber de educación y en el adecuado uso de las facultades de corrección que los padres, tutores, acogedores o guardadores tiene sobre su hijo, pupilos, acogidos o sometidos a su guarda.

En el supuesto ahora enjuiciado, nada hay que permita considerar que debió haberse moderado dicha responsabilidad, y ello porque y precisamente de lo que informo el Equipo Técnico, lo que consta es que Carolina se encuentra en riesgo personal familiar y social apreciándosele un alto grado de permisividad familiar y un bajo nivel de exigencia, justificando la familia todas las actitudes y comportamientos inadecuados e inmaduros siendo sus demandas satisfechas familiarmente de modo inmediato, de lo que dicho Equipo ha entendido necesario una medida de control externa a la familia para normalizar la situación de la menor. Consecuentemente no hay base para sostener que la progenitora adoptase la diligencia debida en procurar una educación integral de la menor, que conforme a la Jurisprudencia citada es la única posibilidad de que facultativamente se hubiera podido moderar la responsabilidad solidaria de los padres de la menor.”

E.- II. 3 MODERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

E.- II. 1 RESPONSABILIDAD CIVIL DE COMUNIDADES AUTÓNOMAS

No cabe excluir la responsabilidad civil solidaria del Gobierno balear, junto con el menor infractor y sus padres, pues la agresión que genera la RC se produce en instituto público en las horas lectivas de patio.

SAP Baleares, sec. 2ª, nº 113/2021 de 16-03-2021, Pte.: Martín Fonseca, Gloria

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

En suma, hemos de partir de la posibilidad de concurrencia de distintos responsables, siempre que participaran en el proceso de gestión educativa del menor y ejerzan sobre el mismo un control, aunque sea potencial o cuasi-potencial, de su comportamiento.

Las anteriores generales consideraciones sobre la exégesis e interpretación que cabe hacer de la dicción del artículo 61.3 de la Ley reguladora 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 el Juez a quo declaró la responsabilidad civil solidaria, juntamente con el

menor causante de la agresión en un instituto público en la hora del patio, la de sus padres y de la Comunidad Autónoma como titular del referido Centro escolar. La responsabilidad es compartida y solidaria en la medida en que cuando tuvo lugar la agresión ilícita calificada de delito de lesiones y por la que resultó condenado el menor causante de ella, el Instituto en que tuvo lugar era el encargado de vigilar y controlar, a través del profesorado responsable de velar por la seguridad y buen orden del patio, la conducta y comportamiento del menor acusado y por tanto el cumplimiento que el mismo debería de haber observado de las normas de convivencia y disciplina que han de regir el buen funcionamiento de cualquier instituto y también por parte de los padres del menor, puesto que son ellos la que ejerce su custodia y patria potestad y deberes inherente a la misma y quien ha de inculcar y educar al menor en los valores cívicos respecto a los demás, así como la que estaba obligada a comunicar a sus profesores y tutores cualquier factor conductual o problema de tipo familiar o evolutivo que pueda incidir en su comportamiento en el Centro.

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.

La Comunidad Autónoma apelante en su recurso ha desplegado una base argumental dirigida a acreditar que no hubo por parte del centro una conducta irresponsable o de dejadez sobre la base de la errónea valoración de la prueba efectuada por la juez a quo. Dicho motivo de apelación no puede ser estimado...”

Agresión en colegio público. La Sala declara la nulidad de la sentencia por defectos en la constitución de la relación jurídica procesal, pues se pidió por MF y acusación particular directamente la responsabilidad civil del centro docente, pero sin reclamar ni citar a la CAM que es la administración pública titular del colegio.

SAP Madrid, sec. 4ª, nº 105/2021, de 25-03-2021, Pte.: Hervás Ortiz, José Joaquín

Constatado por la Sala, en la correspondiente deliberación, que no había tenido intervención en la tramitación del proceso judicial y en la celebración de la audiencia en primera instancia la Comunidad Autónoma de Madrid, que sería la administración pública titular del centro docente de naturaleza pública al que le estaba siendo exigida responsabilidad civil en el proceso, se acordó por la Sala dar traslado a las partes y a la Comunidad Autónoma de Madrid, a fin de que alegasen lo que estimasen oportuno sobre la procedencia de declarar la nulidad parcial de la sentencia apelada y de la audiencia celebrada en la primera instancia, a fin de retrotraer las actuaciones al momento de celebración de dicha audiencia, a los solos efectos de permitir que la Comunidad de Madrid pudiera personarse en ella y alegar y probar lo que estimase oportuno, exclusivamente en lo que se refiere a la responsabilidad civil que es reclamada por la acusación particular respecto del centro educativo.

La acusación particular se mostró favorable a la referida declaración de nulidad, habiéndola solicitado también la Letrada de la Comunidad de Madrid y

habiéndose opuesto a ella el Ministerio Fiscal, quedando los autos, seguidamente, pendientes de resolución...

