

**N/REF: Comunicación con Fiscalías nº 8/2022**

**FECHA: 3 de febrero de 2022**

**ASUNTO: Remisión de repertorio jurisprudencial correspondiente al segundo semestre de 2021**

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

Madrid, a 3 de febrero de 2022

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 resaltar en este resumen la SAP Vizcaya, sec. 1ª, nº 9000025/2021, de 06-07-2021, que aborda el problema de los casos en que es el mismo Juez de Menores que acuerda una medida cautelar el que luego enjuicia los hechos. El tribunal concluye que la adopción de medidas cautelares en la jurisdicción de menores, conforme al art. 28 LORPM, no comporta necesariamente la contaminación y consiguiente pérdida de imparcialidad del Juez de Menores, sino que habrá de estarse al supuesto concreto para valorarlo.

Interesante resulta también el AAP Asturias, sec. 2ª, nº 522/2021, de 14-10-2021, pues resuelve acertadamente una cuestión que ha planteado problemas en la práctica. En dicha resolución la AP estima el recurso de apelación de acusación particular y el MF para que la medida de prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima no se cumpla al tiempo que el internamiento cerrado, sino después, con la libertad vigilada posterior, para que no quede privada de efectividad. Para el caso de permisos de salida, ordinarios o extraordinarios, se aplicará en esos períodos la medida de alejamiento, debiendo practicarse liquidaciones sucesivas, evitando así la desprotección de la víctima.

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**

**D.- X. EJECUCIÓN MEDIDA DE PROHIBICIÓN COMUNICAR CON VÍCTIMA**

**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

**Agresión sexual con introducción de dedos: resulta imperativa la imposición de la medida de internamiento en centro cerrado con un mínimo de duración de un año, conforme al art. 10.2 LORPM. Proporcionalidad.**

**SAP Madrid, sec. 4ª, nº 272/2021, de 09-09-2021, Pte.: Hervás Ortiz, José Joaquín**

“Se recurre también la imposición en la sentencia apelada de la medida de internamiento en régimen cerrado, afirmando que es desproporcionada y que no responde a la finalidad reeducadora que es propia de las medidas previstas en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (en adelante, LORRPM).

Tal motivo de recurso debe ser también rechazado, pues la medida de internamiento en régimen cerrado, complementada con una medida de libertad vigilada, es de imposición obligatoria en el caso de comisión de delitos como el que ahora es objeto de enjuiciamiento, en atención a lo dispuesto en el artículo 10.2. a) y b) de la LORRPM, con las extensiones temporales que en dicho precepto se establecen, siendo de un año la duración mínima del internamiento en régimen cerrado y siendo la duración máxima de la medida complementaria de libertad vigilada de tres años [art. 10.2. a)] y de cinco años [art. 10.2. b)], respectivamente.

En este sentido, no puede considerarse desproporcionada la imposición a Edmundo y a Clemente, que contaban con catorce y quince años de edad, respectivamente, a la fecha de los hechos, de una medida de un año y seis meses de internamiento en régimen cerrado, complementada con otra de libertad vigilada durante un año, teniendo en cuenta que el internamiento en régimen cerrado tiene prevista en la ley, en atención a las edades de estos dos menores a la fecha de los hechos, una duración máxima de cinco años y que la extensión máxima de la medida complementaria de libertad vigilada viene fijada también por la ley en tres años; y, en el mismo sentido, tampoco puede considerarse desproporcionada la imposición a David de una medida de dos años de internamiento en régimen cerrado, complementada con otra de libertad vigilada durante un año, teniendo en cuenta que, en atención a su edad a la fecha de los hechos, el internamiento en régimen cerrado tiene prevista legalmente una duración máxima de ocho años y que la extensión legal máxima de la medida de libertad vigilada es de cinco años.

En definitiva, las medidas impuestas en la sentencia apelada no son en absoluto desproporcionadas, en atención a la elevada gravedad de los hechos, y responden a la necesidad de realizar las correspondientes intervenciones educativas sobre los menores, a fin de que interioricen la gravedad de los hechos realizados y se les exprese el rechazo que sus conductas merecen, a fin de evitar

la reiteración en el futuro de conductas similares, dando aquí por reproducido lo que, a estos efectos y a las circunstancias de los menores expedientados, se señala en el fundamento de derecho quinto de la sentencia apelada

#### **A.- II. 4 PRINCIPIO ACUSATORIO**

**La sentencia no infringe el principio acusatorio al condenar a seis meses de asistencia a centro de día en lugar de las permanencias durante 5 fines de semana y 100 horas de PBC que el MF solicitaba. La medida impuesta no supone mayor restricción de derechos y es proporcional a la infracción.**

**SAP Málaga, sec. 8ª, nº 226/2021, de 19-05-2021, Pte.: Caballero-Bonald Campuzano, Manuel**

“No obstante es cierto y evidente que, en Derecho penal, el Juez sentenciador no puede sobrepasar en gravedad la pena interesada por las acusaciones. Pero, en nuestro caso, el Ministerio Fiscal interesó las medidas de 5 fines de semana domiciliarios y 100 horas de prestaciones en beneficio de la comunidad y en sentencia se impone la medida de 6 meses de asistencia a centro de día. Esta medida, tal y como señala el Ministerio Fiscal, no es objetivamente más grave que las interesadas por la acusación y es medida de menor alcance en la restricción de derechos del menor, por lo no se considera que se haya verificado una vulneración del principio acusatorio.

Para finalizar, se articula un último motivo del recurso, formulado con carácter subsidiario al considerar que la medida que se impone de seis meses de asistencia a centro de día como absolutamente innecesaria e inútil, pues el menor mantiene un comportamiento de total pulcritud, de ahí que no solo no proceda acordar adopción de ninguna medida desde el punto de vista jurídico, sino también desde el punto de vista educativo. Motivo que debe correr idéntica suerte desestimatoria pues los hechos declarados probados y confirmados en esta alzada tienen trascendencia y relevancia penal y merecen reproche también en la jurisdicción de menores al integrar un delito de lesiones del artículo 147.1 del CP, (además de un delito leve de daños), estimado la Sala que la medida impuesta no es desproporcionada y sí necesaria, sin perjuicio de lo que pueda acordarse en ejecución de sentencia sobre su posible modificación o sustitución.”

#### **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 perjudicada.**

**SAP Las Palmas, sec. 1ª, nº 244/2021, de 31-07-2021, Pte.: Herrera Puentes, Pedro Joaquín**

“Lo expuesto nos lleva, como así hizo la jueza de instancia, a analizar la reforma del Código Penal llevada a cabo por la LO 1/2015, de de 31 de Marzo en materia de delitos contra la intimidad, en concreto en lo referente al Descubrimiento y Revelación de Secretos y modificación que se hace del art. 197. Con esta reforma, tal y como se recoge en el apartado XIII del preámbulo de la citada LO, se pretende dar ahora respuesta punitiva a supuestos en los que las imágenes y grabaciones de otra persona se obtienen en principio con su consentimiento, pero luego son divulgadas contra su voluntad, siempre y cuando la imagen o grabación se haya producido en el ámbito personal y su difusión, sin el consentimiento de la persona afectada, lesione gravemente su intimidad. Así, introduce el citado precepto legal, en su apartado 7º, un nuevo tipo penal por el que se castiga a quien, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquella que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente gravemente la intimidad personal de esa persona.

Y cierto es que las fotos de Carla desnuda se obtienen por el menor apelante con la anuencia de la afectada, quien se lo envía voluntariamente, pero luego son difundidas y mostradas a terceros Nieves y Octavio, sin contar con la autorización de la primera. No se debe perder de vista que las imágenes enviadas por la interesada afectan a un apartado muy íntimo y reservado de su vida y se elaboran en un espacio privado, fuera del alcance de la mirada de terceros. El actuar desplegado por Alfredo consistente en esa difusión no querida y fuera del ámbito estricto de proyección que se le quería dar supone un claro y grave atentado a la intimidad, objeto de protección por la norma referida. No se debe obviar que el menor que lo difunde conoce el contenido y es consciente del alcance y exposición que supone el dar a conocer unas imágenes donde la afectada se muestra desnuda y mostrando sus órganos genitales.

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

**Se revoca la condena por el delito de malos tatos habituales del art. 173.2 CP, pues el relato de hechos probados no alcanza la necesaria precisión y entidad como para sustentar una condena por tal delito.**

**SAP Málaga, sec. 8ª, nº 253/2021, de 03-06-2021, Pte.: Caballero-Bonald Campuzano, Manuel**

“El recurso sí debe ser estimado en lo referente al delito de malos tratos habituales del artículo 173.2 del Código Penal. Argumenta la parte apelante, como uno de los motivos del recurso y en relación al maltrato habitual, que no se concretan los hechos y fechas de ese maltrato habitual, sin que se hayan concretado o probado ni el número, naturaleza, entidad, frecuencia y proximidad entre unos y otros ni en la declaración de la madre ni en las manifestaciones de la hermana, encontrándonos ante una condena que se apoya en afirmaciones de tipo genérico lo que habría imposibilitado al menor acusado de defenderse con plenitud.

Al respecto cabe señalar que, en el escrito de acusación inicial, no se concretaban los episodios, fechas, lugares y hechos esenciales en los que habría

cristalizado el delito de malos tratos habituales limitándose a relatar los tres episodios de maltrato puntuales. La sentencia impugnada añade el siguiente párrafo: "Desde hace varios meses, al menos nueve, el menor Ezequiel viene mantenido un comportamiento agresivo y violento en el domicilio familiar, con continuas discusiones, alterando la normal y pacífica convivencia. Con su madre mantiene continuas discusiones..."

De la lectura de este escrito de calificación y del relato de hechos probados de la sentencia parece evidente que el relato adolece de una indeterminación muy notable de los lugares, circunstancias y fechas en que las conductas atribuidas al acusado se habrían producido dando lugar al delito de maltrato habitual. A partir de este hecho resulta imposible articular defensa alguna respecto a tal acusación en su aspecto esencial de lugares y fechas. Inconcreción y abstracción que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva e impide contradecir tales hechos, al desconocerse como y cuando ocurren tales incidentes.

A tal efecto debe señalarse que para apreciar la habitualidad exigida en el artículo 173 se atenderá el número de actos de violencia que resulten acreditados, así como la proximidad temporal de los mismos.

Al respecto, sabidas son, las dificultades que puede conllevar la exacta determinación de los hechos, tanto para la configuración real de los delitos, como para su prueba, por las dificultades que derivan de que en la convivencia diaria entre cónyuges o parejas no se lleve cuenta detallada de aquellos sucesos para los que resultaría desaforada la exigencia de una óptima pormenorización.

la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene señalando (por ejemplo SSTS 232/2015 , 98/2013 o 856/2014 o de 27 de Abril de 2016, entre las más recientes), con relación al delito de malos tratos habituales que "se trata de un tipo con sustantividad propia que sanciona la consolidación por parte de sujeto activo de un clima de violencia y dominación; de una atmósfera psicológica y moralmente irrespirable, capaz de anular a la víctima e impedir su libre desarrollo como persona, precisamente por el temor, la humillación y la angustia inducidos. Un estado con autonomía propia y diferenciada, que se vertebra sobre la habitualidad, pero en la que los distintos actos que lo conforman sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor."

No obstante lo anterior, o precisamente por ello y como ya decíamos en nuestras sentencias de 16 de Noviembre de 2015, 30 de septiembre de 2016 o de 12 de Abril de 2017 , entre otras," es preciso, por exigencias del principio acusatorio y del adecuado ejercicio del derecho de defensa, que aún cuando puedan desconocerse algunos datos relativos a fechas, lugares y circunstancias de los hechos, se limiten por lo menos mínimamente estos, en relación con cada episodio vejatorio o agresivo objeto de acusación, enjuiciamiento y eventual condena ( STS de 20 de noviembre de 2008) aún cuando puedan llegar a desconocerse algunos datos relativos a fechas, lugares y circunstancias de los hechos"

En el presente supuesto el análisis de los hechos probados de la sentencia recurrida hacen concluir a la Sala que no consta un relato de hechos probados con la necesaria precisión y entidad como para sustentar una condena por delito de malos tratos habituales, sobre como, cuando y en qué circunstancias se produjeron los supuestos hechos violentos que se le atribuyen al menor acusado. La Sala considera que los tres episodios ya referido de malos tratos puntuales(

un empujón a la hermana, un puñetazo al hermano y una patada a su padre), no pueden ser calificados, además, como delito de malos tratos habituales pues entonces el concepto de habitualidad y su reproche independiente quedaría ampliado en exceso. Es necesario un plus que no puede integrarse con las consabidas expresiones de "comportamiento habitual agresivo y violento" o "con continuas discusiones alterando la normal convivencia". Falta de concreción que ya se apreciaba con claridad en el escrito de acusación y que limita seriamente el derecho de defensa del acusado al no permitirle articular en forma, la prueba pertinente en su descargo. Dicha falta de concreción se aprecia en el relato de hechos probados de la sentencia, sin concretar, aunque sea aproximadamente, lugares, fechas y circunstancias, lo que debe estimarse incompatible con el necesario respeto al principio acusatorio y ocasiona una efectiva y real indefensión al menor acusado.

En definitiva dicho relato de hechos probados no cubre los cánones mínimos exigibles para estimar que se cumple la necesaria concreción de los mismos, aún admitiendo la evidente dificultad en precisar, de forma detallada, los episodios y hechos que integrarían la situación de violencia habitual, ya que los mismos no describen acciones concretas y, -sobre todo,- suficientes del acusado a los efectos pretendidos.

No se describen episodios de insultos, agresiones o vejaciones ni se concretan sus fechas ni el menoscabo producido, más allá de los tres referidos episodios de malos tratos puntuales con distintos sujetos pasivos que la Sala estima que no pueden integrar tal situación de malos tratos habituales. Un delito cuya pena, en la Jurisdicción "de mayores" puede llegar a los tres años de prisión, y que no puede despacharse con una acusación amparada en una narración de hechos genérica e imprecisa.

Como señala la STS de 27 de Diciembre de 2012, aplicable también a los hechos probados contenidos en una Sentencia condenatoria "La imputación ha de describir actos en número y proximidad tal que de los mismos se deduzca la existencia de una situación que atente contra la integridad moral por ser contraria a la dignidad y libre desarrollo de la personalidad, haciendo insoportable la convivencia por el miedo, depresión o ansiedad que se genera, de una manera permanente.

Si bien es verdad que no se requiere la descripción de actos concretos a los fines de definir el presupuesto del tipo, sí que han de indicarse para que, desde ellos, por las específicas características con los que se describan, se pueda valorar la existencia o no de una situación de entidad suficiente como para entender afectado el bien jurídico protegido y satisfecha la exigencia fáctica del tipo penal específico de violencia habitual."

En el caso presente y aplicando la anterior doctrina no puede determinarse la proximidad entre los distintos episodios y, lo que es más importante, no es posible analizar con el necesario rigor si se ha producido la situación de muy difícil convivencia exigida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo ni, realmente, de los hechos objeto de acusación ni de los contenidos en el relato de hechos probados en la sentencia recurrida, puede deducirse que existiera una situación que atente contra la integridad moral por ser contraria a la dignidad y libre desarrollo de la personalidad, haciendo inviable la convivencia por el miedo, depresión o ansiedad que se genera, de una manera permanente para apreciar el presente tipo penal. En consecuencia procede la estimación del

recurso de apelación en este punto, lo que implica la libre absolución del recurrente con relación al delito de malos tratos habituales por el que ha sido condenado.

### **A.- III. 9 VIOLENCIA DE GÉNERO**

**Se estima el recurso del MF condenando, además de por delito de maltrato habitual, por delito continuado de injurias de los arts. 173.4 y 74 CP, entendiéndose que no quedan absorbidas en el tipo del maltrato del 173.2 CP.**

**SAP Málaga, sec. 8ª, nº 219/2021, de 17-05-2021, Pte.: Caballero-Bonald Campuzano, Manuel**

“...los recursos sí deben ser claramente estimados con relación al delito continuado de injurias de los artículos 173. 4 y 74 del Código Penal por el que formulaban acusación tanto el Ministerio Fiscal como la representación de la víctima.

Sostiene la sentencia que no es posible condenar por delito de injurias pues "tales expresiones vejatorias forman parte del maltrato habitual e impide el principio non bis in idem castigar los mismos hechos dos veces", argumento que debe ser rechazado por erróneo. El precepto de que se trata(173.2 del CP malos tratos habituales) ha suscitado ya abundante jurisprudencia que ha resaltado que el bien jurídico protegido en el delito de malos tratos habituales del artículo 173.2 CP, es la dignidad de la persona y su derecho a no ser sometida a tratos inhumanos o degradantes en el ámbito de la familia, protegiéndose al tiempo, de esta forma, la paz en el núcleo familiar como bien jurídico colectivo ( SSTS 474/2010 de 17 de mayo ; 889/20 10 de 19 de octubre; de 10 de noviembre; de 14 de marzo y 66/201 3 de 25 de enero). Aspecto éste que quedó reforzado tras la reforma operada por la LO 11/2003 , que situó los malos tratos habituales entre los delitos de torturas y contra la integridad moral, y los sancionó de modo agravado respecto del tipo básico, principalmente en atención a las características propias del ámbito familiar en el que se producen. Además, los límites del bien jurídico se ampliaron, pues eliminó como exigencia la convivencia en los supuestos de relaciones de afectividad análogas a las de los cónyuges y se amplió expresamente el abanico de posibles sujetos pasivos del delito a las personas que, por su especial vulnerabilidad, se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

De manera constante ha destacado la doctrina del Tribunal Supremo que la violencia física y psíquica a que se refiere el tipo es algo distinto de los concretos actos violentos o vejatorios aisladamente considerados, y que el bien jurídico es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad, quedando afectados fundamentalmente valores inherentes a la persona y dañado el primer núcleo de toda sociedad, el familiar (entre otras SSTS 645/99 de 29 abril ; 834/2000 de 19 de mayo ; 164/2001 de 5 marzo ; 105/2007 de 14 febrero ; 1050/2007 de 20 de diciembre; 716/2009 de 2 de julio ; STS 765/2011 de 19 de julio ; STS 782/2012 de 2 de octubre ; STS 1059/2012 de 27 de diciembre ; 66/2013 de 25 de enero; 701/20 13 de 30 de septiembre; 981/2013 de 23 de diciembre ó 856/2014 de 26 de diciembre).

Se trata de un tipo penal con sustantividad propia que sanciona la consolidación por parte de sujeto activo de un clima de violencia y dominación; de una atmósfera psicológica y moralmente irrespirable, capaz de anular a la víctima e impedir su libre desarrollo como persona, precisamente por el temor, la humillación y la angustia inducidos. Un estado con autonomía propia y diferenciada, que se vertebra sobre la habitualidad, pero en la que los distintos actos que lo conforman sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor.

En cuanto al principio non bis in idem, de conformidad con la jurisprudencia citada y con lo dispuesto en el artículo 173.2 párrafo primero in fine, las penas que se deben imponer por el delito de maltrato habitual no obstan a las que corresponden por los delitos en los que se han concretado los actos de violencia física o psíquica cometidos, esto es, el hecho de haberle condenado por el delito de maltrato habitual no impide a que se deba condenar también y en nuestro caso por los reiterados insultos sufridos por la víctima y que se recogen en los hechos probados de la sentencia recurrida.

En este sentido, el relato de hechos probados es claro al señalar, entre otros elementos, que "Durante su relación y en especial los últimos tres meses, eran frecuentes las discusiones entre ellos. Pedro Jesús pasó a no fiarse de Benita y siempre pensaba algo malo de ella, por lo que se acostumbró a menospreciarla llamándola guarra, cerda, asquerosa, subnormal, gilipollas, hija de puta, eres celosa, tóxica, y otras palabras similares que acabaron haciendo mella en la autoestima de Benita".

Tal conducta debe merecer reproche penal con independencia del delito de malos tratos habituales sin que, para ello, sea necesario acordar la nulidad parcial de la sentencia pues no es necesario variar los hechos probados de la misma, tratándose de una cuestión jurídica a resolver en esta alzada directamente. Es por ello que estimamos que tales expresiones son, clara y objetivamente, vejatorias e injuriosas, vertidas de forma continuada, por lo que tales hechos son constitutivos de un delito continuado de injurias de los artículos 173. 4 y 74 del Código Penal."

**Se desestima la pretensión del apelante de revocar la medida de seis meses de libertad vigilada, impuesta por delito de violencia de género, y sustituirla por tareas socio educativas. Se confirma la medida de LV al considerarla más apropiada al delito y porque faculta una intervención más amplia.**

**SAP Madrid, sec. 4ª, , nº 318/2021, de 07-10-2021, Pte.: Hervás Ortiz, José Joaquín**

"Igual suerte adversa ha de correr el motivo de recurso con el que se pretende impugnar la medida de seis meses de libertad vigilada que ha sido impuesta en la sentencia apelada, que es considerada desproporcionada e inadecuada por el apelante. Y ello porque, a la vista del informe del Equipo Técnico obrante en la causa, ha de concluirse que la referida medida resulta idónea y proporcionada, en atención a las circunstancias concurrentes en el menor, debiendo destacarse que, en la vista de apelación celebrada ante este Tribunal, la representación del Equipo Técnico expuso que era más apropiada la medida de libertad vigilada que la de tareas socio-educativas, porque permitía una intervención más amplia y flexible, considerando insuficiente la mera realización de "talleres" por parte del

menor sin que esa realización vaya acompañada de una terapia que dé lugar a una autoestima y que permita que pueda relacionarse mejor socialmente, considerándose necesario potenciar las habilidades sociales, lo que -siguió diciendo la indicada representación- no podía conseguirse exclusivamente con la realización de los referidos "talleres".

A la vista de lo expuesto, difícilmente puede sostenerse que no resulta adecuada a las circunstancias y al interés del menor la medida de seis meses de libertad vigilada que le ha sido impuesta en la sentencia apelada, sin que en el recurso se hayan ofrecido razones de peso que permitan considerar erróneo el criterio de los técnicos."

## B.- FASE DE INSTRUCCIÓN

**Para cumplir con el trámite del art. 23.2 de la LORRPM, basta que la Fiscalía tenga el expediente a disposición del Letrado, tantas veces como lo necesite, pues no exige la entrega de original y copia como el art. 780 LECrim. Tampoco existe indefensión por no dar vista vía Lexnet, pues ni se solicitó en instrucción ni las actuaciones permiten aún ser digitalizadas.**

**SAP Sevilla, sec. 3ª, nº 231/2021, de 18-06-2021, Pte.: Holgado Merino, José Manuel**

"Con independencia de ello la alegación del recurrente debe ser rechazada. El artículo 23.2 de la LORRPM, supuestamente infringido, establece: "El Ministerio Fiscal deberá dar vista del expediente al letrado del menor y, en su caso, a quien haya ejercitado la acción penal, en un plazo no superior a veinticuatro horas, tantas veces como aquel lo solicite".