(...) Frente a la sentencia de primera instancia, que fue dictada tras la conformidad del menor a las pretensiones penales y civiles contra él formuladas, con igual conformidad de su padre respecto de la responsabilidad civil a él reclamada, interpone recurso de apelación la acusación particular en lo que se refiere al único pronunciamiento de dicha sentencia que no fue objeto de conformidad, referido a la pretensión de responsabilidad civil formulada por la acusación particular frente al centro educativo público "Instituto DIRECCION000" de la localidad de DIRECCION001, reclamándose por dicha acusación que se revoque parcialmente la sentencia, exclusivamente en lo que se refiere al pronunciamiento absolutorio que de dicho centro educativo público se realiza en el fallo de la citada sentencia, solicitando en esta alzada que se declare la responsabilidad civil del citado centro docente, con confirmación de todos los demás pronunciamientos de la sentencia apelada, que fueron objeto de conformidad.

Constatado en la deliberación del recurso que no había sido parte en el procedimiento la Comunidad Autónoma de Madrid, que en principio parecía ser la administración pública titular del referido centro docente público, por la Sala se acordó dar traslado a las partes y a la propia Comunidad de Madrid, a través de la asesoría jurídica de esta última, a fin de que se pronunciasen sobre la procedencia de declarar la nulidad parcial del procedimiento, a fin de conceder a la Comunidad de Madrid la posibilidad de intervenir y defenderse en el mismo en lo que se refiere a la responsabilidad civil que pudiera recaer sobre ella, con mantenimiento de todos los demás pronunciamientos penales y civiles de la sentencia apelada, que fueron objeto de expresa conformidad, habiendo solicitado tanto la acusación particular como la Comunidad de Madrid tal declaración de nulidad parcial y habiéndose opuesto a ella el Ministerio Fiscal.

Partiendo de lo que se acaba de exponer, procede declarar la nulidad parcial del procedimiento seguido en la primera instancia, en los términos que luego indicaremos, pues, en efecto, la pretensión de responsabilidad civil que la acusación particular esgrime contra el centro docente público "DIRECCION000" de la localidad de DIRECCION001 exige la llamada de la Comunidad de Madrid como parte en el presente proceso, a fin de que pueda alegar y probar lo que estime procedente en relación con la referida pretensión, por ser la administración pública titular de dicho centro docente y carecer este último de personalidad jurídica propia, como resulta de la legislación vigente.

En este sentido, el artículo 108.2 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, señala que los centros docentes se clasifican en públicos y privados, indicando, a continuación, que la respectiva naturaleza de cada centro vendrá determinada, a su vez, por la que corresponda a la persona titular del mismo: son centros públicos aquellos cuyo titular sea una administración pública; son centros privados aquellos cuyo titular sea una persona física o jurídica de carácter privado; y son centros privados concertados los centros privados acogidos al régimen de concertos legalmente establecido. Y añade la norma que se entiende por titular de un centro privado la persona física o jurídica que conste como tal en el Registro de centros de la correspondiente Administración

educativa y que la prestación del servicio público de la educación se realizará a través de los centros públicos y privados concertados.

En definitiva, en el caso de los centros docentes públicos la personalidad jurídica no reside en ellos, sino en la administración pública titular de los mismos, sin perjuicio de la autonomía que se reconoce a tales centros, en su condición de unidades administrativas desconcentradas de dicha administración pública, de conformidad con lo que resulta, entre otros, de los artículos 118.2, 120 y 122 de la Ley Orgánica 2/2006, antes citada.

De lo expuesto se sigue que no estando en discusión que el centro docente "DIRECCION000" de DIRECCION001 es un centro público, como resulta de alguno de los documentos obrantes en autos, es claro que su titular es una administración pública, en este caso la Comunidad Autónoma de Madrid, como también se desprende de alguno de esos documentos, que es quien ostenta además la correspondiente personalidad jurídica, careciendo de ella el citado centro docente, sin perjuicio de la autonomía que ostenta en determinadas áreas o funciones de gestión educativa.

Llegados a este punto, es necesario acudir a lo dispuesto en artículo 6.1.5º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de aplicación supletoria en este orden jurisdiccional, del que resulta que únicamente se reconoce capacidad para ser parte a las entidades sin personalidad jurídica a las que la ley reconozca esa capacidad, sin que sea ese el caso de los centros docentes públicos, que, en consecuencia, carecen de capacidad para ser parte y de capacidad procesal, debiendo actuar en el proceso la administración pública que sea titular, en cada caso, de dichos centros -en el caso que nos ocupa la Comunidad Autónoma de Madrid-, a través de los letrados de sus servicios jurídicos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 551.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo procederse a la citación de tales administraciones públicas a través de esos servicios jurídicos, en atención a lo establecido en el artículo 11 y Disposición Adicional 4ª de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas...