Si se examinan las actuaciones se comprueba que efectivamente por el letrado del menor se presentó durante la instrucción del expediente por el Fiscal escrito solicitando se le tuviera por personado en nombre y representación del menor, que se entendieran con él las sucesivas diligencias que se practicaran y que se le diera vista de lo actuado, a lo que se dio cumplida respuesta por el Ministerio Fiscal mediante Decreto de fecha 7 de septiembre de 2020 en el que se le tuvo por personado, acordando entenderse con él las sucesivas diligencias que se practicasen, haciéndole saber que las actuaciones estaban a su disposición en la Fiscalía para la expedición de los particulares que precisare, lo que le fue debidamente notificado; y que con fecha 12 de noviembre de 2020 se dictó por el Fiscal otro decreto donde se acordaba tener por concluida la instrucción, la remisión del Expediente al Juzgado de Menores con el correspondiente escrito de alegaciones, y se acordaba poner en conocimiento del letrado del menor tal conclusión y que tenía a su disposición en la Fiscalía copia del informe elaborado por el Equipo Técnico, lo que le fue notificado al letrado del menor., sin que hiciera la menor objeción al mismo.

Se queja en el recurso el letrado del menor de que no se le hiciera llegar copia del expediente vía Lexnet por parte de la Fiscalía, pero ninguna mención a ella se hizo durante la instrucción del expediente, a lo que debe añadirse que conocía, pues no es la primera vez que plantea esta cuestión (Cfr. Rollo 6780/19

de esta misma Sala), que las actuaciones en la Fiscalía no permiten aún ser digitalizadas y, por tanto, no pueden ser remitidas vía Lexnet.

En consecuencia, no entendemos que se haya infringido el precepto mencionado pues por la Fiscalía se puso a disposición del letrado del menor el expediente, siendo, por tanto, la falta de conocimiento de las actuaciones que se alega por el letrado imputable solamente a él; y conocida es la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional según la cual no puede mantener una alegación constitucional de indefensión quien, con su propio comportamiento omisivo o falta de la necesaria diligencia, es el causante de la limitación de los medios de defensa que se haya podido producir ( TC 1ª, S 13-05-1987, núm. 54/1987)".

Sería suficiente para desestimar la pretensión que por vía de recurso ahora se vuelve a plantear con la constatación de que se trata de que cuestión procesal alegada por la defensa del menor expedientado no fue invocada en el acto de la audiencia, ni por tanto, han podido ser objeto de pronunciamiento por parte de la Juez de instancia, y menos lo puede hacer este Tribunal, al tratarse la apelación de una instancia revisoria de lo acordado por el Juez de instancia, y se alegan "per saltum" por primera vez en esta alzada.

No obstante, y si ésta no fuera suficiente razón, en las sentencias dictadas en los Rollos 2644/21 R y 4402/2021, este Tribunal se ha pronunciado desestimando tales pretensiones, con el siguiente argumentario "...El artículo 23.2 de la LORRM, señala que el Ministerio Fiscal deberá dar vista del expediente al Letrado del menor y, en su caso, a quien haya ejercido la acción penal en un plazo no superior a 24 horas tantas veces como aquel lo solicite.

Este precepto, ciertamente, es de obligado cumplimiento. El problema surge cuando se interpreta cómo se debe "dar vista del expediente al letrado del menor...". Pues bien, lo primero que se advierte es que no ha existido impedimento subjetivo alguna por parte del Ministerio Fiscal para dar vista del expediente, por las razones que expone el Ministerio Fiscal en su informe y hemos reproducido, para mejor comprensión.

Reconduciendo el tema podemos afirmar que para cumplir con el artículo 23.2 de la LORRPM, será el Letrado quien tiene que solicitar la vista del expediente por plazo no superior a 24 horas tantas veces como lo necesite y la Fiscalía cumplirá con tener el expediente a disposición del Letrado, (nótese que no se habla de entrega de original y copia de las actuaciones como, por otra parte, exige el artículo 780 de la LECrim).

Sí en ese caso tal prevención se ha cumplido y no consta obstáculo para conocer el estado de las actuaciones, no se ha causado indefensión y la alegación del recurrente debe ser rechazada.

Se queja en el recurso el Letrado del menor de que no se le hiciera llegar copia del expediente vía Lexnet por parte de la Fiscalía, pero ninguna petición hizo sobre solicitud de vista del expediente ni formulo queja alguna sobre su conclusión, que ya conocía.

En consecuencia, no entendemos que se haya infringido el precepto mencionado, pues, por la Fiscalía tuvo a disposición del Letrado del menor el expediente, siendo, por tanto, la falta de conocimiento de las actuaciones que se alega por el Letrado imputable solamente a él; y conocida es la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional según la cual no puede mantener una alegación constitucional de indefensión quien, con su propio comportamiento omisivo o falta de la necesaria diligencia, es el causante de la limitación de los

medios de defensa que se haya podido producir ( TC 1ª, S 13-05-1987, núm. 54/1987).

En definitiva, quizás sea deseable utilizar Lexnet para dar vista si se solicita, pero si no se hace, habrá que ver si esto es causa indefensión en cada caso. Y en este no se advierte por las razones expuestas.”

**Para cumplir con el artículo 23.2 de la LORRPM, será el Letrado quien tiene que solicitar la vista del expediente tantas veces como lo necesite y la Fiscalía cumplirá con tener el expediente a disposición del Letrado. La LORPM no exige entregar copia.**

**SAP Sevilla, sec. 3ª, nº 195/2021, de 07-06-2021, Pte.: Holgado Merino, José Manuel**

“El artículo 23.2 de la LORRM, señala que el Ministerio Fiscal deberá dar vista del expediente al Letrado del menor y, en su caso, a quien haya ejercido la acción penal en un plazo no superior a 24 horas tantas veces como aquel lo solicite.

Este precepto, ciertamente, es de obligado cumplimiento. El problema surge cuando se interpreta cómo se debe "dar vista del expediente al letrado del menor...". Pues bien, lo primero que se advierte es que no ha existido impedimento subjetivo alguna por parte del Ministerio Fiscal para dar vista del expediente, por las razones que expone el Ministerio Fiscal en su informe y hemos reproducido, para mejor comprensión.

Reconduciendo el tema podemos afirmar que para cumplir con el artículo 23.2 de la LORRPM, será el Letrado quien tiene que solicitar la vista del expediente por plazo no superior a 24 horas tantas veces como lo necesite y la Fiscalía cumplirá con tener el expediente a disposición del Letrado, (nótese que no se habla de entrega de original y copia de las actuaciones como, por otra parte, exige el artículo 780 de la Lecrim).

Sí en ese caso tal prevención se ha cumplido y no consta obstáculo para conocer el estado de las actuaciones, no se ha causado indefensión y la alegación del recurrente debe ser rechazada. En efecto, si se examinan las actuaciones se comprueba que por el Letrado del menor se presentó, durante la instrucción del expediente por el Fiscal escrito solicitando se le tuviera por personado en nombre y representación del menor, que se entendieran con él las sucesivas diligencias que se practicaran y que se le diera vista de lo actuado en fecha 21 de enero de 2020, a lo que se dio cumplida respuesta por el Ministerio Fiscal mediante Decreto de fecha 7 de febrero de 2020 en el que se le tuvo por personado, acordando entenderse con él las sucesivas diligencias que se practicasen, lo que le fue debidamente notificado; y que con fecha 11 de marzo de 2020 se dictó por el Fiscal otro Decreto donde se acordaba tener por concluida la instrucción, la remisión del Expediente al Juzgado de Menores con el correspondiente escrito de alegaciones, y se acordaba poner en conocimiento del Letrado del menor tal conclusión y que tenía a su disposición en la Fiscalía copia del informe elaborado por el Equipo Técnico, lo que le fue notificado al Letrado del menor (folio 85)., sin que hiciera la menor objeción al mismo.

Se queja en el recurso el Letrado del menor de que no se le hiciera llegar copia del expediente vía Lexnet por parte de la Fiscalía, pero ninguna petición hizo

sobre solicitud de vista del expediente ni formulo queja alguna sobre su conclusión, que ya conocía.

En consecuencia, no entendemos que se haya infringido el precepto mencionado pues por la Fiscalía tuvo a disposición del Letrado del menor el expediente, siendo, por tanto, la falta de conocimiento de las actuaciones que se alega por el Letrado imputable solamente a él; y conocida es la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional según la cual no puede mantener una alegación constitucional de indefensión quien, con su propio comportamiento omisivo o falta de la necesaria diligencia, es el causante de la limitación de los medios de defensa que se haya podido producir ( TC 1ª, S 13-05-1987, núm. 54/1987).

En definitiva, quizás sea deseable utilizar Lexnet para dar vista si se solicita, pero si no se hace, habrá que ver si esto es causa indefensión en cada caso. Y en este no se advierte por las razones expuestas.

La indefensión que se puede derivar de la aplicación del art. 23.2 de la LORRPM, solamente, se pueda producir desde que se persona el Letrado y en este caso la personación se produce el 7 de febrero de 2020.”

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

**Plena validez como prueba del reconocimiento de los acusados efectuado por el testigo en el acto de la audiencia, que no se ve mermado por la previa identificación fotográfica en vía policial.**

**SAP Tarragona, sec. 2ª, nº 310/2021, de 01-07-2021, Pte.: Fernández Mata, Antonio**

“...en cuanto a la fiabilidad del reconocimiento fotográfico y la necesidad de haber practicado reconocimiento de rueda judicial. Cabe recordar que reiteradamente la Sala Segunda del Tribunal Supremo ( entre otros, auto de fecha 12 de diciembre de 2013 ROJ 119/2013) ha declarado que los reconocimientos fotográficos, en los que los funcionarios policiales exhiben a los perjudicados álbumes con fotografías de "sospechosos", constituyen normalmente medios de investigación policial de general aceptación que no pueden viciar las sucesivas diligencias de reconocimiento por los testigos de los hechos investigados, llevadas a cabo con las pertinentes garantías legales ( STS 13-9-99 ) y que los reconocimientos ante el Juzgado y ante la Sala no sufren merma alguna por el hecho de que el reconocido en ellos lo hubiera sido también con anterioridad por fotografías exhibidas por funcionarios policiales en el ámbito de su investigación práctica, que no contamina ni erosiona las posteriores manifestaciones del testigo, tanto en las ruedas de reconocimiento como en las sesiones del juicio oral ( STS 19-7-02 ).

En este sentido, en cuanto a la validez de dicho reconocimiento, como ha reiterado hasta la saciedad la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, la eficacia probatoria de los reconocimientos personales previos cede, en todo caso, cuando en el propio acto del juicio oral el testigo reconoce al acusado. Dicho previo reconocimiento en fase instructora es un momento procesal oportuno para dicha constatación fáctica pero no es, ni mucho menos, exclusivo, de manera tal que de existir irregularidad en aquél no podría derivarse la imposibilidad

probatoria plenaria de acreditar la identificación del responsable por el reconocimiento directo e in situ por parte del testigo.”

**La obtención del fotograma del sospechoso de una red social y su posterior exhibición no son irregulares, dada la inexistencia de antecedentes y la imposibilidad de obtener de otra forma la fotografía.**

**SAP Málaga, sec. 7ª, nº 42/2021, de 30-09-2021, Pte.: García Gutiérrez, Miguel Angel**

“...entiende la Sala que la identificación realizada por ambos testigos (agentes de la Policía Nacional) cumple todas las exigencias anteriores, sin que se aprecia la existencia de sesgo alguno de condicionamiento por los investigadores. En efecto, como expresó en el acto del juicio oral el Policía Nacional con carné profesional nº NUM006, a efectos de identificación del sospechoso señaló sustancialmente que el grupo de la investigación pidió colaboración a muchos componentes de la brigada, y a él y a su compañero les sonaba el chico que aparecía en la imagen de ser conocido de la zona del rastro, si bien no conocían su identidad, pero en otra investigación del grupo salió el nombre de Benigno, y cuando lo vieron no tuvieron dudas de que era la persona que habían visto en el video. Por ello, volvieron a ver el video, no teniendo dudas de que la persona que aparece en el video era él, expresando a continuación " Yo lo tengo absolutamente claro"; " sabían quién era, pero no tenían su identidad "; y que " pasó un mes o mes y pico desde que vieron el video hasta que a raíz de la denuncia llegan al tal Benigno, y ven que es el chaval que aparece en las imágenes, lo identifican, y esa identificación la pasaron al grupo que llevaba la investigación".

En ese lapso de tiempo se exhibieron gran cantidad de fotografías a la víctima, no reconociendo a ninguna persona. Y una vez se identificó a Benigno y se introdujo su fotografía en el reconocimiento fotográfico, la víctima lo reconoció sin ningún género de dudas, hecho que aconteció casi mes y medio más tarde de ocurrir el hecho y, según expresó en su declaración en el acto de plenario, " después de ver en diferentes momentos casi 500 fotos".

En este contexto, no se aprecia por la Sala que el reconocimiento fotográfico policial incurra en irregularidad alguna. En primer lugar, porque si bien pudiera ser deseable que todas las fotografías ofrezcan idénticas características, el hecho de que el fotograma relativo al acusado fuese obtenido de una red social dada la inexistencia de antecedentes policiales del menor y la imposibilidad de obtenerlo de otra forma no puede ser irregular. Pero es que, a mayor abundamiento, debe tomarse en consideración que la identificación que realizó la víctima D. Vidal aconteció el día 4/11/20 " después de ver en diferentes momentos casi 500 fotos", identificándolo sin ningún género de dudas, expresión que reiteró cuando fue interrogado en el acto de plenario, y cuando se le volvió a preguntar, volvió a responder que estaba seguro " plenamente " (minuto 20:40). En definitiva, no se aprecia influencia o sugestión alguna por parte de los agentes de Policía que invalide el reconocimiento del recurrente por parte de la víctima. A lo anterior ha de añadirse que la víctima tuvo tiempo suficiente para poder ver a la persona que intentó robarle, pues aunque los hechos sucedieron de noche y el autor se acercó a la víctima de manera súbita, a D. Vidal le dio tiempo a

identificarse como agente de la autoridad, a sacar su arma de fuego reglamentaria, indicarle que depusiera su actitud, ir retrocediendo cerca de treinta metros mientras aquel le decía " no tienes huevos de dispararme, suelta la pistola que también me la voy a quedar", amartillar el arma, quitar el seguro, y disparar al suelo, momento en que el autor le llamó "cabrón", y salió huyendo. Es más, salió detrás suya, y visualizó el incidente con el Sr. Fermín, llegando a manifestar que le hubiera dado alcance de no haber tenido que atender a este último. Por tanto, la víctima dispuso de tiempo más que suficiente para poder visualizar al autor, que además era una sola persona y no hacía uso de mascarilla."

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

**Procedencia del internamiento cautelar en régimen semiabierto por delito de maltrato familiar. La medida resulta adecuada ante la imposibilidad de mantener la convivencia por la reiteración de conductas agresivas hacia la madre, riesgo de que se repitan y consumo de tóxicos.**

**AAP Valencia, sec. 5ª, nº 723/2021, de 12-07-2021, Pte.: Canto Ceballos, Ana**

"Figura unido el testimonio de la denuncia formulada por la madre del menor, por los hechos que ocurrieron en fecha 14 de Junio de 2021, en el jardín de la vivienda en la que reside el menor con ella, el testimonio de la declaración de la madre y de la exploración del menor, quien ha reconocido que la insulta, también desde el último juicio, y que se encaró con ella.

En la comparecencia que tuvo lugar en el Juzgado de Menores, el Equipo Técnico, con relación a la situación del menor, próximo a cumplir 18 años de edad, expuso que se trata del tercer expediente del menor.

Que la valoración de las intervenciones previas era negativa. En cuanto a los 9 meses de tareas socioeducativas que se le impusieron en la sentencia dictada el Juzgado de Menores número 1 de Valencia, en fecha 14 de diciembre de 2020, Expediente de reforma 320/2020, por un delito de amenazas con agravante de parentesco, contra su madre Paulina, hoy denunciante, el menor no se implicaba, que en cuanto a la intervención psicológica, parece que no acude, que presenta conducta disruptiva, que no reconoce el consumo elevado tóxicos, al parecer, el principal problema, que no hay intención de cambio, que traslada a los demás la atribución de responsabilidades y que no hay interés para alcanzar autonomía. El Equipo Técnico concluía que resultaba imposible la intervención adecuada, en el núcleo materno y paterno.

En cuanto a la trayectoria del menor, la madre expuso que en Junio de 2020 y salió de la colonia DIRECCION000 en la que estuvo por agredirla. A ello se añade además, que la solicitud en cuanto a que el menor permanezca en el seno familiar, resulta inviable, dado lo manifestado por su padre, quien expuso que no estaba dispuesto a acoger a su hijo.

Atendiendo a lo expuesto, se considera que la medida acordada es proporcional y ajustada, habiendo sido dictada, además, en interés del menor. Las circunstancias concurrentes en la dinámica vital del menor, caso de no adoptarse una medida de entidad, como es el internamiento en régimen semiabierto, posibilitan de forma clara la reiteración de situaciones de riesgo. Situaciones

cuya probabilidad se vería incrementada, dado el problema de adicciones que padece.”

**Adecuación de la medida cautelar de internamiento semiabierto terapéutico por violencia filio parental. La medida es proporcionada y necesaria para evitar nuevos delitos, precisando contención además por los problemas psiquiátricos y de consumo de tóxicos de la menor.**

**AAP Vizcaya, sec. 1ª, nº 900026/2021, de 15-07-2021, Pte.: Pueyo Rodero, Jesús Agustín**

“En contra de lo indicado por la recurrente intentando edulcorar sus circunstancias personales, indicando que se encuentra muy arrepentida de todo lo ocurrido, que está dispuesta a retomar el tratamiento psicológico, que ha dejado de fumar porros así como las amistades que frecuentaba; la comprobación del expediente, informe del equipo técnico, que informó en sentido favorable a la medida acordada, nos permiten compartir las consideraciones atinadas y exactas del auto recurrido, alusivas al demoledor informe del Equipo sicosocial de menores: la menor presenta graves problemas de control de impulsos, el abandono por la misma de la atención psicológica privada con la que contaba y la descompensación que ha sufrido con derivación a psiquiatría, sin que este servicio haya realizado diagnóstico alguno de la menor; en el ámbito escolar, ha mostrado comportamientos disruptivos y expulsiones; muestra amplia dinámica de calle, frecuentando personas de más edad que ella y con consumo de tóxicos tales como alcohol y cannabis, sospechando que también consume otras sustancias. Es importante destacar que en cuanto a la posibilidad de que se evite la salida del hogar familiar por parte de la recurrente, los padres de la misma han declarado que la ven imprescindible en este momento, mostrando incapacidad para corregirla adecuadamente en dicho ámbito.

Todo lo cual revela, tanto un peligro fundado de continuar con su tendencia delictiva como, y sobre todo, la indeclinable e inmediata necesidad de someterse a un tratamiento psicológico-psiquiátrico, en un entorno de contención en el que abordar estos factores de intenso y grave riesgo, que no pueden abordarse adecuadamente con una medida de medio abierto, como la libertad vigilada.

Habiendo sido también tenidas en cuenta las circunstancias personales y sociales del menor a la hora de la adopción de las mismas, como así también se exige en el apartado segundo del antemencionado art. 28 LORPM . Y decisión que, si acudimos al auto de referencia, ha sido tomada de forma fundada, justificada y suficientemente razonada.

Por consiguiente, teniendo presente todo lo anteriormente expuesto, y en interés de la menor, que necesita, de modo prioritario, un abordaje educativo-terapéutico intenso, podemos concluir señalando que ha sido acertada, además de proporcionada y conforme a Derecho, la adopción de la medida cautelar impuesta a la menor, así como también el tiempo durante el cual se mantendrá la misma, seis meses, prorrogables en su caso, si fuera necesario, hasta la celebración de la audiencia y recaiga sentencia firme.

Todo ello, sin perjuicio de que, tal y como ordena el auto recurrido, una vez que, en el término de un mes, se realice un adecuado diagnóstico psiquiátrico de la menor y, como ocurre habitualmente en la jurisdicción de menores, de darse, en

el futuro, una consolidada y positiva evolución, la Ilma sra. Magistrada del Juzgado de Menores, podrá y sabrá valorar, en su caso, la procedencia de modificar la medida cautelar.”

**Violencia de género. Proporcionalidad de las medidas cautelares de libertad vigilada y prohibición de comunicarse con la pareja anterior del menor encausado, por su vulnerabilidad y la gravedad de los hechos.**

**AAP Valencia, sec. 5ª, nº 738/2021, de 15-07-2021, Pte.: Chirinos Rivera, Sonia Alicia**

“No ha lugar la estimación del recurso de apelación interpuesto contra la medida cautelar expresada en la parte dispositiva del Auto recurrido. En efecto, y aunque el apelante pretende minimizar los hechos, nos encontramos con unos hechos graves que revelan que la denunciante se encuentra en una situación de especial vulnerabilidad. Así se desprende de su testimonio, que ha destacado que no es la primera vez que ha sido objeto de maltrato y de amenazas de muerte por parte de su ex pareja con el que tiene un niño de corta edad, señalando que los hechos últimamente denunciados tienen su origen en el hecho de que haya iniciado una nueva relación de pareja. Esta circunstancia agrava su situación de riesgo y vulnerabilidad.

Las medidas cautelares impuestas pueden afectar a derechos fundamentales como el de la libre circulación, pero puestas en relación con las circunstancias del caso, el hecho de que además no conviven, que se trata de una ex pareja, y que por lo visto, el denunciado no acepta su nueva vida sentimental obligan - más que aconsejan- a que se adopten este tipo de medidas. Tanto la de libertad vigilada, como la de prohibición de aproximación y de comunicar con la denunciante.”

**Se confirma el internamiento semiabierto cautelar pues, constatado el maltrato del menor a su madre, sólo puede garantizarse la convivencia expulsando al menor del hogar para trabajar con él y proteger la víctima.**

**AAP Valencia, sec. 5ª, nº 767/2021, de 28-07-2021, Pte.: Blasco Costa, Alberto**

“En el presente caso, a la vista de las actuaciones policiales y la declaración de la madre, así como el parte de lesiones se comprueba la existencia de indicios que permiten deducir la posible comisión por parte del menor de un delito de malos tratos, debiéndose destacar que este delito afecta a la convivencia familiar que hace que la misma no sea posible, lo que justifica la necesidad de la medida acordada y por ello en ningún caso puede considerarse desproporcionada, al ser una exigencia lógica la necesidad de asegurar la convivencia familiar que solo puede lograrse, expulsando al menor del domicilio donde no ha sido capaz de comportarse de forma adecuada con su familia..

Dado su comportamiento violento se considera necesario sacar al menor de su entorno, no solo con el fin de proteger a la víctima, sino también para poder trabajar sobre el menor y sus comportamientos violentos, lo que se logra con la medida cautelar propuesta.”