(...)Partiendo de lo que hemos dejado expuesto en el precedente ordinal, debemos recordar ahora que la correcta constitución de la relación jurídico-procesal es materia de orden público procesal y que su defectuosa constitución debe ser apreciada, incluso de oficio, por el órgano judicial, como resulta de lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a fin de no dispensar tutelas jurídicas infundadas o de imposible ejecución, como acontecería, en el caso que nos ocupa, de condenarse directamente al centro educativo público y no a la Comunidad de Madrid, sin olvidar que no se ha concedido a esta última la posibilidad de intervenir en el presente proceso y defenderse ante la pretensión de responsabilidad civil formulada por la acusación particular y que, de ser estimada, le afectaría directamente.

De ello se sigue que procede, declarar la nulidad de actuaciones, en la forma que luego se señalará, en atención a lo dispuesto en los preceptos citados, en relación con los artículos 238.3º y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al haberse generado indefensión para la Comunidad Autónoma de Madrid, que no tuvo oportunidad de formular alegaciones ni proponer prueba en lo que se refiere al ámbito de la responsabilidad que pudiera derivarse del acaecimiento del hecho delictivo en un centro educativo público.

Ahora bien, la nulidad de actuaciones no alcanza a privar de todo efecto a la audiencia celebrada ni a la sentencia dictada, sino que, teniendo en cuenta el principio de conservación de los actos procesales, que dimana del artículo 243 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ha de mantenerse la validez de la audiencia previa celebrada, sin perjuicio de que proceda declarar la nulidad parcial de la sentencia, exclusivamente en lo que se refiere al pronunciamiento absolutorio que contiene respecto del centro educativo " DIRECCION000" de DIRECCION001, que ha de quedar sin efecto alguno.

Procede, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, que por el Juzgado de Menores se dé traslado de todo lo actuado a los servicios jurídicos de la Comunidad Autónoma de Madrid para que, en un plazo de cinco días hábiles, formulen escrito de alegaciones y propongan la prueba que consideren pertinente, pero limitando esas alegaciones y esa prueba, exclusivamente, a la pretensión de responsabilidad civil que la acusación particular ha formulado contra el centro educativo " DIRECCION000" de DIRECCION001, debiendo procederse, a continuación, a celebrar la audiencia contemplada en el artículo 34 y siguientes de la misma ley, que tendrá como único objeto la discusión sobre el alcance de la responsabilidad civil que la acusación particular exige al centro educativo " DIRECCION000" de DIRECCION001.

Obviamente, como ya dijimos con anterioridad, se mantiene la validez de la audiencia ya celebrada en su día y la validez de la sentencia dictada, con la única salvedad del pronunciamiento absolutorio del referido centro educativo, que queda anulado, sin perjuicio del pronunciamiento que, a este respecto, pueda realizar el Juzgado de Menores, con entera libertad de criterio, en la nueva sentencia que, ceñida al aspecto de la responsabilidad civil antes referido, tendrá que dictar tras la celebración de la nueva audiencia previa.

E.- II. 1 RESPONSABILIDAD CIVIL DE COMUNIDADES AUTÓNOMAS

E.- II. 11 PLURALIDAD DE RESPONSABLES

La Diputación Foral de Álava, en cuanto entidad tutora del menor, no puede excusar su responsabilidad civil alegando que tal tutela correspondería al Gobierno vasco, al estar internado el menor, en el momento de los hechos, en un centro de reforma del que se fugó.

SAP Álava, sec. 2ª, nº 51/2021, de 02-03-2021, Pte.: Poncela García, Jesús Alfonso

“La Diputación fundamenta su solicitud de absolución en que, con anterioridad al robo objeto de condena y por disposición del Juzgado de Menores, el menor no vivía ya en un recurso residencial de la Administración apelante, sino en un centro de reforma dependiente del Gobierno Vasco, en régimen semiabierto, y que los hechos que nos ocupan ocurrieron durante una fuga de dicho centro. Reconoce que era el Consejo del Menor quien todavía tenía la tutela del autor del delito, pero alega que "en el momento en el que se produjeron los hechos la gestión efectiva del proceso educativo recaía en la entidad de reforma que se encontraba

ejerciendo la guarda en virtud de resolución del Juzgado de Menores sin que la entidad de protección ostentara, en tal momento, obligación educativa alguna respecto del menor". Abunda en el argumento, señalando que "[d]e asumir la tesis de la sentencia impugnada, también deberían de haber sido declarados responsables civiles directos los progenitores del joven, aun cuando la gestión efectiva de la guarda en modo alguno viniera recayendo en los mismos". Viene al caso recordar cuál es el criterio constante de este Tribunal sobre la materia a debate, con cita de nuestra sentencia nº 73, de 27 de febrero de 2012, donde razonamos en los siguientes términos, trayendo a colación el precedente de la sentencia nº 24/2004, de 10 de febrero...

(...) el cumplimiento de medidas cautelares o medidas de reforma en establecimientos del Gobierno Vasco no supuso que la tutela asumida por la Diputación se transfiriera a la Administración Autonómica, por lo que, aun cuando la guarda efectiva del menor quedó en manos de ésta por disposición judicial, no cesaron todas las funciones y facultades inherentes a la tutela, que permaneció vigente y a cargo de la Administración provincial. Esto es, en la lista de eventuales responsables civiles del artículo 61.3 de la L.O.R.P.M. ("padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho"), un ente administrativo no sustituyó a otro, sino que concurrieron los dos, uno como tutor y otro como guardador, cada cual con sus funciones y competencias, algunas compartidas...