**Se confirma el internamiento semiabierto cautelar, rechazando el argumento que la menor cumplirá los 18 años en cuatro meses, pues la convivencia familiar es imposible con ella y ha agredido a su padre, sin que anteriores medidas de LV surtieran efecto.**

**AAP Valencia, sec. 5ª, nº 899/2021, de 23-09-2021, Pte.: Domínguez Oliveros, María Inmaculada**

“...el Equipo Técnico informa en el sentido que la menor se encuentra en una situación grave de riesgo, en enero cumplirá

18 años, pertenece a una familia de padres separados desde mayo de 2019, disfuncional, con falta de recursos educativos, que se encuentran desbordados, la menor manipula emocionalmente a los padres, cambiando de domicilio según sus intereses, desde hace un año se encuentra ociosa, con antecedentes de fracaso escolar y comportamientos disruptivos en el centro educativo, tiene antecedentes por hechos similares, habiéndose dictado sentencia condenatoria, y cumplido una medida de libertad vigilada que no produjo un cambio en el comportamiento de la menor, como se deriva de los hechos por los que se siguen las presentes actuaciones, se relaciona con un grupo de iguales con conductas de riesgo sin seguimiento y control de un adulto; por lo que solo desde un entorno estructurado se pueden trabajar los déficits que presenta la menor.

La finalidad de la medida es la protección de la víctima (la persona que convive con ella en el domicilio) evitando nuevos comportamientos de la misma naturaleza por parte de la menor; y poder trabajar las carencias que la misma presenta antes que sea mayor de edad...”.

Por lo demás, haciendo propios en un todo los argumentos expuestos tanto por la Magistrada de instancia como por el Ministerio Fiscal, diremos que no se aprecia, en modo alguno, desproporción entre los hechos imputados a la menor y la medida aplicada al mismo. Nos encontramos con una menor que tiene un carácter violento, que tiene un enfrentamiento abierto con su padre, llegando a agredir a su padre. Además, constan dos condenas previas por delitos de la misma naturaleza, resultando que la libertad vigilada de uno de ellos no ha tenido el efecto disuasorio y reeducador esperado. De lo actuado se desprende que la convivencia de Tamara con su familia ha llegado a un punto insostenible, e incluso peligroso para sus padres. No es de recibo el argumento de que cuando cumpla 18 años su comportamiento mejorara.

Por tanto, es claro es que la menor requiere una intervención que, en el actual estado de cosas, no puede ser llevada a cabo por su familia.”

**Proporcionalidad de la medida cautelar de internamiento en régimen cerrado para menor de 14 años por delito de agresión sexual (arts. 179 y 180 CP). La gravedad de los hechos determinaría una medida de internamiento cerrado conforme al art. 10.2 LORPM. Es irrelevante que el menor no tenga otros expedientes o pertenezca a una familia estructurada.**

**AAP Valencia, sec. 5ª, nº 749/2021, de 21-07-2021, Pte.: Martínez Uceda, Sonia**

“Dados los términos del recurso formulado por la defensa del menor Pedro Francisco, nos remitimos en primer lugar a la motivación del auto apelado en lo relativo a los indicios delictivos y a los indicios de participación de dicho menor en los graves hechos investigados, hechos que revisten los caracteres, al menos, de un delito de agresión sexual previsto en el artículo 179 y 180 del Código Penal. Se trata en efecto de unos hechos delictivos cuya gravedad penal es patente y que encajan en los supuestos contemplados en el artículo 9.2 a) y 10.2 de la Ley Orgánica 5/2000 es decir, donde la medida definitiva que, en su caso, proceda imponer al menor, es preceptivamente un internamiento en régimen cerrado. En lo que se refiere al menor recurrente, dada su edad -14 años-, la extensión del internamiento comprende de uno a cinco años.

La medida cautelar de internamiento en régimen cerrado impuesta al menor Pedro Francisco es proporcionada a la gravedad penal de los hechos del expediente y homogénea con la medida definitiva que debe imponérsele, por imperativo legal, si es declarado responsable del delito de agresión sexual en el que aparece indiciariamente implicado como coautor. Además, dicha medida responde a una finalidad constitucionalmente legítima, cual es asegurar los resultados del expediente y garantizar, en interés del menor, una intervención institucional urgente y de contención. La propia participación del menor Pedro Francisco en los graves hechos investigados denota un manifiesto fracaso educativo en los valores más elementales de convivencia, pese a ser un menor integrado en una familia estructurada, que estudia y es querido por sus padres.

En este punto es ineludible volver a recordar lo señalado en numerosas resoluciones de esta Sección: No solo cabe el internamiento cautelar cuando haya motivos para sospechar que el menor va a colocarse en paradero desconocido, va a destruir pruebas o va a reiterar conductas delictivas. El periculum in mora, requisito básico de toda medida cautelar que se configura como un peligro de daño jurídico concreto derivado de la tardanza en la tramitación de un proceso, provoca en el caso de los menores, la necesidad de una respuesta institucional urgente e inmediata frente a un menor indiciariamente infractor que se halla en situación de riesgo, y atendiendo a su propio interés, y que permite la adopción de medidas educativas, de control y contención, semejantes a las que pueden imponerse en sentencia.

Sin ánimo de ser reiterativa, y remitiéndonos a los argumentos ya aludidos en auto de fecha 19 de enero de 2021, de 16 de febrero y 30 de abril del mismo año dictados por esta Sala, son tremendamente llamativas las contradicciones existentes entre las declaraciones de los tres menores expedientados, mientras que la declaración de la menor denunciante ha sido invariable desde el inicio de las actuaciones, aunque haya ciertas discordancias de poco calado; siendo, además, su estado físico compatible con su relato, ya que tiene marcas en la muñeca y miembros inferiores, y, por lo demás, todos están de acuerdo en que se encontraba en estado de embriaguez, por lo que, posiblemente, poca resistencia pudo ofrecer, especialmente, siendo -presuntamente- tres los agresores...

....Por lo demás, en cuanto a la adecuación de la medida a la situación de Pedro Francisco, parece que no existe una asunción de la seriedad de los hechos objeto de expediente, con lo que no puede descartarse una repetición de los mismos, por mucho que provenga de una familia estructurada, puesto que, al

parecer, ello no ha sido un freno suficiente para que, presuntamente, participara en los hechos, siendo de destacar, que, parece ser que los hechos ocurrieron en un garaje propiedad de su familia.”

**Se revoca el auto de internamiento terapéutico semiabierto cautelar, por no permitirlo la escasa gravedad de los hechos, constitutivos de un delito de usurpación de inmueble o robo con fuerza en tentativa.**

**AAP Barcelona, sec. 3ª, nº 818/2021, de 22-09-2021, PTE.: Rueda Soriano, Yolanda**

“Procede estimar el recurso interpuesto. Como ya hemos señalado, la medida cautelar de internamiento requiere atender a la gravedad de los hechos. Ya dijimos en nuestro Rollo 836/2021, ponente Sra. Carmen Guil Román: " los hechos no revisten entidad suficiente para acordar una medida cautelar privativa de libertad. Se trata de un delito de robo con fuerza en grado de tentativa. El menor en compañía de dos adultos y otro menor entraron en una vivienda de DIRECCION000 que si bien tenía mobiliario no estaba habitada al hallarse en venta según los denunciantes. El hecho de tener instalada una alarma no convierte el inmueble en una casa habitada. La inmediata intervención de la policía, alertados tras la activación de la alarma, permitió sorprender a los 4 jóvenes en la casa. Si bien no resulta creíble que el 24 de agosto entraran a pernoctar allí "porque hacía frío", y que la intención parece ser el apoderamiento de efectos por los vestigios que se localizaron, lo cierto es que no llegaron a hacer suyo efecto alguno al ser sorprendidos por la policía".

No concurriendo por tanto el primer requisito o presupuesto para la adopción de la medida cautelar adoptada, a la vista de la poca entidad de los hechos que se le atribuyen, procede estimar el recurso interpuesto, sin perjuicio de las consecuencias que en sede de ejecución de medias pueden tener posibles incumplimientos y la fuga del centro de internamiento, como de esta forma dijimos en el rollo referido a propósito de Camilo, con una situación personal y social semejante y una valoración análoga por parte del equipo técnico.”

**La Sala revoca el auto prorrogando más allá de los seis meses la medida de internamiento cautelar cerrado acordada en un homicidio en grado de tentativa. Insiste la Sección en la necesidad de una motivación reforzada para prolongar más allá de ese tiempo la medida cautelar, sin que estime causa suficiente que no exista informe de sanidad definitivo.**

**AAP Barcelona, sec. 3ª, nº 910/2021, de 20-10-2021, Pte.: Martínez Luna, María del Carmen**

“...la prórroga excepcional hasta los 9 meses que contempla la normativa, tras superar el inicial plazo de 6 meses ha de contar con una motivación reforzada, que justifique la necesidad de prolongar la restricción de libertad por encima del tiempo máximo señalado.

Y también hemos dicho en otras resoluciones, en concreto en el Rollo 116/2020 de 10 de febrero de 2020 Pte Sra. Guil Román "Por tanto, resulta necesario explicitar en la resolución qué concretos motivos han provocado la duración de

la instrucción más allá de los 6 meses haciendo necesaria ahora la prórroga de la medida.

TERCERO .-

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

Y también hemos dicho en nuestro rollo 114/2020 de 16 de febrero de 2020 Pte. Sra. Rueda Soriano " No obstante, aunque subsista la base indiciaria suficiente, el auto recurrido no motiva por qué y pese al transcurso del tiempo es procedente prolongar y mantener al menor en esta situación de privación de libertad. Cuando se prolonga una medida cautelar privativa de libertad más allá de su duración máxima (6 meses porque la prórroga es excepcional como ya hemos dicho) deben motivarse las razones de dicha prolongación más allá de las propias circunstancias personales del menor. Es decir, debe motivarse las causas intraprocesales que han impedido que el caso se instruya de una manera ágil y rápida..."

De ello cabe colegir dos ideas que deben presidir la adopción de una medida de prórroga de medida cautelar, que por una parte, el transcurso del tiempo evidentemente en sede de medidas cautelares incide de forma potente en la valoración de la necesidad del mantenimiento de una medida cautelar -como incide en la jurisdicción de mayores- si bien en menores el transcurso del tiempo dada las especiales particularidades de la jurisdicción de menores, hace que la instrucción de los expedientes deba ser ágil y se deba llevarse a cabo con celeridad, y que dada la posición que ocupa el Juez de Menores, deba en el momento de adoptar medidas como la que nos ocupa, valorar, que circunstancias han propiciado que la instrucción no haya concluido y la incidencia de dicha circunstancia en la situación del menor y cautela adoptada.

Siendo a su vez preciso el valorar la concurrencia de los presupuestos que legitimen el mantenimiento de la medida o en su caso dejarla sin efecto o sustituirla por otra menos gravosa.

Analizando la cuestión desde esta óptica, la motivación reforzada cabe entenderla como el análisis de los precisos presupuestos de la continuación de la medida y las circunstancias que hacen que no haya finalizado la instrucción, en este punto es cierto que constatamos que habitualmente por los operadores jurídicos, Ministerio Fiscal, abogados, no se hace excesivo hincapié al efecto de justificar o denunciar que razones -diligencias pendientes, circunstancias que han ocasionado la demora de la instrucción- han impedido concluir la instrucción siendo precisa la prórroga y no es menos cierto que el Juez de Menores no instruye, cuenta con la información que le suministran las partes que es la que debe valorar para adoptar la resolución que justifica o deniega la prórroga.

Dicho lo anterior la resolución recurrida da razón de cuál ha sido la causa que ha imposibilitado la finalización de la instrucción, estar pendiente el informe de sanidad al que se refirió el Ministerio Fiscal en la comparecencia, dando razón de que la visita médica estaba prevista para el día 19 de octubre de 2021, dato con el que la defensa del menor se mostró conteste en la comparecencia, pero no consta información ni en el testimonio remitido, ni en la comparecencia, que permita comprender la razón de la demora en el tiempo de dicha visita. Así las cosas, el auto recurrido da las razones que han imposibilitado el cierre de la instrucción de forma aséptica.

### TERCERO.-

Ello no obstante, apreciamos en este momento la existencia de indicios de delito, como se hace en la resolución recurrida, un delito de homicidio en grado de tentativa, -así en el propio escrito de recurso se refiere a que el menor ha reconocido la autoría de los hechos, evidenciándolo para destacar que el menor está consiguiendo los objetivos del tratamiento-, delito grave -dada la pena aparejada en jurisdicción de mayores- y que dota de soporte la medida acordada, ahora bien en cuanto a la concurrencia de las finalidades que se dice se persiguen con la adopción de la medida, y pese a que el padre del menor, vive el padre en el extranjero, en Zimbabue, valoramos que en este momento el transcurso del tiempo atenúa el riesgo de fuga, el menor ha sido matriculado en un centro de DIRECCION001 tal y como se justifica documentalmente, y no se aprecia que el potencial económico de la familia o el hecho de que el padre resida en el país dicho potencie el riesgo de fuga cuando, el menor tiene vinculación familiar con España, y desde el punto de vista del tratamiento, a la vista del informe del Equipo Técnico consideramos que nada impide que el mismo se siga en medio abierto. Si bien en la resolución recurrida se refiere a que la medida pretende conjurar el riesgo de que el menor pueda llevar a cabo nuevos hechos contra la víctima o interferir con posibles testigos del expediente, no hay razón que justifique dichas manifestaciones, cuando el menor no cuenta con previos incidentes o expedientes.

Las finalidades que se pretenden conjurar se cumplen con una medida de libertad vigilada, por la que estimamos procedente sustituir el internamiento cerrado en el que se encuentra actualmente el expedientado.”

**En idéntico sentido AAP Barcelona, sec. 3ª, nº 937/2021, de 28-10-2021, (Pte.: Rueda Soriano, Yolanda), en el que se revoca un auto prorrogando por tres meses la cautelar inicial de tres meses en internamiento semiabierto por dos robos violentos, en contra informe de ET.**

**NOTA: Compartimos, desde luego, la preocupación porque no se prolonguen las medidas cautelares privativas de libertad más allá del tiempo estrictamente necesario, debiendo exigirse una especial celeridad en la instrucción de tales expedientes (vid. Dictamen 3/2012 del Fiscal de Sala Coordinador de Menores, *sobre control en las secciones de menores de expedientes con medidas cautelares*).**

**Pero el criterio plasmado desde hace tiempo, en varias resoluciones de la Sec. 3ª de la AP de Barcelona, requiriendo una motivación reforzada para acordar las prórrogas de las medidas cautelares no deja de ser discutible, pues la Sala, por vía interpretativa, está introduciendo una exigencia *extra legem*, no contenida en el art. 28 LORPM. Tal exigencia, en algún caso, quizá pudiera anteponerse y entrar en conflicto con bienes jurídicos legales y relevantes como el riesgo de fuga, evitar la reiteración de actos delictivos o la defensa del interés del menor.**

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

La adopción de medidas cautelares en la jurisdicción de menores, conforme al art. 28 LORPM, no comporta necesariamente la contaminación y consiguiente pérdida de imparcialidad del Juez de Menores, sino que habrá de estarse al supuesto concreto para valorarlo.

Además, el planteamiento del recurrente no fue el correcto, pues ni instó la recusación en su momento ni pidió la nulidad en la alzada.

**SAP Vizcaya, sec. 1ª, nº 9000025/2021, de 06-07-2021, Pte.: González-Guija Jiménez, Alfonso**

“Aunque la parte apelante suaviza en cierto modo este motivo de impugnación, al referirse a la contaminación de la Jueza sentenciadora o a la existencia de elementos que permiten inferir un prejuicio previo -por los motivos ya explicados-, la realidad es que se está denunciando la pérdida de la imparcialidad de la Juzgadora de la instancia, o, como hemos expresado la vulneración del derecho fundamental a ser enjuiciado por un Juez imparcial.

Ahora bien, con independencia del desarrollo y tratamiento jurídico que daremos a este motivo de impugnación, en el hipotético caso en el que apreciáramos que ha sucedido en el supuesto enjuiciado, la consecuencia jurídica de ello nunca podría consistir en el pronunciamiento absolutorio que nos solicita el recurrente, porque supondría dejar imperejuzgada las acciones penales ejercitadas por las acusaciones. La estimación de este motivo siempre y necesariamente conduciría a declarar la nulidad del juicio y su nueva celebración por un Juez diferente y no contaminado (en expresión del apelante), pero no podría conllevar en modo alguno la absolución del menor expedientado, tal y como erróneamente se nos solicita.

Y esta primera premisa no es de menor entidad porque no solicitándose expresamente la nulidad del juicio, el Tribunal está limitado a enjuiciar aquello que se le solicita, ya que de lo contrario estaríamos privando a la contraparte de utilizar los medios de defensa que hubiera estimado oportunos en respuesta de esta petición, y con ello estaríamos vulnerando la garantía de preservar el principio de igualdad de armas de las partes en el proceso penal, lo que entendemos no nos autoriza el Ordenamiento Jurídico.

Ya adelantamos que desestimamos este motivo de impugnación, pero para ello nos parece oportuno recordar la doctrina jurisprudencial sobre la materia, y lo haremos siguiendo en sus aspectos esenciales lo establecido en la STS 4526/2020, de 15 de octubre, que analiza el supuesto más frecuente de contaminación de un Tribunal sentenciador cuando de alguna manera y en vía de recurso ha participado en decisiones adoptadas por el Juez Instructor de la causa. No obstante, entendemos que la filosofía que inspira esta detallada resolución judicial de alto Tribunal es aplicable al caso de autos en el que se atribuyen al órgano de enjuiciamiento la adopción de decisiones propias de las adoptadas por un Juez Instructor(...)

(...) Aplicando las ideas que acabamos de exponer, la primera y más importante conclusión que afirmamos es que la defensa del menor no planteó en forma la

recusación de la Jueza de la instancia, y no podemos entender soslayado este requisito ni por la alegación efectuada en vía de informe en el acto de la audiencia, ni tampoco por las concretas alegaciones efectuadas en el presente recurso. Ya nos explicó en la vista que no era partidario de adoptar esta medida, pero, como expondremos, esta postura no es técnicamente correcta.

Nos resulta evidente que con el relato de vicisitudes que se realiza en el recurso, y sobre los que la parte apelante entiende comprometida la imparcialidad del órgano de enjuiciamiento, debió plantearlo en legal forma en forma de recusación y no cuestionar una denunciada vulneración de un derecho fundamental a través de su informe evacuado en la audiencia. No es asumible que se niegue la imparcialidad de la Jueza por hechos que se conocen durante un dilatado periodo de tiempo, y que, sin acudir al mecanismo legal de la recusación, se pretenda negar la imparcialidad del órgano de enjuiciamiento, acudiendo a argumentaciones subjetivas que estaban a disposición del recurrente para ser analizadas previa y sosegadamente por otro órgano judicial de superior competencia. No actuando la parte de la manera descrita, a nuestro juicio, está haciendo uso de un recurso argumentativo utilizando una vía impropia e inadecuada y que no permite entender subsanada la preceptiva recusación, porque en realidad al renunciar de manera tácita al trámite legal adecuado para resolver la cuestión planteada, estaba aceptando y asumiendo la válida celebración de un juicio (audiencia) con todas las garantías; acto judicial, donde sin cuestionar a lo largo de su desarrollo la imparcialidad de la Juzgadora, ejercitó su derecho de defensa con todas las garantías legales.

En definitiva, es conocedor de todas las vicisitudes procesales acaecidas en torno a la adopción de medidas respecto a la persona del menor (medidas que conviene recordar son adoptadas en interés o beneficio del menor, y no como se afirma evidenciadoras de la imposición de una pena anticipada); es conocedor de la fecha del señalamiento con suficiente antelación, y pese a todo ello nada manifiesta en legal forma sobre la supuesta parcialidad de la Jueza de enjuiciamiento. Y no solo ello, no suscita la cuestión ni tan siquiera en el momento inicial del acto -lo que hubiera permitido un pronunciamiento definitivo sobre ello-, o más correctamente cuando se le notificó el señalamiento, y sin embargo ejercita el derecho de defensa que estima adecuado a sus intereses, y solo al final de la vista, en su informe, alega que se ha vulnerado su derecho a un Juez imparcial; lo que nos parece más próximo a un acto de abuso o fraude procesal que a una legítima denuncia de vulneración de un derecho fundamental, que, por tales premisas, no podemos ni compartir, ni asumir, ni lógicamente apreciar en la resolución del presente recurso de apelación.

Pero, aunque entendemos que este es el principal argumento de desestimación del motivo de impugnación, también somos conocedores de que la actual jurisprudencia es muy restrictiva sobre esta materia, interpretando que cuando un Tribunal ha adoptado decisiones que afectan al material instructor (procesamiento, sobreseimiento, medidas cautelares) se compromete su imparcialidad (ver la STS 821/2021, de 25 de febrero). Y, pese a esta afirmación, no obstante, también entendemos que las medidas previstas en el artículo 28 de la LORPM participan de una naturaleza que no se corresponde exactamente con las que adopta un Juez instructor a lo largo de la fase de instrucción.

Como es conocido, el artículo 28 LORPM contiene una regulación de las medidas cautelares para la custodia y defensa del menor expeditado o para la

debida protección de la víctima. Las mentadas medidas (que podrán consistir en internamiento en centro en el régimen adecuado, libertad vigilada, prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez, o convivencia con otra persona, familiar o grupo educativo) se adoptarán, a instancia del Ministerio Fiscal, cuando concurren determinados presupuestos y se persigan determinados objetivos.

Los presupuestos son dos:

- La existencia de indicios racionales de la comisión de un delito;
- El riesgo de eludir la acción de la justicia por parte del menor o atentar contra los bienes jurídicos de la víctima.

El objetivo es implementar la respuesta más satisfactoria para tutelar el interés del menor. Dicho de otro modo, existiendo indicios racionales de participación en el hecho delictivo, la medida cautelar ha de responder alguno de los fines constitucionalmente legítimos, cuáles son la evitación de la obstrucción a la justicia, la sustracción a su acción, la reiteración delictiva o la protección de la víctima, con la singularidad de tomar en especial consideración el interés del menor. Una interpretación global del artículo 28 de la LRRPM permite afirmar que el Juez de menores resolverá sobre la medida propuesta tomando en especial consideración el interés del menor.

Pues bien, afirmamos la singularidad que revisten las decisiones del Juez de Menores porque su contacto con la instrucción de la causa es ciertamente de mucha menor entidad que la de un Juez Instructor, y lo que pretende el legislador es que adopte una medida en beneficio del menor, cuando existen indicios de delito; y ello sin necesidad de que realice un exhaustivo y comprometedor análisis acerca de los indicios que le manifiesta el Fiscal. A nuestro juicio, el legislador pretende que constate la realidad de los indicios que se le manifiestan, sin entrar en valoraciones exhaustivas, pero con la finalidad de no adoptar una decisión injusta que no se basase en la existencia de unos indicios que le afirma el Fiscal, y con los que no está en contacto directo por no estar a su alcance y disposición.

Por ello, no apreciamos que la adopción de medidas en esta especial jurisdicción comporte necesariamente la contaminación y consiguiente pérdida de imparcialidad del Juez de Menores, sino que habrá de estarse al supuesto concreto para valorar si el Juez se ha limitado a constatar unos indicios que le afirman concurren y sin efectuar mas que una mera enunciación de los elementos de donde se extraen, o por el contrario procede a valorar con exhaustividad un juicio anticipado de culpabilidad, que sí podría conllevar su pérdida de imparcialidad; circunstancia ésta que entendemos no ha sucedido en el caso de autos, en el que la Jueza de Menores se limitó a mencionar - confirmando- los indicios genéricos que estableció la resolución del Juzgado de Instrucción nº 10; y sin que en las resoluciones relativas a la denegación del permiso apreciamos la denunciada contaminación, al ser susceptibles de interpretarse más en términos educativos y de beneficio del menor, que de juicio anticipado de culpabilidad”.

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

**Se desestima recurso contra el auto de apertura de audiencia, resaltando que no es equiparable al de incoación de procedimiento abreviado, ni el**

**Juez de Menores puede valorar la prueba en tal resolución, pues el instructor es el MF.**

**AAP Valencia, sec. 5ª, nº 718/2021, de 09-07-2021, Pte.: Blasco Costa, Alberto**

“Se formula Recurso de Apelación contra el Auto por el que se acuerda la apertura de la fase de Audiencia.

Por el recurrente se interesa que se deje sin efecto el Auto con el argumento que el el Auto recurrido nada se dice acerca de cómo se ha producido el robo, donde se ha producido el robo, cuáles son los objetos robados ni cuantos han participado en la comisión del delito por lo que se genera una clara indefensión al recurrente.

Olvida el recurrente que la presente causa se tramita conforme a la Ley Orgánica de la Responsabilidad Penal de los menores, es el presente procedimiento corresponde la Instrucción al Ministerio Fiscal, (art 16 LORPM), en este procedimiento una vez terminada por el Ministerio Fiscal la Instrucción, remite el expediente al Juzgado de Menores competente (art 30 LORPM), y el Juzgado competente una vez recibido el expediente, acuerda la apertura de la fase de Audiencia (art

31 LORPM), en definitiva, como bien indica el Juzgado al resolver el recurso de Reforma, se trata de una resolución meramente formal, sin que el juzgado de menores pueda modificar el trámite previsto en el art 31 LRPM.

Pretende el recurrente equiparar el Auto previsto en el Art 31 LORPM al Auto de Procedimiento Abreviado previsto en la LECRIM, sin embargo no es equiparable ambas resoluciones, pues en el Procedimiento Abreviado las funciones de Instrucción corresponde al Juzgado, que una vez practicadas las mismas debe valorar el contenido de la Instrucción y decidir si acuerda la continuación de la causa, sin embargo tal posibilidad de valoración la tiene vedada el Juzgado de Menores, pues su función es de sentenciar los hechos objeto de procedimiento, lo que no permite una valoración anterior a la sentencia del material probatorio, ante los riesgos de perder la imparcialidad formal.

La resolución recurrida no causa indefensión alguna al recurrente, lo cierto es que si bien el Juez de Menores no puede hacer una valoración del material probatorio, si lo debe hacer el Ministerio Fiscal, como órgano instructor y en el presente caso, dicha valoración se efectúa de forma adecuada en su escrito de alegaciones provisionales, donde expresamente se concreta los hechos que se enjuician y cuyo contenido está a disposición del recurrente, en definitiva ninguna indefensión se le causa.”

**Se desestima el recurso contra el auto de apertura de audiencia y la pretensión que se devuelva el expediente al MF para que practique nuevas pruebas. La LORPM no permite tal devolución, sino que el Juez pueda por practicar por sí las pruebas propuestas por la defensa y que hubieran sido denegadas por el MF (arts. 26 y 33 e) LORPM. Supuesto que no concurre.**

**AAP Valencia, sec. 5ª, nº 866/2021, de 16-09-2021, Pte.: Canto Ceballos, Ana**

“Procede la desestimación del recurso. A la vista de las actuaciones remitidas y lo alegado por las partes, se está en el caso de tener que desestimar el recurso interpuesto. En la resolución dictada por el Magistrado a quo se dispone la apertura del trámite de audiencia, conforme al art. 31 LORPM, según el cual, el juez de menores, recibido el escrito de alegaciones con el expediente, remitidos por el Ministerio Fiscal, procederá a abrir el trámite de audiencia, y se dará traslado a las partes acusadoras para que en el plazo de 5 días formulen sus respectivos escritos de alegaciones y propongan las pruebas, tras cuyo trámite, se dará traslado a la defensa para que en el plazo de 5 días formule a su vez escrito de alegaciones y proponga la prueba que considere pertinente.

Se comparten las argumentaciones expuestas en el Auto de fecha 30 de Junio de 2021, mediante el que se resuelve el recurso de reforma interpuesto. Esto es, la Ley 5/2000 no permite la devolución del expediente al Ministerio Fiscal para que se practiquen nuevas diligencias. Mediante el Auto de apertura de la audiencia, el Juez determina tras recibir el expediente de reforma, cuya instrucción únicamente incumbe al Ministerio Fiscal, dar traslado a los letrados del escrito de alegaciones, para que presenten en escrito de defensa, y luego decidir sobre la celebración de la audiencia, art 31 y 33 de la Ley 5/2000.

Se contempla la posibilidad de que el Juez pueda por sí mismo practicar las pruebas propuestas por letrado de la menor y que hubieran sido denegadas por el Ministerio Fiscal durante la instrucción, artículo 26 y 33 e) de la Ley 50/2000. Supuesto que no concurre en este caso, ya que la defensa no solicitó pruebas en la fase de instrucción.

En el acto de la audiencia podrá proponer o aportar las pruebas que considera para hacer valer sus pretensiones.”

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

**Se confirma el auto recurrido, que acordó prueba preconstituida de testigo de 16 años con discapacidad del 33%. Es procedente conforme a nuevo art. 449 ter LECrim, dada la vulnerabilidad del testigo.**

**AAP Barcelona, sec. 3ª, nº 862/2021, de 23-09-2021, Pte.: Rueda Soriano, Yolanda**

“El artículo 449 ter Lecrim, establece que cuando una persona menor de 14 años o una persona con discapacidad necesitada de especial protección deba intervenir en condición de testigo en un procedimiento judicial que tenga por objeto la instrucción de un delito.... Contra la integridad mora, la autoridad judicial acordará, en todo caso, practicar la audiencia del menor como prueba preconstituida, con todas las garantías de la práctica de prueba en el juicio oral ( art. 449 ter y 777.3 LECrim. Recordemos que la Ley de Enjuiciamiento Criminal se aplica con carácter supletorio en el procedimiento de menores (Disposición Final Primera LORPM ).

Ambos preceptos -449 ter y 777.3- entran en vigor el 25 de junio de este año, respondiendo dicho precepto que introduce la ley orgánica 8/2021 de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, según su Preámbulo, a la necesidad de evitar la victimización secundaria de los menores y de las

personas con discapacidad que requieran una especial protección. Explica así que la ley recoge una relación de criterios de actuación obligatorios, cuya principal finalidad es lograr el buen trato al niño, niña o adolescente víctima de violencia y evitar la victimización secundaria. Entre esos criterios de actuación obligatorios, es especialmente relevante la obligación de evitar, con carácter general, la toma de declaración a la persona menor de edad, salvo en aquellos supuestos que sea absolutamente necesaria. Ello es coherente con la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por la que se pauta como obligatoria la práctica de prueba preconstituida por el órgano instructor. El objetivo de esta ley es que la persona menor de edad realice una única narración de los hechos, ante el Juzgado de Instrucción, sin que sea necesario que lo haga ni con anterioridad ni con posterioridad a ese momento.

Realmente, esta Ley poco cambia en cuanto a la idea que ya inspiraba el articulado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal adaptado al Estatuto de la Víctima, de evitar a los menores de edad víctimas de delitos los perjuicios que les puede generar su paso por el proceso penal, adoptando una serie de medidas de protección como declarar solamente cuando sea necesario, y en el caso de víctimas menores de edad, que sus declaraciones sean grabadas por medios audiovisuales y puedan ser reproducidas en el juicio en los casos y condiciones determinadas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Lo que incorpora la LO 8/2021 es fijar una edad a partir de la cual a los jueces se les priva de la posibilidad de valorar e individualizar las circunstancias del/a menor, sino que necesariamente se presume legalmente que a ese/a menor el paso por el proceso penal le va a suponer perjuicios y por eso merece protección obligando en estos casos -menores de 14 años- de forma automática a preconstituir prueba. En los casos de menores con una edad superior a los 14 años, se convierte en una potestad judicial previa valoración individualizada del menor. Sin embargo, la ley referida incluye en dicho ámbito de obligatoriedad a los adolescentes con discapacidad, que desde luego son sujetos especialmente sensibles y vulnerables.

La prueba preconstituida se convierte y se erige así, en instrumento adecuado para evitar la victimización secundaria, siendo particularmente eficaz, cuando las víctimas sean menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

En el caso que nos ocupa, la víctima es menor de edad, tiene 16 años y además es una persona con discapacidad del 33% por un DIRECCION000, que le convierte en persona necesitada de especial protección precisamente por su minoría de edad. Concurren en este caso dos factores de vulnerabilidad, como son la minoría de edad y la discapacidad, que combinados en la misma persona que ostenta la parte procesal de testigo víctima, aumenta su situación de vulnerabilidad convirtiéndole en acreedor de medidas procesales de protección, como la declaración preconstituida. Debemos añadir que además es una garantía necesaria de corrección de la diligencia, toda vez que el menor está diagnosticado de un DIRECCION000 que hace que su exploración, para la obtención de una información de calidad, sea realizada por expertos y en condiciones ambientales adecuadas.

No se ve afectado el principio de contradicción ya que la exploración del/a menor se practica en presencia de la persona investigada, de su defensa y de las demás

partes. Y de hecho, el artículo 449 ter ya aludido exige que la práctica de la audiencia del/a menor se lleve a cabo con todas las garantías de la práctica de prueba en el juicio oral y de conformidad con lo establecido en el artículo anterior. Es decir, la posibilidad de contradicción acordando expresamente que las partes trasladen a la autoridad judicial las preguntas que estimen oportunas quien, previo control de su pertinencia y utilidad, se las facilitará a las personas expertas. Una vez realizada la audiencia del menor, las partes podrán interesar, en los mismos términos, aclaraciones al testigo.

Y la consecuencia necesaria es precisamente evitar más declaraciones del/a menor así como evitar que declare en el acto del juicio oral. Y en este sentido, el artículo 703 bis Lecrim establece que se procederá, a instancia de la parte interesada, a la reproducción en la vista de la grabación audiovisual -de la declaración del testigo-, de conformidad con el artículo 730.2, sin que sea necesaria la presencia del testigo en la vista.”

### **C.- XI. CONDENA EN COSTAS**

**Procedencia de imposición de costas devengadas por la acusación particular al menor, pues tal acusación intervino de manera relevante en defensa de los intereses de la víctima y su resarcimiento patrimonial.**

**SAP Valladolid, sec. 2ª, nº 129/2021, de 08-06-2021, Pte.: Donis Carracedo, Miguel**

“Como último motivo de recurso, se interesó que no le sean impuestas las costas procesales derivadas de la Acusación Particular, al amparo de lo establecido en los arts. 123 y ss, y 240,3 LECr, que tampoco debe ser acogido. Pues la inclusión en la condena en costas de las originadas a la víctima y perjudicado por mencionado delito, que se personó en las actuaciones en defensa legítima de sus intereses y en el ejercicio de derechos constitucionales, como el de tutela judicial efectiva ( art. 24,1 CE) y de asistencia letrada ( art. 24,2 CE), constituye la aplicación última del principio de causalidad al proceso penal, cuyo efecto precisamente es el resarcimiento, por quien fue declarado culpable del acto delictivo que causó el perjuicio, de los gastos procesales que hubo de efectuar la víctima en defensa de sus legítimos intereses.”

**Procedencia, en la justicia juvenil, de la condena en costas a los menores responsables del delito, incluyendo, en este caso, las de la acusación particular. Aplicación supletoria LECrim. Tesis de la FGE.**

**SAP Alicante, sec. 10ª, nº 155/2021, de 6-5-2021, Pte: Esquiva Bartolomé, María Margarita**

“El último motivo de impugnación es el relativo a la condena al pago de las costas de la acusación particular.

Es cierto que es una cuestión debatida y resuelta por la jurisprudencia menor de nuestras Audiencias Provinciales con criterios y soluciones diferentes.

El Dictamen 12/2010 de la Fiscalía General del Estado sobre condena en costas y proceso penal de menores, hace un análisis de los pronunciamientos judiciales,

resaltando la existencia de alguna resolución que no propugnan la condena al pago de las costas a los menores en base al silencio sobre la materia en la LORPM, que la condena recaería sobre los menores, mayoritariamente insolventes, y no sobre los responsables civiles, así se ha pronunciado la Sección 3ª de la AP de Barcelona en sentencias 1034/2009 y 984/2009. Otra línea de pronunciamientos, como la invocada en el escrito de recurso, optarían por una solución intermedia (S AP Madrid Sección 4ª 69/2009) que aplica la condena en costas con criterios restrictivos cuando concurren circunstancias especiales que determinen la oportunidad de su imposición ello basándonos en que la jurisdicción de menores se aparta de principio propios de la jurisdicción penal de adultos y "pretende ser la reacción jurídica dirigida al menor infractor de una intervención de naturaleza educativa". No obstante, también hay pronunciamientos favorables a la condena en costas como la sentencia de AP de Gipuzkoa Sección 1ª 134/2009 y la reciente de la AP de León Sección 3ª 58/2020 de 10 de febrero.

Esta última tesis favorable a la condena en costas de la acusación particular a los menores es la que se comparte por la Sala.

La falta de mención sobre la condena en costas de la acusación particular al menor condenado en un expediente de reforma en la LORPM no es obstáculo legal en la medida que según la disposición final primera de la ley reguladora de la jurisdicción de menores considera supletoria la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el Código Penal en aquellas cuestiones de naturaleza procesal y sustantiva, respectivamente, no contempladas específicamente en la ley de menores. Por lo que los artículos 239 a 246 de la LECrim y 109 a 115 del Código Penal serían de aplicación en la jurisdicción de menores.

Avala esta postura la reforma de la LO 5/2000 de RPM en su artículo 4 que introduce el derecho de las víctimas y perjudicados a personarse en el procedimiento penal de menores con derecho a nombrar abogado que les asista o instar el nombramiento de abogado de oficio si son titulares del derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Los argumentos que defienden la tesis de la no imposición de las costas no son acogibles por cuanto la insolvencia del menor, o mejor de la mayoría de los menores, no obsta a su condena, como ocurriría si se tratara de un adulto y sin perjuicio de que viniera a mejor fortuna y pudiera exigírsele el pago. Por otro lado, en la jurisdicción de adultos tampoco se hace responsable del pago de las costas al posible responsable civil directo condenado conjunta y solidariamente con el condenado penalmente al pago de las responsabilidades civiles, ni al responsable civil subsidiario. El pago de las costas corresponde al responsable penal por la comisión de un delito."

## **D.- FASE DE EJECUCIÓN**

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

**Se desestima el recurso del MF contra el auto del Juzgado que daba por cumplida la medida de libertad vigilada, por estimar que la petición del Fiscal adolece de absoluta inconcreción, pues no especifica ninguna de las posibles alternativas o consecuencias de no tener por cumplida la medida.**

**AAP Málaga, sec. 8ª, de 23-11-2020, Pte.: Caballero-Bonald Campuzano, Manuel**

“Se impugna por el Ministerio Fiscal la decisión del Juzgado de Menores dando por cumplida la medida de libertad vigilada de 24 meses impuesta al menor Luis Antonio al estimar que no se puede dar cumplida la medida a la vista del informe final emitido por el Técnico del SIMA y los incumplimientos en la realización de tal medida por parte del menor condenado, interesando por el Ministerio Fiscal en su recurso "la revocación del Auto y que se dicte otro por el que al menor no se le dé por cumplida la medida".

No concreta el Ministerio Fiscal en su recurso cuales deben ser las consecuencias de no dar por cumplida la medida de 24 meses de libertad vigilada. La cuestión, no es, desde luego baladí, pues la Ley guarda silencio sobre las consecuencias de tal decisión. Y así, el artículo 53 de la LORPM se limita a señalar que, una vez cumplida la medida, la entidad pública remitirá a los destinatarios designados en el artículo 49.1 un informe final, y el Juez de Menores "dictará Auto acordando lo que proceda respecto al archivo de la causa".

No se especifica en el recurso por parte del Ministerio Fiscal si la consecuencia de tal declaración de incumplimiento debe ser acordar un nuevo cumplimiento por la total duración de la medida, o sólo el cumplimiento de una parte de la misma, con reducción de los 24 meses iniciales o la sustitución de la medida por otra que se estime más adecuada de entre las previstas en la ley, posibilidad contemplada en el artículo 51 pero cuando la medida aún se está ejecutando. O bien, incluso, lo que pretende el Fiscal es que se actúe de conformidad con lo establecido en el artículo 50 de la LORPM para los supuestos de quebrantamiento en la ejecución de la medida impuesta. No es labor de este Tribunal, en esta alzada, concretar tan esencial petición pues las consecuencias de declarar no cumplida la medida no vienen especificadas en la ley y el abanico de posibles soluciones, algunas de ellas derivadas de la aplicación analógica de otros preceptos legales, no pueden ser concretadas y fijadas en esta alzada ya que debieron serlo por la parte recurrente, no existiendo petición al respecto. Ello impone la desestimación del recurso íntegra del recurso

**Cometen delito del art. 468 del CP quienes quebrantan, siendo ya adultos, una medida de la LORPM que les fuera impuesta siendo menores. Doctrina de STS sec. 1ª, nº 662/2019, de 14-01-2020.**

**SAP La Coruña, sec. 6ª, nº 157/2021, de 30-07-2021, Pte: Gómez Rey, José**

“En el recurso se alega que no cabe aplicar el artículo 468 del Código Penal porque el quebrantamiento de la medida de libertad vigilada a la que se hace referencia en dicha norma no lo es a la medida de libertad vigilada prevista en el artículo 7, letra h) de la Ley de Responsabilidad del Menor, sino a la regulada en el artículo 106 del Código Penal .

No cabe excluir de ámbito típico del delito de quebrantamiento de condena el quebrantamiento de las "medidas" impuestas por un juzgado de menores, puesto que no cabe duda que la finalidad de las medidas previstas en la LO 5/2000 es

también sancionadora, porque la responsabilidad del menor es también una responsabilidad penal (Exposición de motivos 1.1 y 1.4).

En este sentido se ha pronunciado la reciente STS de 14 de enero de 2020:

"El hecho de que cuando se imponga una medida a un menor y éste alcance la mayoría de edad se continúe el cumplimiento de la medida hasta alcanzar los objetivos propuestos en la sentencia en que se le impuso ( art 14 de la Ley 5/2000), debe entenderse en el sentido literal del precepto, es decir, se seguirá el cumplimiento de la medida conforme a la Ley de menores, pero no así si la quebranta, pues el referido precepto sólo se refiere el cumplimiento de la medida y no hace referencia a su quebrantamiento, por lo que no puede impedir la aplicación del Código Penal a hechos ocurridos cuando el autor de los mismos es ya mayor de edad.

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 de 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...

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 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..."

2. La medida de libertad vigilada a la que se hace referencia en el relato de hechos probados, con la obligación de participación y aprovechamiento del recurso formativo de ciclo medio fue acordada en el Auto del Juzgado de Menores de 4 de julio de 2017, en sustitución del tiempo que restaba por cumplir de la medida de internamiento en régimen semiabierto establecida en el Auto de 1 de diciembre de 2016."

#### **D.- VI. SUSPENSIÓN DE CONDENA**

**No es contraria a Derecho la suspensión de ejecución pues, aunque la medida sea de tres años de internamiento semiabierto, el último año de cumplimiento lo es en libertad vigilada. Así, la duración del internamiento no excede los dos años que estipula el art. 40 LORPM.**

**SAP Jaén, sec. 2ª, nº 155/2021, de 28-09-2021, Pte.: Aguirre Zamorano, Pío**

"Alega en segundo lugar el Letrado de la Junta de Andalucía que al ser la medida impuesta de 3 años de internamiento en régimen semiabierto no se le puede suspender la misma y también es improcedente esta suspensión al ser el delito grave y la falta de aptitud del menor.

El art. 40.1 LORPM dispone que: " El Juez competente para la ejecución, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del letrado del menor, y oídos en todo caso éstos, así como el representante del equipo técnico y de la entidad pública

de protección o reforma de menores, podrá acordar motivadamente la suspensión de la ejecución del fallo contenido en la sentencia, cuando la medida impuesta no sea superior a dos años de duración, durante un tiempo determinado y hasta un máximo de dos años. Dicha suspensión se acordará en la propia sentencia o por auto motivado del Juez competente para la ejecución cuando aquélla sea firme, debiendo expresar, en todo caso, las condiciones de la misma. Se exceptúa de la suspensión el pronunciamiento sobre la responsabilidad civil derivada del delito o falta."

Pues bien el art. 7.2 del mismo texto legal dispone que: " Las medidas de internamiento constarán de dos períodos: el primero se llevará a cabo en el centro correspondiente, conforme a la descripción efectuada en el apartado anterior de este artículo, el segundo se llevará a cabo en régimen de libertad vigilada, en la modalidad elegida por el Juez. La duración total no excederá del tiempo que se expresa en los artículos 9 y 10. El equipo técnico deberá informar respecto del contenido de ambos períodos, y el Juez expresará la duración de cada uno en la sentencia."

Así como informa el Ministerio Fiscal la medida de internamiento es de dos años en régimen semiabierto pues el último es en régimen de libertad vigilada, es por ello que se cumple el art. 40.1 de la LORPM.

En cuanto a la gravedad de los hechos, la juzgadora razona el "porqué" se le suspende la medida al considerar que " se trata de un menor para el que éste es su primer expediente, que no se ha visto en vuelto en otros hechos delictivos, que tiene una situación normalizada a nivel personal y familiar, necesitando progresar en el ámbito educativo y que no muestran predisposición hacia la comisión de hechos delictivos, ni consta tampoco patología o trastorno de índole sexual. Por ello, aunque no puede desconocerse la gravedad de los hechos, su impacto sobre la víctima, y el derecho de la misma a ser resarcida, en el derecho penal de menores debe conjugarse el aspecto retributivo o sancionador, con la finalidad socioeducativa y en el presente caso las circunstancias del menor y el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos, aconsejan proceder a la suspensión."

**Se deniega la suspensión de ejecución de la medida de permanencias en centro por delito de abusos sexuales. La suspensión del art. 40 LORPM es facultativa y no resulta adecuada en este caso pues el menor, como resulta del informe de ET, es renuente a asumir responsabilidad alguna.**

**AAP Valladolid, sec. 2ª, nº 475/2021, de 27-09-2021, Pte.: Sol Rodríguez, María de Lourdes**

"Se solicita por la recurrente la suspensión de la medida de permanencia en centro durante seis fines de semana o que sea ésta sustituida por la permanencia del menor en su domicilio durante seis fines de semana, hasta un máximo de treinta y seis horas entre la tarde a noche del viernes y la noche del domingo. Respecto de la suspensión, el Juez de Menores hace referencia expresa al informe emitido por el Equipo Técnico conforme a lo establecido en el artículo 40 LORPM, del que debe destacarse, de inicio, que está integrado por los mismos técnicos que emitieron el informe de 8 de abril de 2019 del que se adjunta copia con el escrito de recurso. El legislador ha querido que el Equipo

Técnico emita informe durante la instrucción de la causa y que también se solicite este informe en el supuesto de que se vaya a valorar la suspensión o la sustitución de las medidas impuestas en sentencia firme, y es lógico que así se exija puesto que el informe emitido antes del juicio ofrece una descripción completa de la personalidad y situación familiar, educativa y social del menor investigado, facilitando el que las medidas que puedan imponerse en el supuesto de que se estime que el menor ha cometido un hecho constitutivo de delito se adecuen a la concreta situación de ese menor, puesto que la finalidad de las medidas es, como se ha indicado, la de representar un instrumento para lograr la adecuada y efectiva reinserción de los menores infractores en el seno de una sociedad de ciudadanos libres, iguales y responsables.