(...) esas fugas concernían y mucho a la Diputación Foral de Álava, tutora del menor, porque lo que hiciera durante las mismas podría acarrearle responsabilidad civil y porque durante las mismas no podía ejercer sus funciones tuitivas y, consecuentemente, no puede demostrar que agotó sus posibilidades de control, educación y vigilancia, lo que redundaría, efectivamente, en la responsabilidad solidaria que impugna. Si en la misma situación se hubieran encontrado unos progenitores, no estarían excluidos de responsabilidad, pues la patria potestad seguiría vigente; aquí en ejercicio estaba la tutela y eso hace responsable al Consejo del Menor por las razones expuestas."

F.- RECURSOS

Criterios restrictivos del recurso de apelación. No es posible revisar las pruebas directas practicadas en audiencia a partir de las grabaciones digitales de juicios. Doctrina del TC. Inadecuación de la vía impugnatoria, sin solicitar nulidad ni ajustarse a lo prevenido en art. 790.2 LECrim.

SAP Madrid, sec. 4ª, nº 106/2021, de 25-03-2021, Pte.: Pestana Pérez, Mario

"...el Tribunal Constitucional entiende vulnerado el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías cuando el órgano de apelación, sin respetar los principios de inmediación y contradicción, procede, en su función revisora, a corregir la valoración de las pruebas personales realizada por el juez de instancia y revoca la sentencia absolutoria apelada en virtud de una reinterpretación de unas pruebas que no ha practicado. El respeto a los principios de inmediación, contradicción y publicidad impide, según dicha doctrina, que los jueces de

apelación modifiquen la valoración de tales pruebas sin haberlas practicado de forma directa y personal en la segunda instancia.

La repercusión que en esta doctrina podía tener la práctica de las grabaciones digitales de los juicios celebrados en primera instancia, grabaciones que sin duda permiten una revisión más profunda y detallada de las pruebas de carácter personal, es una cuestión que ha sido específicamente resuelta en la citada STC 120/2009, la que se excluye la equiparación entre la intermediación real y la virtual en el ámbito de la revisión de las sentencias absolutorias.

La aplicación de dicha doctrina constitucional, por lo tanto, no permite el reexamen de las pruebas personales practicadas ante el Juzgador de instancia, pruebas respecto a las cuales este Tribunal carece de intermediación. Y tal limitación determina la desestimación del recurso formulado, al ser patente que lo que se pretende en el mismo es una nueva valoración del testimonio prestado en la audiencia por la denunciante con el fin de sustituir el pronunciamiento absolutorio por otro de condena en esta segunda instancia, y todo ello sin que este órgano de apelación haya experimentado la intermediación respecto a dicha prueba personal.

En la sentencia apelada se valora el testimonio de Tomasa y se concluye que hay una duda razonable sobre la realidad de los hechos de la acusación al carecer de elementos de corroboración lo declarado por dicha testigo. Tal como alega la defensa del menor en la vista de recurso, la sentencia del Juzgado de Menores solo puede en rigor atacarse por la vía prevista en el artículo 790.2, párrafos tercero y cuarto, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuya vigente redacción fue introducida por la reforma operada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre. No es ese el cauce al que se ajusta el recurso examinado, en el que no se pide la nulidad de la sentencia recurrida sino su revocación a fin de que este Tribunal de apelación dicte otra en la que se declare la responsabilidad del menor expedientado.”

G.- PRESCRIPCIÓN

Los plazos establecidos en el art. 132.2 no quedaron afectados ni paralizados por la suspensión de plazos procesales establecida en la DA 4ª del RD 463/2020, que acordaba el estado de alarma. El auto sigue la línea sigue la línea interpretativa del Dictamen 1/2020, del Fiscal de Sala Coordinador de Menores.

AAP Cantabria, sección 1ª, nº 215/2021, de 14 de mayo de 2021, Pte: Aldecoa Alvarez-Santullano, Paz Mercedes

“NO cabe duda en lo que se refiere a la suspensión de los plazos procesales en virtud de lo señalado en la disposición adicional segunda que los mismos quedan interrumpidos. Ahora bien, no puede resolverse de igual forma la cuestión en el plano sustantivo, respecto del que la disposición adicional cuarta de dicho Decreto señala: " Los plazos de prescripción y caducidad de cualesquiera acciones y derechos quedarán suspendidos durante el plazo de vigencia del estado de alarma y, en su caso, de las prórrogas que se adoptaren”

Han surgido dudas a partir de tal disposición en relación el art.2 del Real Decreto Ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer

frente al Covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia que establece el reinicio del cómputo de los plazos sin tener en consideración el tiempo que hubiere transcurrido antes de la declaración del estado de alarma, si la proclamación del estado de alarma ha supuesto la interrupción del plazo de prescripción de los delitos. Esto es lo que sostiene quien aquí recurre.