El informe que se emite cuando se plantea la suspensión de las medidas parte de un supuesto de hecho diferente, puesto que respecto del menor ha recaído ya una sentencia condenatoria, que es firme y que le ha impuesto unas medidas concretas. Por tanto, no solamente ha transcurrido un importante lapso de tiempo entre el primer informe del Equipo Técnico (5 de abril de 2019) y el segundo (1 de julio de 2021), lo que posibilita que, tratándose de menores, se haya producido alguna modificación sustancial, es que además se trata ya de un menor del que en sentencia firme se ha considerado que ha cometido un hecho delictivo, por lo que su informe se dirige a valorar la necesidad o no de cumplimiento efectivo de las medidas impuestas, auxiliando al Juez de Menores a ponderar si, en ese concreto supuesto, respecto de ese menor, es más favorable para lograr su correcta reinserción el cumplimiento de las medidas impuestas o si, por el contrario, sería más beneficiosa su suspensión.

Esta óptica radicalmente distinta justifica sobradamente el que los dos informes del Equipo Técnico no sean coincidentes, sin que pueda estimarse que respecto del segundo se haya empleado "una metodología impropia, inadecuada y ajena a la finalidad del informe" como se señala en el escrito de recurso. No hay motivo alguno para dudar de la objetividad y profesionalidad de los técnicos que emitieron un primer informe [que se considera por la recurrente como favorable a su pretensión] en relación al segundo informe [que es cuestionado por la recurrente hasta el punto de considerar que se trata de un "diagnóstico prefijado con anterioridad"]. Se trata de los mismos técnicos, la metodología empleada se describe en el informe y en éste se recogen las conclusiones que extraen los técnicos, de los que, se reitera, no ha habido crítica alguna por parte de la recurrente hasta que el informe en fase de ejecución no ha sido acorde a sus pretensiones.

La suspensión de la ejecución de la medida es facultativa puesto que el artículo 40 LORPM expresamente emplea la expresión "podrá", y el Equipo Técnico considera que es necesaria la ejecución de esas medidas para que el menor tome conciencia y se responsabilice de los hechos cometidos. El que su Letrada [que es también su madre y en esa doble condición compareció ante el Equipo Técnico] no esté de acuerdo con las conclusiones del informe no resulta extraño puesto que su posición no cuenta con la objetividad de los técnicos, sino que, lógicamente, está teñida de la subjetividad propia que se deriva del parentesco con el menor expedientado y la defensa de sus intereses que como profesional está llevando a cabo.

El que el menor esté estudiando y que los fines de semana trabaje en hostelería es un dato positivo pero no relacionado con los hechos que dieron origen a la

condena, es evidente que la persistencia en la negación de los hechos, la negativa incluso a leer las resoluciones que se han dictado en la causa y su valoración de que él "está reinsertado" no es correcta, dado que se cometieron hechos graves que han dado origen a su condena y es preciso que el menor tome conciencia de que sus acciones tienen consecuencias, y esa conciencia, atendiendo al informe del Equipo Técnico, no se ha conseguido con el dictado de las sentencias en ambas instancias, siendo por tanto preciso el cumplimiento de las medidas, precisamente para intentar que el menor asuma su responsabilidad, por lo que la desestimación de la petición de suspensión se considera que es acorde con la situación personal de Adrian y su actitud frente a la condena que fue impuesta en su día."

#### **D.- VIII. SUSTITUCIÓN AGRAVATORIA DE MEDIDAS**

**No se produce indefensión por la inasistencia de la menor a la comparecencia para transformar la libertad vigilada que le fue impuesta en internamiento semiabierto. Se dio audiencia a su letrado, constanding la imposibilidad de contactar con la menor que incumplía la medida impuesta.**

**AAP Guadalajara, sec. 1ª, nº 343/2021, de 11-08-2021, Pte: Mayor Rodrigo, María Elena**

"Como señala acertadamente el Ministerio Fiscal en su argumentado informe, la resolución recurrida se ha adoptado conforme a lo establecido en los arts. 13 y 51 de la LORPM, que establecen que durante la ejecución de la medida, fase en la que nos encontramos, el juez de menores, oyendo a todas las partes, podrá dejar sin efecto aquellas medidas acordadas por sentencia o sustituirlas por otras que se estimen más adecuadas de entre las previstas en la ley...siempre que la nueva medida pudiera haber sido impuesta inicialmente atendiendo a la infracción, cometida. .

En el presente supuesto, en primer lugar, consta la Diligencia de la Letrada de la Administración de Justicia de 21 de julio, en la que deja constancia de la imposibilidad de contactar con la menor, sin que ni sus padres ni la entidad pública tengan conocimiento de su paradero, por lo que, no se ha incurrido en ninguna infracción por la celebración de la vista sin su presencia, lo que no resulta imprescindible siempre que se oiga a su defensa, lo que se ha hecho, siendo el recurso interpuesto por la misma, lo que se está resolviendo. Ello, sin perjuicio de que se realicen las actuaciones necesarias para averiguar su domicilio, constanding que ya se han remitido oficios a los diferentes Cuerpos de la Seguridad del Estado para que procedan a su búsqueda.

En segundo lugar, resulta acreditado, como indica el Ministerio Fiscal, el incumplimiento grave y reiterado de la medida inicialmente impuesta, por el último informe de seguimiento e incidencias de la libertad vigilada emitido por la entidad pública encargada de ejecutar dicha medida, de fecha 16/7/21, en donde se dice que " desde principios de julio ha dejado de asistir con regularidad a los recursos para cumplir con las obligaciones inherentes a la libertad vigilada que se le impuso (obligación de acudir a la unidad de salud mental infanto-juvenil, a terapia familiar y a un recurso para deshabituación del consumo de tóxico) ".

Según ese informe la menor, voluntariamente, ha faltado a varios controles de tóxicos en al UCA, y no ha asistido a las citas con la psicóloga de la USMIJ.

Ello es corroborado por la manifestación del padre de la menor, que señala que ha abandonado el domicilio familiar sin comunicar su actual paradero; así como por el hecho de que no ha podido ser localizada por el Juzgado.

En tercer lugar, de la conducta manifestada por la misma resulta evidente que la menor no tiene intención de cumplir la medida judicial impuesta, y su desaparición la pone en una clara situación de riesgo.

En consecuencia, si bien es cierto que la medida de internamiento en un centro semicerrado acordada es más gravosa que la inicialmente impuesta, ello es necesario, tal y como informó el Ministerio Fiscal, el equipo técnico y la entidad pública, por la ausencia de intención de la menor de seguir cumpliendo la medida inicialmente impuesta, y siendo su incumplimiento grave y reiterado. Es preciso su internamiento en un centro de reforma dotado de suficiente contención y estructuración para que pueda trabajarse con éxito los objetivos de educación y reinserción social, siendo preciso trabajar en aspectos tan importantes como salud mental, deshabitación del consumo de tóxicos y terapia familiar.

Finalmente, el hecho de que la menor solo tuviera un expediente abierto, no es obstáculo para la sustitución de la medida inicialmente impuesta, pues dicha circunstancia, junto con sus características personales, ya fueron valoradas al imponer la medida de libertad vigilada, sin que haya respondido a las expectativas trazadas.”

#### **D.- IX. MODIFICACIÓN, CANCELACIÓN O SUSTITUCIÓN ORDINARIA**

**Violencia filio parental. Se deniega la pretensión de modificar la medida de convivencia en grupo, que sustituyó a la inicialmente impuesta de libertad vigilada. La LV que se pretende ya fue quebrantada y la medida que cumple es la adecuada para mejorar la socialización y déficits familiares del menor.**

**AAP León, sec. 3ª, nº 750/2021, de 28-07-2021, Pte.: Miguez del Río, Carlos**

“La Sala comparte totalmente los acertados razonamientos contenidos en la resolución recurrida y también los informes emitidos a respecto por la Gerencia Territorial de Servicios Sociales de la Consejería de Familia de la Junta de Castilla y León y por el Equipo Técnico del Juzgado de Menores de León, por cuanto la medida acordada es proporcionan y se ajusta a los interés preferentes del joven expedientado, si se tiene en cuenta que con la medida de libertad vigilada inicialmente impuesta ya fue quebrantada por el menor y que la medida de Convivencia con grupo educativo tiene como finalidad la de dar respuesta a las necesidades de mejorar su proceso de socialización y, en especial, las relaciones familiares para conseguir que sean positivas para el mismo quien, no lo olvidemos, ha tenido varios expedientes de reforma que acreditan una trayectoria delictiva significativa que no ha podido corregirse a pesar de las múltiples intervenciones llevadas a cabo por distintos profesionales, siendo pues necesario que el joven expedientado pase por una fase intermedia de convivencia para, de esta forma, poder ejercer sobre él un control, una supervisión y guía y recibir pautas educativas claras por profesionales en la

materia, lo que resulta preferente para su intereses personales, educativos y de formación que su interés por incorporarse al mundo laboral.

Por supuesto, sin perjuicio de que dichas medidas puedan ser sustituidas en función de la evolución del joven, en concreto en cuanto a la conveniencia de retornar al domicilio familiar y mantener una buena relación con su madre pero, en estos momentos, lo realmente importante es que el joven recurrente siga mejorando para afianzar pautas y estilo educativo, por lo que la resolución que acuerda la no sustitución de la medida de Convivencia con Grupo Educativo por otra de Libertad Vigilada, es plenamente acertada y ajustada a los intereses y circunstancias del menor apelante, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 7.3 y 50.2 de la LORPM.”

#### **D.- X. EJECUCIÓN MEDIDA DE PROHIBICIÓN COMUNICAR CON VÍCTIMA**

**Se estima recurso de apelación de acusación particular y MF para que la medida de prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima no se cumpla al tiempo que el internamiento cerrado, sino después, con la libertad vigilada posterior, para que no quede privada de efectividad.**

**Para el caso de permisos de salida, ordinarios o extraordinarios, se aplicará en esos períodos la medida de alejamiento, debiendo practicarse liquidaciones sucesivas, evitando así la desprotección de la víctima.**

**AAP Asturias, sec. 2ª, nº 522/2021, de 14-10-2021, Pte.: Vázquez Llorens, Covadonga**

“Por la defensa de la perjudicada se interpone recurso de apelación contra la decisión del Juzgado de Menores de Oviedo, de mantener las liquidaciones de condena practicadas de las medidas accesorias de prohibición de aproximación y de prohibición de comunicación con la víctima Belen durante dos años, impuestas al menor Adriano en sentencia de fecha 15 de junio de 2021, al no estar conforme con la fecha de inicio establecida, a saber, 18 de junio de 2021, estimando que las referidas medidas de prohibición de aproximación y de comunicación deben empezar a aplicarse, no durante el período de internamiento en régimen cerrado del menor, sino durante el período de libertad vigilada, ya que al ser el alejamiento una medida de protección de la víctima, de aplicarse el cumplimiento simultáneo con la medida de internamiento, se solaparía su eficacia protectora vulnerándose así el derecho a la protección judicial de la misma.

A dicho recurso se adhiere el Ministerio Fiscal, quien también estima que con el cumplimiento simultáneo del internamiento y de las medidas accesorias de prohibición de aproximación y de prohibición de comunicación se privaría de efectividad a las medidas, dejando desprotegida a la víctima Belen.

**SEGUNDO.-**

Reexaminadas en esta alzada las actuaciones, es evidente que procede la estimación del recurso.

La sentencia dictada de conformidad, impuso al menor Adriano, como autor de un delito de agresión sexual, la medida de tres años y seis meses de internamiento en régimen cerrado, de los que dos años y seis meses habrían de ser de internamiento efectivo y un año de libertad vigilada, así como la

prohibición de aproximarse a la víctima Belén en una distancia no inferior a 100 metros, su domicilio, lugar de estudios o cualquier otro frecuentado por ella, y la prohibición de comunicar con ella, directamente o por cualquier medio técnico o persona interpuesta durante dos años.

Tras incoarse las piezas de ejecución se practicaron las correspondientes liquidaciones de condena que tras el abono del tiempo que se le impuso como medida cautelar quedaron establecidas en:

a) El internamiento: fecha de inicio 16 de marzo de 2021 y finalización 11 de septiembre de 2023

b) El alejamiento y prohibición de comunicación: fecha de inicio 18 de junio de 2021 y finalización 17 de junio de 2023.

Así las cosas, la pretensión de la parte recurrente de que el que inicio de la ejecución de las medidas se sitúe en el momento de la finalización del periodo de internamiento, pretensión a la que se ha adherido el Ministerio Fiscal se estima desde luego ajustada a Derecho y, en particular, a los presupuestos de configuración legal que constituyen el fundamento y razón de dichas medidas, pues de otra manera, si el cumplimiento de las prohibiciones de alejamiento y comunicación se iniciaran simultáneamente con el periodo de internamiento, a saber dos años y seis meses se neutralizaría su contenido, quedando desprotegida la víctima, quien no puede olvidarse cuenta con tan solo 12 años de edad, considerando más acertado que su inicio coincida con el cumplimiento del periodo de libertad vigilada, una vez finalizado el internamiento cerrado.

La Magistrado-Juez de instancia tomó la decisión de mantener la liquidación practicada, al no establecer la sentencia dictada previsión alguna en cuanto a la fecha de inicio de dichas medidas, y no existir en la LORPM previsión alguna al respecto, permitiendo el art. 47 de dicha ley el cumplimiento simultaneo de las mismas.

En la LORPM no existe precepto similar al art. 57 del Código Penal, que establece el cumplimiento simultaneo de la pena privativa de libertad y la pena de alejamiento, mas las razones que motivaron la modificación los marcos temporales introducida por la Ley Orgánica N° 15/2003, que fue precisamente el evitar que, en el caso de que la pena de prisión tenga una duración superior al de la prohibición de aproximación, ésta pierda toda virtualidad, dada la finalidad de la medida, a saber, la protección de la víctima con el fin de evitar que durante los periodos de excarcelación -permisos de salida, tercer grado del régimen penitenciario o libertad condicional- éste pueda violentar de algún modo a la víctima y, por otro lado el hecho de que el cumplimiento de la forma pretendida es coherente con la previsión del artículo 47.1 de la LORPM , conforme a la que si se hubieran impuesto al menor varias medidas en la misma resolución judicial, y no fuere posible su cumplimiento simultáneo, el Juez competente para la ejecución ordenará su cumplimiento sucesivo....." y por último que la aplicación pretendida una vez empiece a cumplirse la medida de libertad vigilada, respeta el tope máximo temporal de cumplimiento previsto en el art 10.2 LORPM , por cuanto sumada la extensión de las medidas a saber, dos años, a la duración del internamiento en régimen cerrado, dos años y seis meses, supone una duración total de cuatro años y seis meses, nos lleva a estimar el recurso, debiendo caso de que el menor disfrute de permisos de salida, tanto ordinarios como extraordinarios, adelantar el inicio del cumplimiento a dicho momento y practicar liquidaciones sucesivas evitando de este modo la desprotección de la víctima a

la que alude la Juez de Menores, máxime cuando el cumplimiento simultáneo conlleva que en el último periodo de la liquidación, en el que previsiblemente los criterios de concesión de permisos serán menos rígidos que en su inicio, dado el transcurso del tiempo, no esté vigente la medida, al margen que vinculada en su cumplimiento a la libertad vigilada ha de permitir captar mejor la imprescindible orientación educativa de las medidas en Derecho Penal de Menores.”

## E.- RESPONSABILIDAD CIVIL

### E.- II. CUESTIONES SUSTANTIVAS

**Se estima el recurso del Servicio Galego de Saude (al que se adhiere el Fiscal) contra la sentencia que excluyó de la responsabilidad civil los gastos irrogados a tal organismo. La situación económica precaria de los progenitores no excluye por sí tal responsabilidad civil.**

**SAP Orense, sec. 2ª, nº 139/2021, de 14-06-2021, Pte.: Piña Alonso, Antonio**

“En los autos de referencia se dicta Sentencia en fecha 8 de octubre de 2020 en la cual se condena a Elias como autor criminalmente responsable de un delito de lesiones , indicando en la sentencia "Siendo que a tal razón en este caso y a tenor de lo indicado en el Informe que figura en autos el cual fue ratificado por su emisor el Equipo Técnico de Valoración de Menores, poniendo de relieve la situación social de la familia del menor expedientado de la que no se puede detraer precisamente una situación económica boyante al tener en cuenta la situación precaria del menor el cual no tiene trabajo y en otro hilo que el padre de familia tiene los ingresos propios de un feriante lo que hilado con la situación actual de pandemia y que por tanto que con seguridad no hubiera podido instalar su puesto de feriante en bastante tiempo debido a las restricciones por todos conocidas, lo que lleva a poder vislumbrar con poca o ninguna probabilidad de equívoco que la economía de la familia debe ser verdaderamente paupérrima, y lleva al juzgador a tener en cuenta tal situación y que en el citado concepto de responsabilidad civil que va unida a la penal de la que se considera responsable al menor, se acuerda que el citado menor Elias y en su lugar los padres de éste como responsables solidarios, ha de indemnizar al perjudicado Erasmo en la cantidad de 200 € por las lesiones y secuela sufridas por este último con aplicación a la citada cantidad del interés legal previsto en el art.756 de la LEC.)Y en este punto por los mismos motivos ya reseñados se decide que además de que el SERGAS que legítimamente, en base a los arts.109 y 110 de la LECRIM ya citados, ha reclamado la cantidad de 256,87 € en concepto de gastos que a la consideración del juzgador no resultan debidamente justificados conforme al principio de oportunidad y su cobro, al tener en cuenta la situación del menor y su familia y además que el citado SERGAS se nutre de los presupuestos del Estado es decir los citados gastos aludidos por el SERGAS tanto de personal como en lo referido a materiales cuyo sistema de Salud están transferidas y por las que el Estado realiza a tal razón las correspondientes transferencias económicas es decir que los citados gastos que ahora se reclaman, no se considera en este caso oportuno su cargo al menor expedientado por considerar

que no gozan del necesario soporte de oportunidad pues además de que ya están preabonados por el conjunto de los ciudadanos vía impuestos, por lo que huelga decir que en ocasiones como la presente de que en este caso el menor responsable y los padres de éste como responsables solidarios, los cuales se puede decir que están en extrema y paupérrima situación económica ante la falta de ingresos, por tanto en una situación de indiscutible vulnerabilidad debido a la clara de escasez de medios para hacer frente a tales gastos por consiguiente, lo que hace que conforme a la prudencia y al citado principio de oportunidad no hayan de ser aceptado el cobro de los citados y por tanto ha de ser rechazada, en base a tal principio de oportunidad en este caso concreto que nos ocupa, la reclamación llevada a cabo por el SERGAS en calidad de perjudicado civil ya que no se considera que tal perjuicio resulte ineludible visto y razonando lo ya expuesto al respecto".

ii. Se interpone recurso de apelación en fecha 26 de octubre de 2020 por la representación procesal del Servicio Galego de Saúde contra la sentencia referenciada al entender "queda claro, por tanto, que uno de los motivos a los que hace referencia el juzgador de instancia en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia, y que hace que rechace la reclamación efectuada por el Sergas en concepto de actor civil, es la existencia de problemas económicos de la familia del menor responsable. En relación con tal cuestión, consideramos necesario resaltar que, en nuestra opinión, dicho motivo no justifica la decisión adoptada por el juzgador pues, como todos sabemos, en estos supuestos el menor responsable y sus progenitores tienen la posibilidad de aplazar el pago, fraccionarlo, e incluso si existe carencia de rentas mínimas el juzgado puede declarar la insolvencia de los condenados".

Frente a dicho recurso muestra su adhesión el Ministerio Fiscal.

i. El art. 61.3 in fine de la LORPM establece que "cuando éstos (los progenitores) no hubieran favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos".

Cabe recordar que la norma establece directamente la responsabilidad solidaria de los padres del menor, sin supeditarla a la negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones, tratándose de una responsabilidad cuasi-objetiva que permite su moderación, correspondiendo a los padres la carga de acreditar que no favorecieron con dolo o negligencia grave -entendidos como conceptos civiles- la conducta ilícita del menor. Es decir, que la regla general es la responsabilidad solidaria íntegra de los padres o guardadores asimilados y la excepción es la facultada de moderación que el artículo 61.3. permite cuando no concurra favorecimiento doloso o negligente de los padres respecto de la conducta punible del menor.

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

La dicción legal implica la inversión en la carga probatoria para proceder a la moderación, de manera que es a los padres o asimilados que invocan la

procedencia de la moderación, a quienes corresponde acreditar que han empleado las precauciones adecuadas para impedir la actuación delictiva del menor, de forma que cuando no prueben en modo alguno que obraron con la diligencia debida en su deber de vigilancia, educación y formación integral respecto de su hijo menor de edad, no procede efectuar moderación alguna.

Proyectando las precedentes consideraciones al supuesto enjuiciado no cabe compartir el criterio establecido en la sentencia apelada al no entenderse justificadas las razones expuestas en el mismo para apreciar la exoneración de su responsabilidad, que solo procederá en supuestos extraordinarios o en los que la indemnización, por su importe, en relación con la situación económica de los responsables, cause un verdadero e importante trastorno en la economía de los deudores, lo que en el caso concreto no consta. Como se ha expresado es a quien solicita la moderación de la responsabilidad civil a quien corresponde acreditar que ha empleado las precauciones adecuadas para impedir el evento dañoso, sin que en el presente caso, los progenitores del menor hayan acreditado que hubieran actuado con la diligencia suficiente para justificar su petición de moderación o exclusión. En tal sentido lo argumentado en la sentencia no es suficiente para dotar de excepcionalidad al supuesto abordado de forma tal que haga amparable la liberación o moderación resarcitoria acordada en instancia.

Por virtud de lo razonado los recursos, principal y adhesivo, entablados han de ser estimados

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

**La moderación de la responsabilidad civil de los progenitores (art. 61.3 LORPM) es facultativa para el Tribunal e implica una inversión de la carga probatoria, incumbiendo a quien la alega acreditar que ha empleado la diligencia necesaria, lo que no queda probado en este caso.**

**SAP Cádiz, sec. 4ª, nº 166/2021, de 22-06-2021, Pte.: Domínguez Alvarez, Mª Isabel**

“Por lo que hace a la Responsabilidad de los progenitores de Landelino, impuesta en aplicación del art 61.3 LORPM , cuya moderación se solicita, debe tenerse en cuenta que, Este Tribunal se ha venido pronunciando con reiteración sobre el régimen de la responsabilidad civil de los progenitores, señalando que se trata de un régimen especial que excluye la aplicación del régimen de la responsabilidad extracontractual regulado en el Código Civil, añadiendo que tal especialidad no sólo se desprende de la referida ley orgánica, sino también de lo dispuesto en los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil. Puede citarse, a este respecto, la sentencia de 30 de abril de 2.010 (rollo nº 127/2009) dictada por este Tribunal, en la que también se recuerda que la norma establece directamente la responsabilidad solidaria de los padres del menor, sin supeditarla a la negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones, tratándose de una responsabilidad cuasi- objetiva que permite su moderación, correspondiendo a los padres la carga de acreditar que no favorecieron con dolo o negligencia grave -entendidos como conceptos civiles- la conducta ilícita del menor. Es decir, que

la regla general es la responsabilidad solidaria íntegra de los padres o guardadores asimilados y la excepción es la facultad de moderación que el artículo 61.3. permite cuando no concorra favorecimiento doloso o negligente de los padres respecto de la conducta punible del menor.

Partiendo de lo expuesto, debemos señalar que no se ha acreditado en la audiencia celebrada en la primera instancia, por los progenitores del menor expedientado, tal como les incumbía, la concurrencia de circunstancia concreta alguna que permita atenuar la responsabilidad civil que les alcanza por el hecho delictivo realizando por su hijo menor.

En cualquier caso, deber reiterarse que corresponde a los progenitores acreditar que no han favorecido la conducta ilícita con dolo o negligencia grave. En este sentido se pronuncian también las sentencias de este Tribunal de 15 de junio de 2.010 (rollo nº 185/2010) y de 30 de noviembre de 2.011 (rollo nº 409/2011). En concreto, en esta última sentencia se decía, textualmente, lo siguiente:

"El art. 61.3 in fine de la LORPM establece que "cuando éstos (los progenitores) no hubieran favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos".

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

La posibilidad de moderación es una facultad discrecional atribuida a jueces y Tribunales, pero ha de ser rogada, no pudiendo ejercitarse de oficio ni al alza ni a la baja, ha de basarse en la prueba practicada y ha de ser motivada expresamente en sentencia". ( SAP Tarragona, secc. 2ª, num. 133/2011, de 10 de marzo."

**La Sala modera en un 50% la responsabilidad civil de los padres de un menor, condenado por atentado, al constatar, a partir de los informes del ET y la entidad pública, la implicación de los progenitores en el proceso educativo, recabando incluso el auxilio de los servicios sociales.**

**SAP Madrid, sec. 4ª, nº 233/2021, de 30-06-2021, Pte.: Hervás Ortiz, José Joaquín**

"En el supuesto que nos ocupa y en lo que se refiere a los progenitores del menor Juan Miguel, considera la Sala que debe procederse a efectuar dicha moderación, a la vista de la valoración positiva que merece la conducta de aquellos en relación con la educación del menor, a la vista de los datos que ofrecidos por las respectivas representaciones del Equipo Técnico y de la Entidad Pública en la vista celebrada ante este Tribunal.

En este sentido, la representante del Equipo Técnico afirmó, con total rotundidad, que los progenitores de Juan Miguel han hecho todo lo posible para implicarse en la educación del menor, explicando que la madre participa más activamente que el padre, por razón del horario laboral, pero que este último también se implica en dicha educación y que ambos intentaron mantener la

disciplina, añadiendo que, cuando comprobaron que surgían las primeras dificultades en la educación del menor, acudieron de inmediato a los servicios sociales reclamando ayuda y se implicaron activamente en la búsqueda de soluciones, mejorando, según las indicaciones recibidas, los criterios educativos, que en parte eran culturales, tratando de adaptarlos a la situación de nuestro país.

Por su parte, la representante de la Entidad Pública vino a ratificar lo expuesto por el Equipo Técnico, añadiendo que los progenitores siguen acudiendo en la actualidad a recursos de apoyo en servicios sociales.

Todo ello evidencia un correcto y adecuado cumplimiento, por parte de los progenitores de dicho menor, de sus funciones educativas y de control, al menos con carácter general, de tal manera que puede afirmarse que no han favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, sino que tal conducta se presenta como aislada y de muy difícil control por los progenitores en atención a las circunstancias en las que se produjo.

De ello se sigue que ha de procederse a moderar la responsabilidad civil que ha sido impuesta en la sentencia apelada a los progenitores del menor Juan Miguel., reduciéndola en un 50%, de tal manera que sólo han de responder, solidariamente con el citado menor, de la cantidad de 200 euros, respondiendo exclusivamente este último del abono de los 200 euros restantes.

**La Sala modera en un 50% la responsabilidad civil de los padres del menor infractor, a partir de los informes del ET de los que se deduce que ambos han cumplido con sus obligaciones como progenitores, sin que al menor se le hayan incoado otros expedientes.**

**SAP Barcelona, sec. 3ª, nº 446/2021, de 04-10-2021, Pte.: Navarro Blasco, Eduardo**

“Mejor suerte merece el invocado de forma subsidiaria en cuanto a la posibilidad de moderación de la responsabilidad civil solidaria de los padres del menor acusado en los términos permitidos por el art. 61 LORPM, que con carácter general establece en su apartado tercero que cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. Sin embargo, añade que cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos. Este último inciso no permite la exoneración absoluta de la responsabilidad, que mantiene su naturaleza objetiva al margen de cualquier concepto de culpa o negligencia, pero sí deja al arbitrio judicial la posibilidad de moderarla cuando se ha empleado toda la diligencia exigible en el desarrollo de los deberes de vigilancia, custodia y educación en relación con los hechos concretos, es decir, que no se ha favorecido el delito. Si atendemos al caso de nos ocupa, los informes del Equipo Técnico, ratificados en el trámite de vista del presente recurso, muestran una estructura familiar normalizada a pesar de la separación de los padres, estructura que sin duda ha influido en el comportamiento general del menor quien ha venido cumpliendo con sus obligaciones primero como estudiante y posteriormente como trabajador y que

no ha tenido otra relación con la justicia penal distinta de la que ha dado lugar al presente expediente. Es por ello que consideramos razonable moderar la responsabilidad de sus progenitores hasta el 50% de la que determina el precepto mencionado, sin que ello impida que se exija al menor condenado la totalidad de la RC determinada en sentencia.”

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

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

**Agresión de interno en centro de reforma a varios trabajadores. Se rechaza la moderación de RC que pretendía la Junta de Andalucía, que conocía las patologías y conflictividad del menor, rechazando igualmente que deba moderarse por el plus de peligrosidad que se paga a los vigilantes.**

**SAP Cádiz, sec. 4ª, nº 174/2021, de 28-06-2021, Pte.: Coloma Palacio, Juan Sebastián**

“Como hemos recordado en otras resoluciones anteriores, jurisprudencia reiterada de las Audiencias Provinciales viene estableciendo que la facultad de moderación debe ser rechazada cuando no se han acreditado cumplidamente las circunstancias que deben justificar dicha moderación, dándose un supuesto de inversión consiguiente de la carga probatoria, de manera que es a quien solicita la moderación de la responsabilidad civil a quien corresponde acreditar que ha empleado las precauciones adecuadas para impedir el evento dañoso, sin que, en el presente caso se haya acreditado que la Junta haya actuado con la diligencia suficiente para justificar su petición de moderación del importe de la responsabilidad civil.

Cabe señalar la doble finalidad de la actual regulación, pues por un lado se amparan los derechos de las víctimas eximiéndolas de tener que probar la culpa del responsable civil, protegiéndola asimismo de la más que probable insolvencia del menor infractor, mientras que por otro se busca una mayor implicación de los padres y demás responsables en el proceso de socialización de los menores, responsabilizándolos de las consecuencias civiles que los menores cometan al transgredir los deberes que tienen sobre ellos.

Así, en el caso que nos ocupa, la recurrente plantea que si bien los hechos se producen en el interior del centro de internamiento de menores en el que estaba ingresado el menor y del que eran trabajadores las víctimas, el menor, que sufre problemas psiquiátricos y de consumo de tóxicos, sufrió un brote psicótico posiblemente derivado de la retirada por el médico del centro de parte del tratamiento que se le administraba al menor, si bien dicha retirada hasta el momento de los hechos estaba teniendo un buen resultado, habiéndose llevado un tratamiento adecuado durante su estancia en el centro que implica la diligencia de la administración. De otra parte se plantea que los funcionarios lesionados, como guardias de seguridad del centro están preparados para afrontar incidentes como el que nos ocupa y ya cobran un plus de peligrosidad de 20,19€ al mes

Debemos recordar la SAP de Madrid de 10/4/19 o 14/2/19, ya compartida por la SAP de Cádiz de 11/3/20 que en cuanto a la moderación de la responsabilidad civil de los padres o guardadores dice:

"Ciertamente, no deja de ser un contrasentido que alguien que por su propio estatuto ha de responder de toda lesión que sufra un particular en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público ( art. 32.1 LRJSP 40/2015), pueda beneficiarse de la moderación establecida en el art. 61.3 LO 5/2000 para el guardador de hecho, con tan lacónico y apodíctico argumento como el expresado en la resolución impugnada, no haber favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, ignorando de este modo que constituye un principio rector de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas la obligación de indemnizar por todos los daños que sean consecuencia de su actividad, salvo que el particular tenga el deber jurídico de soportar el daño de acuerdo con la ley."

Es decir, se viene a consagrar una responsabilidad objetiva de la administración en estos casos, que, como no puede ser de otro modo compartimos.

Así pues, no podemos sino compartir los argumentos del juez a quo, pues en el caso, se conocía por la recurrente que el expedientado era un menor conflictivo por sus patologías psiquiátricas, con conductas disruptivas y violentas, con una evolución con varias incidencias y con varios expedientes penales en curso. Sin embargo se le permite acceder a la cancha en la que existen unos bloques de hormigón en situación de poder ser manipulados, rotos y usados como objeto contundente, de otra parte, estando en una situación de violencia pero sin acceso a los lesionados porque se encontraba en una zona cercada, se decide por el coordinador de educadores que se abra dicha cancela. Del mismo modo, vemos que el incidente pudo propiciarse por la retirada de parte de la medicación que tenía prescrita el menor para el tratamiento de sus patologías, lo cual en todo caso se realiza por personal médico dependiente de la Junta de Andalucía.

Por otra parte, es evidente que no es la víctima quien tiene que soportar las consecuencias de la actuación del expedientado, por mucho que cobre un plus de peligrosidad (de cuantía exigua pues no alcanza un euro por día laborable) ya que dicho plus es una cuestión laboral que si bien tiende a compensar las condiciones penosas de un trabajo, por supuesto no exime de responsabilidad civil a quien lo abona, ni total ni parcialmente, Pues el resultar lesionado no forma parte, obviamente, de las obligaciones laborales de estos trabajadores.

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

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

**El juzgador, tratándose de lesiones dolosas no relacionadas con accidente de circulación, no está vinculado al baremo contenido en la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, para la valoración de daños corporales.**

**SAP Málaga, sec. 8ª, nº 299/2021, de 24-06-2021, Pte.: Caballero-Bonald Campuzano, Manuel**

“La indemnización de 263 euros fijada en sentencia debe estimarse equitativa y ponderada a las circunstancias del hecho y de las lesiones. La parte recurrente pretende que, no conteniendo la sentencia recurrida las bases en que se fundamenten la indemnización, habrá que acudir al sistema de valoración del daño corporal previsto en la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. Indicando que la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones publicó en el BOE 4 de abril de 2019 Resolución con las cuantías de las indemnizaciones actualizadas del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación actualizada para 2019, por lo que, aplicando un incremento general del 1,60 % tomando como base el índice de revalorización de las pensiones, quedando concretado para el año 2019 el día de perjuicio básico (no impeditivo) en la cantidad de 31,05 € y el día de perjuicio moderado en la cantidad de 53,79 €. En consecuencia, la indemnización debe quedar reducida a 115,91 euros.

Al respecto cabe señalar que la Juez "a quo" toma la decisión de no aplicar tal baremo, decisión perfectamente legal y ajustada a derecho, al tratarse de un hecho doloso no relacionado en modo alguno con un accidente de circulación, de forma que la determinación de la indemnización no resulta vinculada ni debe ajustarse a la encorsetada y benigna regulación contenida en tal baremo. Como se señala por el TS de fecha de 21 de mayo del 2013 "La responsabilidad civil por delito doloso es superior a la de delito imprudente. En este sentido, señala la STS nº 47/2007, de 8 de enero (EDJ 2007/8533), que no se puede establecer un paralelismo absoluto entre las indemnizaciones por daños físicos y materiales derivados del hecho de la circulación de vehículos de motor con el resultado de los delitos dolosos. Los primeros no se mueven por criterios de equivalencia o justicia, sino por los parámetros que se marcan por el sistema financiero de explotación del ramo del seguro en sus diversas modalidades. Estos criterios, puramente economicistas, obtenidos de un cálculo matemático, chocan frontalmente con los daños físicos, psíquicos y materiales originados por una conducta dolosa y con la multiplicidad de motivaciones que pueden impulsarla, sin descartar la intencionada y deliberada decisión de causar los mayores sufrimientos posibles. "

**La concesión de cantidades superiores al baremo en casos de delitos dolosos, máxime en supuestos especialmente traumáticos y violentos, como el aquí enjuiciado, se ha reconocido reiteradamente por el TS.**

**SAP Huesca, sec. 1ª, nº 107/2021, de 07-07-2021, Pte.: Serena Puig, Santiago**

“La STS 5 de noviembre de 2013 (ROJ: STS 5316/2013 - ECLI:ES:TS:2013:5316) resume y precisa la doctrina sobre la cuantificación de la responsabilidad civil en los delitos dolosos y la aplicación supletoria del baremo: "El baremo contenido en el Anexo del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, está previsto para la siniestralidad vial, y no resulta aplicable en un delito doloso de [homicidio en el caso examinado en la sentencia], ajeno al tráfico automovilístico. El propio

apartado primero del Anexo establece que "El presente sistema se aplicará a la valoración de todos los daños a las personas ocasionados en accidente de circulación, salvo que sean consecuencia de delito doloso".

El efecto expansivo del Baremo, previsto en el Anexo a la Disposición Adicional octava de la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, a otros ámbitos de la responsabilidad civil distintos de los del automóvil, ha sido admitido por el Tribunal Supremo, pero siempre como criterio orientativo, no vinculante, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso y el principio de indemnidad de la víctima que informa los arts. 1.106 y 1.902 del Código Civil ( SSTS Sala 1ª de 10 de Febrero, 13 de Junio, 27 de Noviembre de 2006 y 2 de Julio 2.008, y STS 596/2013, de 2 de julio o STS núm. 480/2013, de 22 de mayo, entre las más recientes de esta Sala Segunda).

La concesión de cantidades superiores al baremo en casos de delitos dolosos, máxime en supuestos especialmente traumáticos y violentos, como el aquí enjuiciado, se ha reconocido reiteradamente por esta Sala (STS Sala 2ª, 772/2012, de 22 de octubre)".

2. A modo de resumen, concluye, que cuando se aplica el baremo a los delitos dolosos constituye un cuadro de mínimos y la responsabilidad civil por delitos dolosos es superior a la del delito imprudente. Vid también, entre otras, la STS de 21 de febrero de 2017 (ROJ: STS 687/2017 - ECLI:ES:TS:2017:687). El recurso se desestima."

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

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

**Menor tutelada por la Diputación Foral de Guipúzcoa, que residía con su padre en la fecha del hecho. Se confirma la responsabilidad civil solidaria de padres y de Diputación, rechazando la pretensión de moderarla de unos y otros, pues ninguno ha probado que actuase con la debida diligencia.**

**SAP Guipúzcoa, sec. 1ª, nº 101/2021, de 23-07-2021, Pte.: Barbarín Urquiaga, María Josefa**

"...jurisprudencialmente se ha venido entendiendo que la norma de responsabilidad civil que consagra la LORRPM insta para las personas mencionadas una responsabilidad cuasi-objetiva que nada tiene que ver con la responsabilidad por culpa o negligencia establecida en los artículos 1.902 y siguientes del Código Civil . Dicha responsabilidad además tiene siempre el carácter de solidaria y nunca puede ser excluida, aunque sí moderada cuando los responsables prueben o acrediten (la carga de la prueba les corresponde a ellos) que no han favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave. El fundamento de la responsabilidad civil según reiterada jurisprudencia es doble: amparar los derechos de las víctimas eximiéndolas de tener que probar la culpa del responsable civil y protegiéndolas asimismo de la más que probable insolvencia económica de los menores y también se pretende una mayor implicación de los padres y demás responsables civiles en el proceso de socialización de los menores, responsabilizándolos de las consecuencias civiles que los menores cometan al transgredir los deberes que tienen sobre ellos.

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

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

Además, siguiendo el criterio mantenido por una gran parte de Audiencias Provinciales del país (podemos citar a modo de ejemplo las Sentencias de la AP de Málaga (Sección 8ª) 572/09 JUR 2010\\ 211336 , de 9 de noviembre y 654/2011, de 10 de diciembre JUR 2012\\ 82765 ; Sentencia 248/2010 de AP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 6ª) de 12 de mayo de 2010 JUR 2011 \\ 10151 , AP de Almería de 8 de julio de 2011 , Álava, sentencia no 46/2009 de 13 de febrero y AP de Pontevedra - Sección 2ª - nº 43/2011 JUR 2011\\ 158640) partiendo de una interpretación lógica y sistemática nos conduce a entender que lo que el legislador ha pretendido es que la responsabilidad de orden civil recaiga, de entre aquellas personas que en el artículo 61.3 se enumeran, en la que en el momento de causarse los daños por el menor ejerciera sobre el mismo los contenidos de la patria potestad, o alguno de ellos. El fundamento de esa responsabilidad conjunta y solidaria por parte de personas o entidades integradas en distintas categorías de sujetos respondería al control, siquiera potencial, que pueden ejercer sobre la conducta del menor y por tanto la posibilidad que tienen para prevenir y evitar sus actos ilícitos generadores de una conducta dañosa, pues sería absurdo, por ejemplo, el atribuir a unos padres a quienes se les hubiera privado de la patria potestad la obligación de responder por los daños y perjuicios causados por un hijo cuya guarda y custodia se hubiera encomendado a un tutor.... De ahí que el orden previsto legalmente en el artículo 61.3 no supone un orden de exclusión automática y sucesiva, de modo que existiendo padre se excluya al tutor, al acogedor o guardador, pues ello sólo sería así, si la existencia 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 la menor causante de los daños, en la persona de sus padres y la propia Diputación Foral de Guipúzcoa.

Esta última, en cuanto tenía asumida la tutela de la menor en la fecha de los hechos ,y sus padres, en tanto que en la fecha de los hechos residía en el

domicilio de su padre, teniendo ambos progenitores no sólo la patria potestad sino la guarda de la menor.

El resto de información que es aportada por la Letrada debemos señalar que, por un lado es antigua, muy anterior a la fecha de los hechos, Agosto del 2020, y, por otro lado, no está contrastada.

En la fecha de los hechos residía en el domicilio paterno, y como señalamos, los padres de la menor ejercían su guarda y custodia, y patria potestad y deberes inherente a la misma y quienes han de inculcar y educar al menor en los valores cívicos respecto a los demás.

La dicción legal implica la inversión en la carga probatoria para proceder a la moderación, de manera que es a los padres o asimilados que invocan la procedencia de la moderación, a quienes corresponde acreditar que han empleado las precauciones adecuadas para impedir la actuación delictiva del menor, de forma que cuando no prueben en modo alguno que obraron con la diligencia debida en su deber de vigilancia, educación y formación integral respecto de su hijo/a menor de edad, no procederá efectuar moderación alguna. Y no se trata de una mera innovación sino de una auténtica actividad probatoria. Son ellos los que deben probar y acreditar que han empleado las precauciones adecuadas para impedir la actuación delictiva del menor de forma que, si no prueban en modo alguno que obraron con la diligencias debida en su deber de vigilancia, educación y formación integral respecto del menor, no procederá moderación alguna. Y eso es justamente lo que acaece en el caso presente. Los padres no solicitaron ni practicaron prueba alguna y las alegaciones realizadas a través de su Letrada entendemos que son antiguas y no ajustadas a la situación de hecho de la menor, en el momento de los hechos, acreditada a través del informe técnico obrante en autos.”

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

**La no convivencia con el menor de un progenitor no es motivo de exención de la responsabilidad civil solidaria del art. 61.3 LORPM, ni de moderación de tal responsabilidad, pues se mantiene la patria potestad. Irrelevancia de la mayoría de alcanzada con posterioridad a efectos de RC.**

**SAP Madrid, sec. 4ª, nº 331/2021, de 27-10-2021, Pte.: Hervás Ortiz, José Joaquín**

“Señala la parte apelante, como segundo motivo de recurso y con cita del artículo 1.903 del Código Civil, que no puede atribuirse responsabilidad civil al padre del menor expedientado, al no estar este último bajo su guarda, sino bajo la de la madre, por lo que -sigue diciendo dicha parte- únicamente la madre sería responsable civil, en su caso, junto al citado menor, aunque ambos mantengan la patria potestad. Pero tal motivo de recurso tampoco puede prosperar por las razones que se van a indicar a continuación.

En primer lugar, debe señalarse que los progenitores del menor expedientado declararon en la audiencia celebrada en la primera instancia y coincidieron en que, aunque estaban separados y el menor venía conviviendo con la madre a la fecha de los hechos, no existe ninguna resolución judicial de atribución de la custodia a ninguno de ellos, sino que ambos decidieron que el menor conviviera

con la madre, pero manteniendo el contacto con el padre, como así ha venido ocurriendo, añadiendo que el contacto entre padre e hijo era normal y que el padre también colaboraba en lo que podía, de tal manera que ambos han contribuido en forma similar en las tareas de atención al menor, no siendo el padre una figura ajena a la educación de este último.

Al margen de lo que se acaba de exponer, debe señalarse que, en cualquier caso, no cabe exonerar de responsabilidad civil al progenitor que mantiene la patria potestad, aunque no conviva con el menor, como es doctrina de esta Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de la que es exponente la Sentencia de 11 de junio de 2012 (sentencia nº 93/2012; rollo de apelación nº 69/2012), en la que, en interpretación del artículo 61.3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (en adelante, LORRPM), señalábamos, textualmente, lo siguiente:

<<El recurso no puede ser estimado, por las razones que, a continuación, se exponen. En primer lugar, es claro que el ahora recurrente, como padre del menor, sí resulta responsable de los daños y perjuicios causados por el menor, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61.3. de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante, LRRPM). En este sentido, este Tribunal se ha venido pronunciando con reiteración sobre el régimen de la responsabilidad civil de los padres, señalando que se trata de un régimen especial que excluye la aplicación del régimen de la responsabilidad extracontractual regulado en el Código Civil, añadiendo que tal especialidad no sólo se desprende de la referida Ley Orgánica, sino también de lo dispuesto en los artículos 1902 y 1903 CC. Puede citarse a este respecto la Sentencia de 30 de abril de 2010 (rollo nº 127/2009) dictada por este Tribunal, en la que también se recuerda que la norma establece directamente la responsabilidad solidaria de los padres del menor, sin supeditarla a la negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones, tratándose de una responsabilidad cuasi-objetiva que permite su moderación, correspondiendo a los padres la carga de acreditar que no favorecieron con dolo o negligencia grave -entendidos como conceptos civiles- la conducta ilícita del menor. Es decir, que la regla general es la responsabilidad solidaria íntegra de los padres o guardadores asimilados y la excepción es la facultada de moderación que el artículo 61.3. permite cuando no concorra favorecimiento doloso o negligente de los padres respecto de la conducta punible del menor.