Sin embargo, no entendemos que así sea. Los plazos de prescripción de los delitos siguen siendo los mismos sin que quepa en su cómputo descontar el tiempo de vigencia del estado de alarma. Resolver de otra forma implicaría aumentar en perjuicio del reo los plazos.

Siguiendo el criterio de la Fiscalía de Sala de Menores, hay varias causas que apoyan tal conclusión. La primera es que la norma que habilita el estado de alarma se refiere únicamente a la prescripción de " cualesquiera acciones y derechos", por lo tanto, al ejercicio de la acción penal (mediante denuncia y personación o mediante querrela), pero no hace mención a los delitos y sus consecuencias sancionadoras. Quedarían estos (y su prescripción) fuera de la regla general de suspensión. Una cosa es la extinción de la responsabilidad criminal que la prescripción implica (art. 130.6 CP) y otra distinta, aunque relacionada, el plazo para ejercitar una acción penal.

La segunda es que la naturaleza del instituto de la prescripción del delito, dado su carácter predominantemente sustantivo, implica que le sea aplicable la irretroactividad de las normas sancionadoras (art. 2 CP).

El Tribunal Constitucional señala que el fundamento último de la prescripción radica en razones no de carácter procesal, sino material, directamente relacionadas con la legítima finalidad de la pena (prevención general y especial), por considerar que el paso del tiempo disminuía la necesidad de respuesta penal por parte de la sociedad e incluso por parte del delincuente. Esta concepción de la prescripción (su carácter material, superando el meramente procesal), supone que la misma no se entienda como un mero límite temporal al ejercicio de la acción penal, sino como algo mucho más importante, apareciendo así como un obstáculo al ejercicio del ius puniendi por parte del Estado en tanto constituye una forma de extinción de la responsabilidad criminal.

En consecuencia, no es que desaparezca el derecho del perjudicado a perseguir el delito, sino que es el propio Estado el que se va a ver privado de perseguir a un sujeto por haber quedado extinguida su responsabilidad penal. Por todo ello, el TC terminó concluyendo en dicha sentencia que " lo que prescribe no es la acción penal para perseguir el delito, sino el delito mismo".

De ese modo, quien cometió un delito en una determinada fecha, habrá de ser enjuiciado con arreglo a las previsiones penales entonces vigentes (lo que incluye la prescripción del delito y su plazo). No cabe, pues, mediante un nuevo cómputo del plazo de prescripción que excluyera el tiempo de vigencia del estado de alarma y, en definitiva, alargara el plazo, aplicar retroactivamente un nuevo plazo más largo a hechos cometidos con anterioridad.

Finalmente conforme a la doctrina del TC, las disposiciones que regulan los plazos de prescripción del delito y de las penas se consideran normas de derecho material, en consecuencia, su regulación, aprobación y modificación, debe tramitarse mediante ley orgánica, exigiendo esta una mayoría cualificada en el Congreso de los Diputados, mayoría absoluta conforme al artículo 81 CE. No tiene ese carácter el RD 463/2020, de 14 de marzo. No puede esta norma regular materias reservadas a ley orgánica. Esta interpretación implicaría que los

plazos de prescripción de los delitos y de las penas no resultarían afectados durante el proclamado estado de alarma.

Por lo tanto, hemos de compartir el criterio de la Magistrada de lo Penal y hemos de entender que el posible delito leve esta prescrito por paralización de la causa por un plazo muy superior al de tres meses que establece la LORPM (art.15) sin que quepa en su computo descontar el tiempo de vigencia del estado de alarma lo que implicaría en perjuicio del menor aumentar el plazo de manera desfavorable para él.

Consecuentemente ha transcurrido el plazo prescriptivo y por tanto el presunto delito ha de considerarse prescrito procediendo por tanto el sobreseimiento acordado.”

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

AAP Cantabria, sec. 3ª, nº 414/2020, de 06-11-2020, Pte.: Alonso Roca, Agustín

“La cuestión de la prescripción en la jurisdicción de Menores ha sido muy controvertida en la jurisprudencia, básicamente en la de las Audiencias Provinciales.

Un sector otorga eficacia interruptiva de la prescripción a las diligencias efectuadas por la Fiscalía de Menores en el seno de las Diligencias Preliminares de instrucción previas al Expediente judicial propiamente dicho. Otro sector se la niega, en tanto en cuanto no se trata de resoluciones judiciales y por consiguiente no satisfacen los parámetros procesales mínimos exigidos por el artículo 132 del Código Penal.