En el mismo sentido se pronuncian también las Sentencias de este Tribunal de 15 de junio de 2010 (rollo nº 185/2010) y de 30 de noviembre de 2011 (rollo nº 490/2011). En concreto, en esta última Sentencia se decía, textualmente, lo siguiente:

"El art. 61.3 in fine de la LORPM establece que "cuando éstos (los progenitores) no hubieran favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos".

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

La posibilidad de moderación es una facultad discrecional atribuida a jueces y Tribunales, pero ha de ser rogada, no pudiendo ejercitarse de oficio ni al alza ni a la baja, ha de basarse en la prueba practicada y ha de ser motivada expresamente en sentencia" (SAP Tarragona, secc. 2ª, núm. 133/2011, de 10 de marzo)".

Igualmente, en esta última Sentencia, en relación con las alegaciones del progenitor recurrente en las que afirmaba que él no ostentaba la guarda y custodia en el momento en que ocurrieron los hechos y que su hijo era ya mayor de edad, dijimos lo siguiente:

"Por otro lado, y en cuanto a las alegaciones realizadas por el padre del menor, en relación a que su responsabilidad debe de suprimirse o incrementarse el porcentaje de moderación pues no ostentaba la guarda y custodia en el momento en que ocurrieron los hechos, pues ésta era ejercida por la madre del menor al encontrarse separados, esta Sala rechaza tales pretensiones, pues el recurrente conservaba la patria potestad, lo que le obligaba a preocuparse por el cuidado y educación de su hijo, lo que impide elevar la moderación solicitada.

Asimismo, debe de rechazarse las manifestaciones del recurrente, padre del menor, vertidas en su recurso en relación a que no procede la declaración de la responsabilidad solidaria de los progenitores pues su hijo actualmente es mayor de edad, pues tal y como el mismo expone en su recurso, las deudas indemnizatorias nacen en el mismo momento de producirse el perjuicio, y en aquel momento, el autor de los hechos era menor de edad y de conformidad con el artículo 61. 3 de la ley del menor, procede la responsabilidad civil solidaria de sus progenitores y no la subsidiaria como pretende el recurrente."

**El Tribunal Constitucional declara nula la sentencia de un Juzgado de Primera Instancia que resuelve el régimen de responsabilidad civil derivada del delito, haciendo caso omiso de la sentencia anterior del Juzgado de Menores que establecía la solidaridad entre los progenitores del infractor. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por motivación irrazonable. Voto particular.**

**Tribunal Constitucional (Segunda), STC nº 144/2021, de 12-07-2021, BOE 182/2021, de 31 de Julio de 2021, rec. 5785-2019.**

"...de la argumentación utilizada por el recurrente para denunciar la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva, hemos identificado en la sentencia de 18 de junio de 2019 del juzgado de primera instancia de Torrelavega, la eventual constatación de una motivación calificada de ilógica e irrazonable, deberemos valorar ahora si esta resolución responde a ese vicio de motivación que le imputa el demandante de amparo.

Para ello, hemos de volver a los antecedentes que son relevantes para nuestro enjuiciamiento y comenzar por el análisis de la pretensión que sostenía don E.P.S., de ejercitar una acción civil de reclamación de cantidad contra su ex esposa doña V.N.P.

La prueba documental que aquel aportó al procedimiento civil iniciado a su instancia consistió en una sentencia firme dictada por el Juzgado de Menores de Santander, en la que condenaba a los representantes legales del menor autor de un delito a abonar a la víctima la cantidad de 12 000 €, en calidad de

responsables civiles solidarios junto con aquel y en concepto de indemnización por los daños morales sufridos.

El juez del procedimiento civil, si bien toma conocimiento de la existencia de aquella decisión judicial precedente, no la llega a valorar y prescinde de lo resuelto en la misma, en especial de lo que el fallo de aquella resolución judicial había declarado: que los “representantes legales” del menor eran “responsables civiles solidarios”, junto con este, del pago de la indemnización reconocida a la víctima.

El propio órgano judicial reconoce la existencia de “error” en el posterior auto de 23 de julio de 2019, desestimatorio de la nulidad de actuaciones instada por el actor, pues llega a decir en su resolución que “aun siendo cierto que en el supuesto presente se ha producido un error en la valoración de la prueba documental e incongruencia de la sentencia”, considera que no ha producido indefensión a la parte o vulneración de las normas esenciales del procedimiento. La inexistencia de indefensión material, apodícticamente afirmada por el juzgador de instancia y sin argumentación alguna que le sirva de sustento para ello, contrasta con la tesis defendida por el demandante de amparo que, precisamente, justifica su pretensión en que una anterior sentencia firme había dictado un fallo condenatorio de responsabilidad civil “solidaria”, que afectaba a su ex esposa y a él mismo, en cuanto “representantes legales” del menor, por ser sus padres. Sin embargo, en el presente caso estamos ante un supuesto de motivación claramente errónea, pero no de indefensión.

En definitiva, la consideración expuesta lleva indefectiblemente a la conclusión de que la sentencia impugnada incluye una motivación que no se acompasa a las exigencias de nuestra doctrina. Antes bien, el órgano judicial ha desatendido el presupuesto que tendría que haber valorado, junto con el resto de las alegaciones y pruebas practicadas en las actuaciones, a la hora de dictar sentencia, esto es, el de la previa condena a abonar una indemnización por la responsabilidad civil solidaria de los representantes legales del menor, pronunciada por una sentencia firme anterior, afectante a ambos progenitores, que había impuesto la jurisdicción especializada de menores.

Por todas las razones expuestas, la queja del recurrente debe ser estimada.

## 5.

Alcance del amparo.

La estimación del recurso de amparo por la apreciada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva debe acarrear la nulidad de la sentencia de 18 de junio de 2019 del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Torrelavega, recaída en el procedimiento de juicio verbal núm. 127-2019, así como del auto de 23 de julio siguiente del mismo órgano judicial, que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones promovido por el recurrente contra la anterior resolución.

Asimismo, como medida de restablecimiento del derecho, hemos de acordar la retroacción de las actuaciones hasta el momento inmediatamente anterior al de la referida sentencia para que el juzgado dicte otra que sea respetuosa con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24 CE)”

**NOTA:** se formuló un voto particular en contra (Roca Trías, Encarnación) por entender, que el asunto carecía de “especial trascendencia constitucional” y que la intervención del TC sería improcedente porque estaría actuando como “una tercera instancia”.

Para mejor comprensión, el supuesto fáctico sucintamente es el que sigue: (i) El Juzgado de Menores de Santander condenó como autor de un delito de agresión sexual al hijo menor del demandante de amparo, estableciendo que el mismo y sus representantes legales indemnizaran solidariamente a la víctima con la cantidad de 12 000 €; (ii) los representantes legales eran los padres que estaban divorciados y conforme a la sentencia de modificación de medidas dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Torrelavega, la guarda y custodia del menor se le atribuyó en exclusiva al padre; (iii) el padre, que había venido abonando a plazos la indemnización, presentó demanda civil contra la madre, ejercitando la acción de regreso, exigiendo el reembolso del 50 por 100 de la indemnización abonada hasta el momento; (iv) la sentencia dictada en primera instancia rechazó la pretensión porque estimó la excepción opuesta por la madre; concretamente, que en el momento de ocurrir los hechos el que ejercía la guarda y custodia del menor era el padre; y conforme a lo establecido en el art. 1903.2 del Código civil a este último le correspondía abonar íntegramente la indemnización; (v) frente a la referida sentencia, el padre interpuso incidente excepcional de nulidad de actuaciones, por vulneración del derecho a la tutela judicial por vulneración de las normas procesales sobre la valoración de la prueba, y (vi) el incidente se desestimó, pese a reconocer el órgano judicial que se había producido un error en la valoración de la prueba documental y una incongruencia en la sentencia; pero no consideró que hubiera habido indefensión o infracción procedimental.

## E.- II. 8 CENTROS DOCENTES

**Agresión de un menor a otro dentro de IES. No procede ni excluir ni moderar la responsabilidad civil del centro educativo en la agresión, que se produce en horario escolar sin ningún profesor o vigilante presente.**

**SAP Huesca, sec. 1ª, nº 107/2021, de 07-07-2021, Pte.: Serena Puig, Santiago**

“Antes de que se produjera el puñetazo, según todas las declaraciones, hubo un forcejeo entre Javier y Luis Andrés que había sobrepasado los límites del juego, hasta el punto de que los propios compañeros procedieron a separarlos. No podemos adivinar qué hubiera ocurrido de haber estado presente algún cuidador, ni si hubiera podido evitar el puñetazo, pero el hecho incuestionable es que, en ese momento, en la sala en que ocurrieron los hechos no había ningún profesor o vigilante.

5. Tercer motivo: subsidiariamente, procede la moderación de la responsabilidad civil impuesta al centro de educación secundaria " DIRECCION000 ", de acuerdo con el artículo 61.3 LORPM . La cuestión no es el cuidado y atención prestado después de los hechos, sino antes de que ocurrieran. Hemos destacado que la responsabilidad es cuasi objetiva

6. La sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 2 del 28 de abril de 2017 (ROJ: SAP J 362/2017 - ECLI: ES: APJ:2017:362) destaca la doble finalidad del art. 61.3 LORPM a la que hemos aludido, y añade que "supone la inversión de la carga de la prueba puesto que una vez que el Ministerio Fiscal y las acusaciones, en su caso, hayan logrado desvirtuar la presunción de inocencia y se declare culpable al menor, le corresponde a éste y a sus responsables civiles solidarios demostrar que procede la moderación. Y no se trata de una mera innovación sino de una auténtica actividad probatoria. Son ellos los que deben probar y acreditar que han adoptado las precauciones adecuadas para

impedir la actuación delictiva del menor de forma que si no prueban en modo alguno que obraron con la diligencia debida en su deber de vigilancia, educación y formación integral del mismo, no procederá moderación alguna". En este caso no se ha desarrollado prueba suficiente sobre este aspecto más allá de la manifestación de una de las profesoras, por lo que no es desacertada la conclusión a que llega la sentencia sobre esta cuestión.

## F.- RECURSOS

**Recurso de revisión. El TS admite que, aún no estando previsto el recurso de revisión en la LORPM, cabría por aplicación supletoria de la LECrim. Rechaza en este caso, no obstante, la posibilidad de revisar la condena de la menor, pues pretendía sustentarse en afirmaciones vertidas en un programa televisivo por la denunciante (madre de la menor), ofreciendo una versión de los hechos más desfavorable incluso para su hija que la que expuso en su día en la audiencia.**

**Tribunal Supremo (Penal) ATS, sec. 1ª, de 18-10-2021, rec. 20608/2021  
Pte.: Moral García, Antonio del**

“Una primera cuestión surge al enfrentarnos a esta solicitud de autorización para interponer recurso de revisión: la naturaleza de la condena que se pretende rescindir. Proviene de la jurisdicción de menores. La Ley especial ( LO 5/2000, de 13 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores) implanta un régimen específico de recursos frente a las sentencias dictadas por los Juzgados de Menores. Es posible una apelación (art. 41), así como un singular recurso de casación ( art. 42); pero para nada se alude a la revisión. ¿Cabe incrustar en ese sistema el recurso de revisión regulado en los arts. 954 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal? El camino para hacerlo sería la supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Criminal proclamada en la Disposición final primera de la LO 5/2000.

Una genérica supletoriedad como la ahí establecida es campo fértil para problemas exegéticos: ¿es una laguna de la ley la ausencia de un recurso de revisión?; o, más bien, se trata de una consciente exclusión.

Hay razones para defender ambas tesis. Las peculiaridades de la legislación de menores (flexibilidad en la ejecución; blindaje -al menos teórico- frente a toda publicidad de las resoluciones que afectan al menor, lo que priva de razón de ser a revisiones encaminadas a rehabilitar la memoria..., eficacia muy limitada cronológicamente de esas resoluciones...) podrían empujar a negar la posibilidad de revisión. Pero, de otro lado, la filosofía que inspira el recurso de revisión anclada en el principio de justicia; y la realidad de que podemos encontrarnos con condenas firmes que, incluso mientras sigue en ejecución la medida impuesta, se acreditan injustas, son razones de marcado peso que propician una exégesis menos restrictiva que admita el recurso de revisión como remedio idóneo para anular una sentencia condenatoria de la jurisdicción de menores cuando se acredite la concurrencia de algunas de las causales previstas en el art. 954 LECrim.

SEGUNDO.-

En todo caso hay que estar por virtud del derecho transitorio de la reforma de 2015 que modificó el recurso de revisión, a la regulación precedente y no a la señalada en el escrito inicial. La condena adquirió firmeza antes de la entrada en vigor de tal modificación. La Disposición Transitoria Única de la Ley 41/2015 establece: "1. Esta ley se aplicará a los procedimientos penales incoados con posterioridad a su entrada en vigor. 2. El artículo 954 se aplicará también a las sentencias que adquieran firmeza tras su entrada en vigor"

Eso no es óbice, empero, para manejar criterios introducidos en la nueva normativa que sirven a la solicitante para sortear algunos obstáculos procesales (ausencia de una condena por falso testimonio) en tanto ya bajo el imperio de la legislación anterior la jurisprudencia había flexibilizado la revisión con soluciones que son las que, de forma inequívoca en muchos casos, han inspirado al legislador de 2015.

En lo que atañe al problema aquí analizado (falta de una resolución judicial condenado por falso testimonio o declarando el archivo por prescripción o causas semejantes) podemos evocar, entre otros, el ATS de 27 de junio de 2011. Esos supuestos (fallecimiento, rebeldía, prescripción) se reconducían a la causa del art. 954.4 LECrim.

Desde esa legislación y con esa interpretación resulta superfluo el debate que introduce el Ministerio Fiscal sobre la necesidad de agotar un trámite que se presentaría como algo puramente burocrático. Quien quisiese entablar un recurso de revisión basándose en que un testigo mintió, si éste ha fallecido; o, en su caso, ha transcurrido un tiempo tan largo que se hace evidente la prescripción, antes de acudir a la revisión se vería obligado a denunciar al fallecido o el hecho prescrito para obtener un auto de archivo por extinción de la responsabilidad penal, sin el cual vería cerradas las puertas de la revisión. Es una interpretación literal correcta, pero ajena a la lógica e incapaz de resistir un examen exegético que maneje el elemento teleológico. No hay óbice en esa situación para examinar la petición. No tendría sentido obligar a esa premiosa secuencia -denuncia, incoación de diligencias, archivo- que solo reportaría dilaciones y trabajo inútil, para un Juzgado y para el solicitante.

TERCERO.-

En cualquier caso la autorización ha de ser denegada en este caso por razones bastante elementales. Parece que la revisión quiere combatir más que la sentencia atacada, las valoraciones realizadas en unos programas televisivos - que no nos corresponde calificar- así como en diversos medios y en redes sociales a raíz de esas emisiones en que los hechos objeto de condena fueron versionados en forma más desfavorable para la solicitante. Si lo que busca es dar respuesta a esos comentarios o valoraciones que reputa difamatorios o inveraces, tiene a su disposición las herramientas que le brindan el derecho civil (y, en su caso, el derecho penal) para impetrar la tutela de esos derechos personales. Pero, desde luego, no es la resolución cuya revisión pretende la que ha suscitado o activado esos comentarios que, por lo demás, no son fieles a lo que la sentencia dio como probado, sino a relatos efectuados en un medio público que son los que alimentan la discrepancia e indignación de la solicitante. Cuando se habilita como causa de revisión el falso testimonio, la ley exige algo más que una declaración no veraz: reclama -es lógico- que la condena -justamente la condena- se apoye precisamente en los aspectos falsarios del testimonio.

Si un testigo miente intentando favorecer a quien luego resulta condenado, no podrá revisarse la condena a raíz de la comprobación de que se produjo esa declaración falsaria. Sin ella la condena subsistiría.

La solicitante sostiene que la testigo y víctima -su madre- ha reconocido públicamente que los hechos fueron más graves de lo que explicó en su testimonio ante la jurisdicción de menores, movida entonces por el afán de no perjudicar más a su hija evitándole una condena más gravosa. Podría hablarse hipotéticamente de un falso testimonio, pero no estaríamos ante la modalidad de falso testimonio en contra del reo. Lo que habrían provocado los supuestos aspectos falsarios de la declaración sería una sentencia más benigna; una versión de los hechos más favorable la acusada. En todo lo declarado determinante de la condena no hay el más mínimo atisbo, ni reconocimiento de que se introdujese algún elemento no ajustado a la realidad.

Es esta consideración tan elemental que casi sonroja tener que explicar que impide abrir las puertas a la revisión: las afirmaciones falsarias en un testimonio judicial que favorecen al reo luego condenado, jamás podrán dar lugar a la revisión de la condena, porque sería una revisión al alza, in peius,. Eso no está admitido en nuestro ordenamiento.

Tampoco cabe aferrarse a la tan alambicada como artificiosa argumentación que se insinúa: si mintió ocultando cosas que perjudicaban al reo, también pudo mentir al revelar otras que también le perjudicaban; o, en otra línea argumentativa, esos aspectos mendaces habrían sido los que dotaron de fiabilidad el testimonio. No apunta en esa dirección la lógica. Pero, sobre todo, sería necesario que el recurso de revisión se basase precisamente en eso: que se han demostrado mendaces justamente las manifestaciones que fundaron la condena. Sobre eso nada se alega, ni se intenta alegar.”

**Se desestima queja contra el auto de AP denegando tener por preparado recurso de casación. Sólo cabe el recurso de casación para unificación de doctrina del art. 42 LORPM cuando la medida impuesta sea de internamiento en régimen cerrado (art. 10 en relación a art. 9.2 LORPM).**

**Tribunal Supremo ATS (Penal), sec. 1ª, de 15-07-2021, rec. 20277/2021  
Pte.: Lamela Díaz, Carmen**

“...no se puede admitir un pronunciamiento general con relación una casación abierta de unificación de doctrina, sino que conforme prevé el art. 42 LORPM lo es "...Cuando se hubiere impuesto una de las medidas a las que se refiere el artículo 10. 2. El recurso tendrá por objeto la unificación de doctrina con ocasión de sentencias dictadas en apelación que fueran contradictorias entre sí, o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de hechos y valoraciones de las circunstancias del menor que, siendo sustancialmente iguales, hayan dado lugar, sin embargo, a pronunciamientos distintos”

Como señala el Ministerio Fiscal, por remisión al art. 10 en relación con el artículo 9.2 LORPM, las medidas referidas objeto del recurso de casación para unificación de doctrina lo son las de internamiento en régimen cerrado cuando hubiese sido impuestas.

En el caso que nos ocupa, las medidas impuestas son de libertad vigilada y de prestaciones en beneficio de la comunidad - artículos 7 k y h Ley Orgánica

5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, no de internamiento en régimen cerrado, único supuesto en el que cabría este recurso de casación para la unificación de doctrina, faltando por ello el requisito ineludible para acceder a la casación de que la medida impuesta en la resolución que se recurra, sea de internamiento en régimen cerrado.

A mayor abundamiento tampoco podría acceder a la casación a la luz de los motivos del recurso alegados, que lo son por infracción de ley del núm. 1º del art. 849 e infracción de precepto constitucional del art. 852 LECrim, pues son los propios de un recurso de casación ordinario.

Todo ello determina la desestimación de la queja deducida.”

**Se desestima queja contra el auto de AP denegando tener por preparado recurso de casación. La sentencia de la AP no cumple ninguno de los requisitos del art. 42 LORPM, empezando porque la medida impuesta fue internamiento semiabierto.**

**Tribunal Supremo ATS (Penal), sec. 1ª, de 14-12-2021, rec. 20901/2021, Pte.: Magro Servet, Vicente**

“...no se puede admitir un pronunciamiento general con relación una casación abierta de unificación de doctrina, sino que conforme prevé el art. 42 LORPM lo es "...Cuando se hubiere impuesto una de las medidas a las que se refiere el artículo 10. 2. El recurso tendrá por objeto la unificación de doctrina con ocasión de sentencias dictadas en apelación que fueran contradictorias entre sí, o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de hechos y valoraciones de las circunstancias del menor que, siendo sustancialmente iguales, hayan dado lugar, sin embargo, a pronunciamientos distintos”.

En el presente caso la sentencia dictada en apelación por la Audiencia no es susceptible de ser recurrida en casación para unificación de doctrina, pues no cumple ninguno de los requisitos exigidos en el art. 42 de la LO 5/2000, de 12 de octubre, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: 1º.- Que se haya impuesto una de las medidas a que se refiere el art. 10 de esta ley (internamiento en régimen cerrado) y 2º.- La existencia de pronunciamientos distintos en los que se haya producido contradicción respecto de hechos y valoraciones de las circunstancias del menor, sustancialmente iguales. En el supuesto actual, se ha impuesto la medida de internamiento en régimen semiabierto y no se ha acreditado similitud de las circunstancias de los menores determinantes de la medida. Y así se recoge en el auto de la AP de Madrid de fecha 13 de septiembre de 2021.

Ello no supone vulneración de la tutela judicial efectiva, por cuanto la no admisión de un recurso no lo produce si no se ajusta en su interposición a los requisitos legales, como aquí ocurre, habiendo ello determinante de la inadmisión.”

## **G.- PRESCRIPCIÓN**

**El traslado del escrito de alegaciones a los responsables civiles resulta una actuación esencial con eficacia interruptiva de la prescripción.**

**SAP Pontevedra, sec. 5ª, nº 202/2021, de 08-06-2021, Pte.: Pérez Martín-Esperanza, María Mercedes**

“Como único motivo del recurso, se alega por el recurrente la prescripción del delito leve, pues entiende el recurrente que el procedimiento estuvo paralizado durante más de tres meses (plazo de prescripción del art. 15 de L.O.R.P.M.), al haber presentado escrito de alegaciones el día 4 de noviembre de 2020, no existiendo ninguna actuación hasta el 8 de febrero de 2021.

El motivo del recurso no puede ser estimado. Ciertamente que el escrito de alegaciones fue presentado por el recurrente el día 4 de noviembre -fecha desde la que se ha de contar, visto que la Juez parte del hecho de que no existe concurso de infracciones, ni nos encontramos ante delitos conexos- pero no cabe desconocer que el día 4 de febrero se notifica el auto que acuerda la apertura del trámite de audiencia a los responsables civiles para que en el plazo de 5 días formulen escrito de alegaciones y propongan las pruebas que estimen pertinentes y el día 10 de febrero se dictó auto acordando celebrar la audiencia. Pues bien siendo ello así, no cabe estimar la prescripción, puesto que como refiere la Juez a quo el traslado para alegaciones son actuaciones esenciales conforme al art. 31 de la LORPM, habiéndose interrumpido la prescripción....