Hasta la reforma de este último precepto llevada a cabo por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de Junio, la institución de la prescripción en la Jurisdicción de Menores no había planteado especiales problemas interpretativos en lo que se refiere a la eficacia interruptora de las actuaciones de la Fiscalía, en concreto, al Decreto que el Fiscal dictaba incoando el expediente de menores, dada la especial atribución al Ministerio Fiscal de la instrucción, conforme al artículo 16 de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores 5/2000 de 12 de Enero como a la anterior redacción del artículo 132 mentado, que establecía que " la prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra el culpable". Dicha situación ha cambiado con la reforma del artículo 132.2 del Código Penal que concreta el momento interruptor e introduce una novedad sustancial en su regla 1ª cuando establece que " se entenderá dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito (o falta, en la redacción anterior a la L.O. 1/2015 de 30 de Marzo)"; concretando la "persona determinada" contra la que se dirige el procedimiento en el apartado 3 del precepto citado al especificar que dicha persona " deberá quedar suficientemente determinada en la resolución judicial, ya sea mediante su

identificación directa o mediante datos que permitan concretar posteriormente dicha identificación en el seno de la organización o grupo de personas a quienes se atribuya el hecho ". En resumen, conforme a esta nueva regulación sólo el acto jurisdiccional consistente en el dictado de una " resolución judicial motivada " tendrá el efecto de interrumpir la prescripción.

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

La doctrina de las Audiencias Provinciales ha sido prácticamente unánime en negar al Decreto del Fiscal la eficacia interruptiva de la prescripción, criterio que comparte esta Audiencia por cuanto debe negarse la equiparación entre la resolución judicial motivada de la que habla el artículo 132 y el Decreto del Fiscal que inicia la instrucción contra un menor de edad, y ello aun en el caso de que estuviera motivado, pues por resolución judicial no puede entenderse otra cosa distinta de las resoluciones a que se refieren la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 141 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las providencias -y éstas con muchas reservas-, autos y sentencias. Entenderlo de otro modo supondría una interpretación extensiva al exceder claramente del tenor literal del artículo 132.2 mentado. Esta conclusión también es reconocida por la propia Circular Nº 9/2011 de la Fiscalía General del Estado, en la medida que admite que su propuesta - eficacia interruptiva de sus resoluciones- va contra ese tenor literal, proponiendo una alternativa subsidiaria: que tal efecto interruptor correspondería al Auto de incoación dictado por el Juez de Menores tras la comunicación por parte del Ministerio Fiscal de la incoación del expediente. Sostiene la Fiscalía que, aun cuando el artículo 16.3 de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores se limita a consignar que, recibida esa comunicación, el Juez de Menores iniciará las diligencias de trámite correspondientes, sin embargo, pese a tan lacónica expresión, tal resolución abre un proceso judicial: el Expediente del Juzgado. Por ello, ese auto de incoación, en cuanto determina el inicio del procedimiento en el Juzgado e individualiza la persona o personas menores de edad contra los que se dirige y el hecho indiciariamente atribuido, debe considerarse una resolución judicial motivada hábil para interrumpir la prescripción en los procesos de menores. El auto del artículo 16.3 tiene auténtico contenido procesal y material y supone el inicio de un verdadero proceso contra persona determinada a la que indiciariamente se imputan unos hechos delictivos. Existe no obstante división entre las Audiencias Provinciales, en relación a esta última posibilidad: unas consideran que la resolución del Juzgado de Menores en la que se ordena la iniciación del expediente no interrumpe la prescripción ya que se limita a dar curso al trámite legalmente establecido sin posibilidad de decisión sobre la iniciación o no de tal expediente, no realizándose, en consecuencia, una valoración sobre la posible participación del menor en un hecho punible; otras, siguiendo la alternativa propuesta por la Fiscalía General

del Estado, consideran que el auto del Juez de Menores en el que se acuerda la incoación del correspondiente expediente de reforma y la apertura de la pieza de responsabilidad civil -artículo 16.3 de la LORPM, con identificación del menor expedientado y con conocimiento por el Juez de Menores de la denuncia formulada contra dicho menor y de las actuaciones realizadas por la Fiscalía de Menores-, en cuanto órgano estatal encargado de la instrucción del procedimiento -y único legitimado para hacerlo-, tiene efectos interruptores de la prescripción.

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

Teniendo en cuenta que lo esencial es ese acto judicial revelador de la voluntad estatal de no renunciar al ejercicio del ius puniendi y acudiendo a una interpretación sistemática que valore en su conjunto el régimen legal de la prescripción regulado en el Código Penal y las peculiaridades del procedimiento previsto en la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores y, singularmente, la atribución al Ministerio Fiscal de la función instructora en cuyo marco se produce precisamente la imputación inicial del menor y se traduce igualmente la voluntad del Estado de perseguir la infracción penal indiciariamente cometida por aquél, se llega a la conclusión antes expuesta que dota al auto que incoa el expediente judicial de eficacia interruptiva de la prescripción.

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

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

La prescripción del delito se interrumpe desde que el Juzgado de Menores dicta el auto motivado del art. 16 LORPM, incoando expediente de reforma. Tal auto integra los requisitos del artículo 132.2.1ª del Código Penal, con independencia de la mayoría o minoría de edad de la víctima.