...En consecuencia, se estima relevante al menos el traslado para alegaciones a los responsables civiles (padres del recurrente), y vista la fecha en que se dio el traslado (4 de febrero de 2021) no han transcurrido pues, los 3 meses de prescripción legal, por tanto, el recurso ha de ser desestimado.

**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.**

**SAP Sevilla, sec. 3ª, nº 194/2021, de 07-06-2021, Pte.: Gonzaga de Oro-Pulido Sanz, Luis**

“El artículo 2 del Real Decreto Ley 16/2020 bajo el epígrafe " Cómputo de plazos procesales y ampliación del plazo para recurrir", establece: "1. Los términos y plazos previstos en las leyes procesales que hubieran quedado suspendidos por aplicación de lo establecido en la disposición adicional segunda del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo , por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID- 19, volverán a computarse desde su inicio, siendo por tanto el primer día del cómputo el siguiente hábil a aquel en el que deje de tener efecto la suspensión del procedimiento correspondiente.

2. Los plazos para el anuncio, preparación, formalización e interposición de recursos contra sentencias y demás resoluciones que, conforme a las leyes procesales, pongan fin al procedimiento y que sean notificadas durante la suspensión de plazos establecida en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, así como las que sean notificadas dentro de los veinte días hábiles siguientes al levantamiento de la suspensión de los plazos procesales suspendidos, quedarán ampliados por un plazo igual al previsto para el anuncio, preparación, formalización o interposición del recurso en su correspondiente ley reguladora.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no se aplicará a los procedimientos cuyos plazos fueron exceptuados de la suspensión de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional segunda del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo ". Junto a dichas disposiciones debe tenerse en cuenta también la Disposición Adicional Cuarta del Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 y que establece que "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."

Pues bien, de las referidas disposiciones parece desprenderse que la suspensión afecta solamente a los plazos procesales y no a los de carácter sustantivo y, por tanto, las mismas no afectan a las normas establecidas en el Código Penal para establecer la prescripción de los delitos y las penas.

En este sentido se ha pronunciado la Sección 26ª de la Audiencia Provincial de Madrid en auto de 14 de octubre de 2020... en el que se dice (...)

"(...) La respuesta a juicio de esta Sala debe ser negativa, en el sentido de que la indicada disposición adicional no afecta al plazo a tener en cuenta para declarar la extinción de la responsabilidad criminal por prescripción del delito, por ser ésta materia de derecho sustantivo y estar vinculada a los principios de legalidad, seguridad jurídica y jerarquía consagrados a nivel constitucional en el art. 9.3 de nuestra Carta Magna , e interrumpirse solo en los supuestos y con las consecuencias que establece el art. 132.2 del CP , el cual, en la redacción dada por L.O. 1/2015, de 30 de marzo, determina que la prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito, comenzando a correr de nuevo desde que se paralice el procedimiento o termine sin condena. En iguales términos se pronunciaba el Legislador en la normativa vigente al tiempo de los hechos por los que se sigue la causa, cuando con una técnica descriptiva menos depurara establecía que "La prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra el culpable, comenzando a correr de nuevo el término de la prescripción desde que se paralice el procedimiento o se termine sin condena".

Para empezar la disposición adicional cuarta alude a los "plazos de prescripción y caducidad de cualesquiera acciones y derechos", pero la prescripción del delito no se configura como un derecho de parte al ejercicio de la acción penal durante un plazo concreto, perspectiva desde la que el recurrente impugna la resolución combatida al apuntar que se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva en cuanto que derecho al proceso, sino como una potestad del Estado a poner límites al ius puniendi, lo que se vincula con la naturaleza eminentemente sustantiva o material del instituto de la prescripción del delito, en detrimento de una naturaleza de carácter procesal.

Al respecto la STC 63/2005, de 14 de marzo , que cita el Ministerio Fiscal, es clarificadora cuando afirma que "el establecimiento de un plazo de prescripción de los delitos y faltas no obedece a una voluntad de limitar temporalmente el ejercicio de la acción penal por denunciante y querellante (configuración procesal de la prescripción), sino a la voluntad inequívocamente expresada por

el legislador penal de limitar temporalmente el ejercicio del ius puniendi por parte del Estado en atención a la consideración de que el simple transcurso del tiempo disminuye las necesidades de respuesta penal (configuración material de la prescripción), dado que la imposición de una pena carecería de sentido por haberse ya perdido el recuerdo del delito por parte de la colectividad e incluso por parte de su autor, posiblemente transformado en otra persona", razón por la que más adelante concluye que "lo que prescribe no es la acción penal para perseguir el delito sino el delito mismo".

Además asumir que la disposición adicional cuarta del R.D 463/2020 tuviera efectividad en esta materia, afectaría a un fundamento material de la prescripción del delito, como es el principio de seguridad jurídica tal y como recuerda la indicada sentencia del Tribunal Constitucional además de al principio de legalidad penal, que exige que quién presuntamente ejecute una conducta delictiva sea enjuiciado conforme a la normativa vigente al tiempo de los hechos, tanto en cuando a la tipificación penal del delito como a las causas que generen la extinción de su responsabilidad, sin que la normativa posterior le afecte, salvo que resulte más favorable, proscribiendo el legislador constitucional la hipótesis contraria al garantizar el principio de irretroactividad de las normas sancionadoras no favorables ( art. 9.3 de la Constitución).

Como señala la STS 613/2003 de 20 de junio "coincide últimamente jurisprudencia y doctrina en considerar que el instituto de la prescripción es de naturaleza material y no procesal, lo que determina como consecuencia que las modificaciones legislativas de los plazos o condiciones de la prescripción serán irretroactivas si perjudican al reo y retroactivas si le son favorables.

Se aplicarán por tanto, en principio a la prescripción las normas penales vigentes cuando empieza a operar tal causa de extinción de la responsabilidad penal, que se inicia en la fecha de la comisión del delito o en la de paralización del procedimiento por causa de rebeldía. Las normas penales posteriores sobre prescripción operaran si resultan más favorables al reo".

Por último sería contrario al principio de jerarquía normativa: Dado que la que regula los supuestos de extinción de la responsabilidad penal por prescripción del delito, en cuanto que derecho material penal, es materia reservada a ley orgánica, un real decreto no puede modificar ni alterar lo que es competencia de una ley orgánica, que exige una aprobación cualificada del Congreso ( art. 81.2 de la Constitución ) añadiendo una causa suspensión de la prescripción del delito y ampliando el plazo establecido para ello.

Consecuentemente se ha de concluir que la normativa contemplada en el R.D 463/2020 no afecta al plazo de prescripción del delito previsto en el art. 131 del CP, que solo y exclusivamente puede verse interrumpido en los supuestos previstos en el art. 132.2 del CP , por lo que siendo acorde con el mismo la resolución apelada, el recurso no puede prosperar".

En parecidos términos se pronuncia la Audiencia Provincial de León (Sección 3ª) en auto de 18 de septiembre de 2020."

**El auto motivado de incoación de expediente por el Juzgado de Menores no es una resolución de mero trámite, sino que tiene virtualidad interruptiva de la prescripción, cumpliendo los requisitos del art. 132.2 CP.**

**AAP Málaga, sec. 8ª, de 20-07-2020, nº 555/2020, Pte.: Molero Gómez, Pedro**

“Esta Sala considera 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.

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 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.

La resolución prevista en el artículo 16.3 no es 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.

**Se estima el recurso del MF. No cabe aplicar el plazo de prescripción de un año de los delitos menos graves (art. 15.1. 4ª LORPM), pues el expediente y las alegaciones son por un delito grave de lesiones (art. 149 CP) y el plazo de prescripción es el de cinco años del art. 15.1. 2ª LORPM.**

**AAP Barcelona, sec. 3ª, nº 903/2021, de 30-09-2021, Pte.: Martínez Luna, María del Carmen**

“El auto recurrido acuerda con fundamento en el art. 130 CP y 15.1.5 de la LORPM la prescripción del delito al haber estado paralizada la causa un año, al entender que se trata de un delito menos grave. Al haberse acordado la averiguación y paradero del menor el 6 de julio de 2020 y no haberse comunicado resultado positivo alguno a las gestiones policiales telemáticas ordenadas para su localización.

Considera el Ministerio Fiscal en su recurso que ha existido una indebida aplicación del instituto de la prescripción en este procedimiento, y ello por cuanto se declara extinguida la responsabilidad penal del menor Hermenegildo por prescripción de un delito de lesiones con pérdida o inutilidad de órgano o miembro principal intentado del art. 149.1 CP del que se le acusa.

Siendo que la resolución recurrida fundamenta el pronunciamiento en el hecho de que ha transcurrido el plazo de prescripción de un año del art. 15.1º 4º de la LORPM establecido para los delitos menos graves, al haber estado paralizada la causa desde el 6 de julio de 2020, cuando el Ministerio Fiscal ha formulado escrito de alegaciones por un delito grave de lesiones del art. 149.1 CP delito castigado con pena de prisión de 6 a 12 años y no por delito menos grave, por lo que el plazo de prescripción a tener en cuenta es el de 5 años del art. 15. 1 2º LORPM al estar castigado el delito con pena superior a 10 años, se pide la revocación de la resolución recurrida dejándola sin efecto para que se continúe la tramitación ordinaria del expediente con arreglo a los trámites establecidos en la LORPM .

SEGUNDO.-

En estos términos el recurso ha de prosperar, el expediente se sigue como se dice en la propia resolución recurrida por unos hechos presuntamente constitutivos de un delito de lesiones con pérdida o inutilidad de órgano o miembro principal del art. 149.1 CP, así es de ver el escrito de alegaciones presentado por el Ministerio Fiscal el 24 de febrero de 2020, sin que en el mismo se haga referencia a formar imperfectas de ejecución como si se hace ahora en el escrito de recurso. Los hechos objeto del procedimiento ocurrieron el 14 de febrero de 2019, el auto de incoación se dictó el 8 de julio de 2019, y se acordó la averiguación del paradero del menor el 6 de julio de 2020.

Le asiste razón al recurrente, el procedimiento se sigue por un delito grave de lesiones del art. 149.1 CP delito castigado en la jurisdicción de mayores con pena de prisión de 6 a 12 años y no por delito menos grave, por lo que el plazo de prescripción a tener en cuenta es el de 5 años del art. 15. 1 2º LORPM al estar castigado el delito con pena superior a 10 años, sin que en su caso el grado de ejecución sea relevante, al deberse de tomar en consideración para aplicar los plazos de prescripción previstos en el código penal para el delito, el correspondiente a la pena en abstracto y no la pena en concreto resultante de la aplicación de grados de participación o ejecución.”

## J.- NULIDAD DE ACTUACIONES

**No existe nulidad de actuaciones por vulneración de derechos de los progenitores en su calidad de responsables civiles. El MF les comunicó tal condición en el expediente y fueron debidamente citados a la audiencia.**

**SAP Jaén, sec. 2ª, nº 162/2021, de 28-09-2021, Pte.: Aguirre Zamorano, Pío**

“...como informa el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación del recurso consta en el folio 146 del Expediente el acuse de recibo firmado por la madre del menor Dª Marisa de la notificación de la incoación del expediente a su hijo como representantes legales, constando en la misma que conforme al art. 61 de la LORPM podrán ser declarados responsables civiles solidarios junto con el

menor por los daños y perjuicios que éste haya podido causar y en tal condición tienen derecho a asistencia letrada (f 28).

Consta asimismo que en el escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal se solicita en el apartado de responsabilidad civil que los menores indemnicen a José en la cantidad recogida en la sentencia, estableciendo que de dicha cantidad serán responsables civiles solidarios los progenitores del menor, interesado expresamente la citación a la audiencia en su condición de responsables civiles, citación que se llevó a cabo el 14 de abril de 2021 firmando personalmente D<sup>a</sup> Marisa, por lo que no hay motivo alguno de nulidad ya que no se le ha causado indefensión a los representantes legales del menor que han podido ejercer su derecho de defensa.”

**Violencia de género. La Sala confirma sentencia condenatoria por delito de maltrato habitual y la absolución por algunos delitos de maltrato ocasional. Se rechaza la petición de nulidad parcial de la sentencia, pues motiva racional y suficientemente cada pronunciamiento absolutorio.**

**SAP Málaga, sec. 8<sup>a</sup>, nº 219/2021, de 17-05-2021, Pte.: Caballero Bonald Campuzano, Manuel**

“Con relación a las sentencias absolutorias, la reforma operada por la Ley Orgánica 41/2015, de 5 de octubre, ha introducido un número 2. al artículo 792 que dispone que " la sentencia de apelación no podrá condenar al encausado que resultó absuelto en primera instancia ni agravar la sentencia condenatoria que le hubiera sido impuesta por error en la apreciación de las pruebas en los términos previstos en el tercer párrafo del artículo 790.2. No obstante, la sentencia, absolutoria o condenatoria, podrá ser anulada y, en tal caso, se devolverán las actuaciones al órgano que dictó la resolución recurrida. La sentencia de apelación concretará si la nulidad ha de extenderse al juicio oral y si el principio de imparcialidad exige una nueva composición del órgano de primera instancia en orden al nuevo enjuiciamiento de la causa ". El artículo 790.2 párrafo tercero, también nuevo añadido por la Ley Orgánica citada, dice " Cuando la acusación alegue error en la valoración de la prueba para pedir la anulación de la sentencia absolutoria o el agravamiento de la condenatoria, será preciso que se justifique la insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada".

Es nuestro caso, la posición de ambos recurrentes interesando expresamente la nulidad de la sentencia en los pedimentos vinculados con la valoración probatoria debe estimarse ajustada a dicho precepto, de forma que lo que habrá de determinarse en esta alzada es si se ha verificado "una insuficiencia o falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia extremos".

Y el Tribunal, tras examinar con detenimiento las actuaciones, el resultado de la Vista y el contenido de la sentencia en sus pronunciamientos absolutorios-los únicos discutidos en esta alzada-, debe anticipar que no sólo no se aprecian tales

defectos sino que, más bien al contrario, la sentencia está correctamente motivada tanto desde el punto de vista fáctico como jurídico, de manera razonable y razonada tras un detallado análisis de la prueba practicada a presencia e intermediación de la Juez "a quo". Y ello con la excepción del delito continuado de injurias que era objeto de acusación, como veremos a continuación con detenimiento.

Por un lado, la sentencia condena por un delito de maltrato habitual del artículo 173.2 del Código Penal pero absuelve por los delitos de maltrato ocasional del artículo 153.1 del CP objeto de acusación. Dicha absolución está perfectamente motivada analizando cada uno de los episodios por los que se formuló acusación (puntos 5.1 a 5.4) sin que pueda hablarse de una insuficiencia o falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento, sino, más bien al contrario, pues nos encontramos ante una valoración razonada y razonable de la prueba. Se señala en el recurso que no puede darse credibilidad plena al testimonio de la víctima para el delito de maltrato habitual y denegararlo para el resto de delitos, afirmación errónea al tratarse de hechos distintos con corroboraciones periféricas diferentes. Idéntica conclusión se alcanza respecto al delito de coacciones y delito de abuso sexual donde se indica que el testimonio de Benita carece de forma absoluta de corroboración periférica existiendo una clara enemistad con el acusado.

Con relación al delito continuado de quebrantamiento de medida cautelar, reiteramos y confirmamos igualmente las conclusiones desestimatorias. La valoración probatoria y los argumentos contenidos al respecto en la sentencia con relación a tales episodios (Fundamento Jurídico octavo) son igualmente razonados y razonables producto de un detallado análisis de la prueba practicada en el acto del Juicio a presencia de la Iltrma Juez sentenciadora, siendo indudable que tales encuentros pudieran ser casuales por lo que es discutible la concurrencia del elemento subjetivo del delito, lo que impone la libre absolución del menor acusado."

**Se estima el recurso del MF declarando la nulidad de la sentencia absolutoria, estimando que no reúne los requisitos mínimos de motivación, pues ni valora individualizadamente los medios de prueba ni explica las razones que le llevan a no estimar como prueba de cargo las declaraciones de los denunciantes**

**SAP Sevilla, sec. 3ª, nº 111/2021, de 12-04-2021, Pte.: Gonzaga de Oro-Pulido Sanz, Luis**

"procede pasar a examinar si la sentencia dictada por el juez de menores cumple o no las exigencias jurisprudenciales expuestas. Recoge la sentencia de instancia como razonamiento para justificar la absolución del menor literalmente lo siguiente: "ninguna prueba se ha practicado que pudiera estimarse suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia que a éste ampara - art. 24.2 CE (EDL 1978/3879) -, al menos con la certeza que exige cualquier pronunciamiento condenatorio, pues por tal no pueden entenderse los solos testimonios de las presuntas víctimas toda vez que no aparecen en ningún caso corroborados por ningún otro instrumento de convicción, no constando constatada la menor

evidencia física de los hechos denunciados ni practicada prueba pericial alguna siquiera fuera para valorar la posible veracidad de dichos testimonios. Por todo lo cual, y en aplicación de los principios arriba enunciados, procede dictar sentencia absolviendo al menor acusado de todos los delitos que se le imputan" (sic).

Pues bien, conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta no consideramos que la sentencia de instancia cumpla suficientemente con el deber constitucional de motivación que se impone a los Jueces al no entrar a valorar de forma individualizada los distintos medios de prueba practicados en el plenario ni explicar las razones que le llevan a considerar que las declaraciones de los menores denunciados no constituyen prueba de cargo con entidad para desvirtuar la presunción de inocencia. El hecho de que no exista un informe pericial sobre la veracidad de sus testimonios no supone ningún obstáculo pues es al juzgador y no al perito a quien le corresponde examinar la veracidad o credibilidad del testimonio de las supuestas víctimas. Así lo viene estableciendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, en sentencias de 25 de enero y 20 de enero de 2017 señalando ésta última: " Respecto a este extremo del valor de los informes periciales psicológicos sobre la credibilidad de la menor y la veracidad de los hechos, hemos dicho en SSTs. 294/2008 de 27.5 , 10/2012 de 18.1, 381/2014 de 23.5 , 517/2016 de 14.6, 789/2016 de 20.1 , que esos dictámenes periciales pueden pronunciarse sobre el estado físico y psicológico de la menor antes y después de suceder los hechos, pueden incluso contrastar sus declaraciones con los datos empíricos elaborados por la ciencia y expresar si existen o no elementos que permitan dudar de su fiabilidad. Pero esos informes no dicen, ni pueden decir, ni se les pide que digan, si las declaraciones se ajustan o no a la realidad. Esa es tarea del Tribunal que entre otros elementos contará con su percepción directa de las manifestaciones y con el juicio del psicólogo sobre la inexistencia de datos que permitan suponer fabulación, inducción, invención o manipulación ( SSTs. 23.3.94 , 10.9.2002 , 18.2.2002 , 1.7.2002 , 16.5.2003 ).

Por otro lado, el hecho de que falten corroboraciones periféricas que apoyen las declaraciones de las supuestas víctimas, sin más concreción sobre lo manifestado por las mismas, ni demás circunstancias concurrentes (cómo dicen que suceden los hechos, tiempo transcurrido al denunciarse y posibilidad o no de existencia de evidencias físicas, ...) no se considera una respuesta suficiente y razonable para fundamentar una sentencia absolutoria.

Sabido es que las infracciones contra la libertad sexual, como las que aquí nos ocupan, suelen cometerse en circunstancias de intimidad y aislamiento buscadas por el culpable o culpables para evitar la presencia de testigos. Por ello, la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional ha venido considerando la declaración de las víctimas de estos delitos como prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, incluso cuando se trata del testimonio único, pues, de otro modo, quedarían impunes gran parte de estas conductas por todos reprobadas ( SSTC. de 28 de noviembre de 1991, 28 de febrero de 1994 y 28 de octubre de 2002, y SSTs. de 28 de octubre de 1992, 23 de mayo de 1993, 5 de diciembre de 1994, 28 de enero de 1995, 19 de febrero, 10 de abril y 16 de octubre de 1996, 18 de abril de 1997, 13 de abril de 1998, 16 de noviembre de 2005, 30 de abril de 2007,

20 de marzo, 27 de septiembre y 24 de octubre de 2012, 5 de junio de 2013, 30 de junio de 2014, 28 de mayo de 2015, entre otras muchas).

Precisamente por la importancia de estas declaraciones y las consecuencias penológicas que pueden derivar de su testimonio, la jurisprudencia ha venido a establecer una serie de condiciones para atribuir valor a dicho testimonio: a) ausencia de incredulidad subjetiva derivada de las relaciones procesado/víctima que pudieran conducir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento o enemistad que privase al testimonio de la aptitud para generar ese estado de certidumbre en que la convicción judicial estriba esencialmente; b) verosimilitud, en la medida en que el testimonio, que ha de estar rodeado de ciertas corroboraciones periféricas de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria, siendo lo fundamental, en definitiva, la constatación de la real existencia de un hecho, y c) persistencia en la incriminación, en el sentido de que ésta ha de ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones ( SSTS. de 5-12-1994, 3- 4-1996, 17-7-1997, 22-4-99, 15-5-1999, 26-4-2000, 7 y 24-6-2000, 18-7-2002, 24-2-2005, 15-12-2016, 23-1-2017, 2-2-2017, 20-3-2017, 29-5-2017 y 29-6-2017, entre otras muchas).

Ahora bien, tales "condiciones" no son "requisitos de validez" -que ni la ley ni la jurisprudencia exigen, pues ello sería volver al desterrado sistema de la prueba tasada- sino criterios de valoración acuñados por la jurisprudencia en base a la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia - SSTS. de 2.10.2006 y 26.2.2013, entre otras-.

Por ello tiene aquí singular importancia la consignación de una motivación concreta y suficientemente desarrollada. En suma, el propósito último es que "valoración en conciencia" no signifique ni sea equiparable a "valoración irrazonada", por lo que es el adecuado razonamiento del Tribunal lo que en todo caso deviene imprescindible (en parecidos términos, STS núm. 259/2007, de 29 de marzo). (...)

(...) En definitiva no encontramos en la sentencia una valoración concreta e individualizada de las distintas pruebas practicadas en el plenario, ni las razones específicas por las que el juzgador considera que las declaraciones de los menores denunciados carecen de entidad para ser consideradas como pruebas de cargo pues la falta de corroboraciones periféricas o la ausencia de informe pericial sobre la credibilidad de su testimonio sin más concreción no es suficiente para ello. La argumentación que recoge la sentencia no permiten a las partes conocer y cuestionar los motivos que llevan al juzgador al dictado de una sentencia absolutoria pues no entra en el examen individualizado de los distintos medios de prueba.

Incorre, por tanto, la resolución recurrida del defecto consistente en nulidad radical a que se refieren los artículos 238.3 y 240 de la L.O.P.J., puesto que solamente a partir de la motivación puede el Tribunal de Apelación realizar la tarea revisora que le es propia, impidiendo su ausencia apreciar el acierto o desacierto de la resolución recurrida para confirmarla o revocarla, que es el objeto de la segunda instancia, convirtiéndola en una primera y al recurrente en indefensión en cuanto no pueda atacar la motivación de la decisión. La consecuencia del vicio denunciado es la declaración de la nulidad de la misma debiéndose proceder al dictado de una nueva sentencia que supla las omisiones antes dichas.