SAP Barcelona, sec. 3ª, nº 71/2021, de 08-02-2021, Pte.: Martínez Luna, María del Carmen

“En el presente caso, dados los razonamientos de la sentencia de instancia y motivos del recurso, nos exige un reexamen de la cuestión, al hilo también de los criterios que se han ido asentando recientemente en las resoluciones de la Sala y que nos permite analizar nuevamente la cuestión.

Para resolver el objeto que se plantea en esta alzada vale la pena recordar de forma muy sucinta, por ser debate ya sabido, cual es el origen de la problemática que hoy nos ocupa, y que tiene su raíz en la regulación de la prescripción en el Código Penal dada por ley 5/2010 de 22 de junio y su incidencia en el procedimiento de menores, lo que en su momento dio lugar a resoluciones muy dispares de las Audiencias, al entender unas que el auto del art. 16 era un auto debido del Juez de Menores y por ende inmotivado, y otros que entendían que " el auto dictado por el Juez de Menores al amparo del artículo 16.3 en cuanto supone el inicio del proceso en el ámbito judicial, interrumpe la prescripción en la medida en que acuerda continuar el proceso contra persona determinada a quien se atribuye de manera provisional la comisión de la infracción penal y abre un auténtico proceso judicial contra persona determinada por la presunta comisión de un ilícito penal y ello con las especialidades que determina la intervención educativo-sancionadora del proceso de menores, interrumpiendo, en consecuencia, la prescripción del ilícito penal", en palabras de la AP Cantabria, Sec. 1.ª, 488/2013, de 3 de diciembre que recoge las posturas dichas. Así las cosas, consideramos que el auto dictado al amparo del art. 16.3 LORPM en cuanto supone el inicio del proceso en el ámbito judicial interrumpe la prescripción en la medida en que acuerda continuar el proceso contra persona determinada a quien se le atribuye de forma provisoria la comisión de una infracción penal, es decir que no es un auto debido, sino motivado al poder en su caso el Juez de Menores no dictarlo por entender que los hechos están prescritos u otra circunstancia, conlleva que el auto de incoación del expediente de fecha 27 de junio de 2018 tenga efectos interruptivos de la prescripción toda vez que cumple con las exigencias precisas en cuanto a la concreción subjetiva y motivación de la indiciaria imputación al referirse al ilícito imputado.

En este punto cabe señalar en cuanto a la intensidad motivadora que precisa el auto que nos ocupa, que el mismo debe de permitir dos cosas, una que el Juez ejerza un control provisorio sobre la apertura de ese procedimiento, en los términos dichos, y la segunda que permita conocer al menor expedientado el hecho objeto de investigación -circunstancia que obtendrá su máxima eficacia al comunicársele al menor expedientado la incoación del expediente, art. 22 LORPM, en términos que le permitan conocer los hechos objeto de imputación y derechos que le asisten.

Es práctica habitual en los Juzgados de Instrucción que el auto de incoación de diligencias previas, se refiera a que los hechos puestos en conocimiento del Juzgado revisten provisoriamente caracteres de delito y que procede la apertura del procedimiento contra determinada persona, entendiéndose que dicha resolución cumple a los efectos interruptivos de la prescripción en los términos del art. 132 CP, siendo el contenido de dicha resolución, parejo al del auto del artículo 16 LORPM en cuanto a la decisión de aperturar un procedimiento, por

un delito contra un menor, sin olvidar la distinta naturaleza, particularidades y singularidades de uno y otro procedimiento, pero que nos lleva a concluir que el esfuerzo motivador, lo es en clave de preservar las dos finalidades antes dichas. En estos términos entendemos que en el caso que nos ocupa el auto de incoación dictado al amparo del art. 16 LORPM cumple a los efectos interruptivos de la prescripción, designa las personas contra las que se dirige el procedimiento, el ilícito que provisoriamente se estima constituyen los hechos y se hizo constar que se dictaba al efecto de interrumpir la prescripción. Sin que podamos entender que el decreto de incoación del Fiscal no contenía información suficiente, pues consta en las actuaciones que se le remitió al Juez de Menores junto a la indicada resolución de Fiscalía, fotocopia de las diligencias que dieron origen al expediente.

Tampoco podemos entender que en este caso, la ausencia motivadora de la resolución dictada al amparo del art. 16 LORPM, que pretende el recurrente, al efecto de despojarla del efecto de interrumpir la prescripción, sea un argumento en contra del menor expedientado, es decir, es preciso un esfuerzo motivador, como lo es en toda resolución que tiene como destinatario el justiciable, para que este comprenda las razones del pronunciamiento que contiene, pero entendemos que no puede hacerse valer ese pretendido defecto para evitar que no opere el plazo de prescripción del delito en favor del menor expedientado, pues el argumento del Fiscal pretende desplazar el real objeto de contienda y que ha sido debatido a lo largo del tiempo, si dada la naturaleza del art. 16 LORPM puede entenderse con efectos interruptivos de la prescripción o se ha de desplazar al auto de apertura de audiencia por considerarse que esta es la primera resolución judicial motivada que se dicta. Es ilustrativa para la correcta comprensión de la cuestión el auto de la SAP Girona recurso 457/2019 de 22 de mayo de 2019.

Dicho lo anterior, se ha analizar la racionalidad de contar con dos momentos distintos en el procedimiento para el "dies a quo" de la prescripción en función de si la víctima es o no mayor de edad, cuestión que entronca con la previsión del art. 132. 1 Código Penal referida al hecho de ser la víctima menor de edad y computarse los términos desde el día en que ésta haya alcanzado la mayoría de edad.

Si concluimos que el auto del art. 16 LORPM no es un auto debido, que el mismo tiene efectos para iniciar el cómputo de la prescripción, por tratarse de una resolución motivada en la que atribuya indiciariamente la comisión del delito a una persona determinada, siendo a partir de este momento, en el que está plenamente identificada la persona contra la que se dirige el procedimiento penal, y entendemos que la cláusula del art. 132.1 párrafo segundo referida a la víctima menor de edad va vinculada al hecho de que no se haya iniciado procedimiento, es decir, que el menor víctima no haya hecho uso del ejercicio del derecho a denunciar y no se haya incoado un procedimiento, pues esa parece ser su finalidad, que hechos graves con una importante afectación no queden impunes por ser las víctimas menores de edad, personas más vulnerables, pero una vez denunciado el hecho e incoado el procedimiento, no parece que la duración del procedimiento, el juego de la prescripción, pueda quedar al albur de la edad de la víctima, pues ello conlleva una situación de incerteza e inseguridad para el menor expedientado, que conlleva en todo caso que entendamos, con víctima mayor o menor de edad -siempre en el caso en

que ésta haya formulado denuncia o querrela antes de la mayoría de edad- , que el auto que ha de permitir el inicio del cómputo del plazo de prescripción es el del art. 16 LORPM .

Lo anterior, entronca a su vez con la normativa que regula el procedimiento de menores y que impone unos criterios de tramitación rápida y diligente en esos procedimientos, así el art. 20 de las Reglas Mínimas de la ONU para la administración de justicia de menores, o la Directiva (UE) 2016/800 de 11 de mayo de 2016 , a las que esta Sala se ha referido en diversas resoluciones, entre otras, la dictada en fecha 10 de febrero de 2020, rollo 116/2020, o la que se cita en la sentencia de instancia, rollo 7/2019 de 29 de octubre de 2019.

En conclusión, el dies a quo para el computo del inicio de la prescripción del delito cuenta desde el dictado del auto del art. 16 LORPM , entendiéndose por tal como un auto motivado, no debido, auto en el que se dispuso la incoación del correspondiente expediente de reforma y la apertura de la pieza de responsabilidad civil, con identificación de las menores expedientadas y con conocimiento por el Juez de Menores de la denuncia formulada contra dichas menores y de las actuaciones realizadas por la Fiscalía de Menores en cuanto órgano estatal encargado de la instrucción del procedimiento. Dicho auto cumple los requisitos a los que se refiere el artículo 132.2.1ª del Código Penal , y sin que sea preciso distinguir si nos encontramos ante víctima mayor de edad o menor de edad, pues la previsión del art. 132.1 párrafo segundo opera en supuestos en el que la víctima no ha denunciado el hecho y no se ha seguido procedimiento, no siendo este el caso que nos ocupa en el que la víctima denunció y compareció tanto en el Juzgado de Instrucción como en el procedimiento de menores.

En idéntico sentido SAP Barcelona, sec. 3ª, nº 153/2021, de 24-03-2021, Pte.: Guil Román, Carmen, donde se dice que: “hemos variado el criterio que veníamos sosteniendo en torno a la prescripción de los delitos en caso de víctimas menores de edad”

NOTA: Es verdaderamente compleja y llamativa la evolución hermenéutica de la Sec. 3ª de la AP de Barcelona respecto al problema de cuál debe considerarse el primer acto interruptivo de la prescripción. Durante largo tiempo rechazó la interpretación de la FGE en Circular 9/2011 y estimó que la primera resolución judicial motivada que interrumpía la prescripción era el auto de apertura de audiencia. De unos años a esta parte, sin embargo, moduló esa postura, considerando, por un lado, que el auto de incoación de expediente de reforma sí interrumpe la prescripción, siempre que identifique 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. De otro lado introdujo un matiz muy importante cuando la víctima era menor de edad: entendía que en tales casos el *dies a quo* era aquél en que alcanzaba la mayoría de edad y se interrumpía desde que se dictaba el auto de apertura de audiencia.

En estas dos últimas sentencias vuelve a matizar su propia doctrina, posicionándose en términos parejos a los expresados en la “tesis subsidiaria” de la Circular 9/2011. Entiende que el auto de incoación de expediente de reforma por el Juzgado, debidamente motivado, interrumpe

la prescripción. Y si la víctima es menor, la Sección 3ª reconoce que han “variado” su posición, pues dicen ahora que, si hubiera denunciado, antes de la mayoría de edad, el criterio será el mismo, sin que haya de esperarse a su mayor edad y al auto de apertura de audiencia.